



*Gabriel Prado Leal*

**CONSTITUCIONALISMO, ESCASSEZ e EXCEÇÃO**  
**A emergência económico-financeira no Estado Constitucional**

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização de Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Constitucional.*

**Orientadora:** *Professora Doutora Suzana Tavares da Silva.*

*Coimbra, 2014*

## SUMÁRIO

### **Introdução** (p. 03)

### **I – Ascensão e Crise do Constitucionalismo** (p. 06)

#### 1. A ascensão do constitucionalismo (p. 06)

##### 1.1. O constitucionalismo liberal do século XIX (p. 06)

##### 1.2. A superação do paradigma liberal (p. 11)

##### 1.3. O constitucionalismo do século XX (p. 15)

###### 1.3.1. O constitucionalismo social (p. 17)

###### 1.3.2. A força normativa da Constituição (p. 19)

###### 1.3.3. Neoconstitucionalismo e efetividade constitucional (p. 22)

###### 1.3.4. Dirigismo constitucional (p. 26)

#### 2. A crise do constitucionalismo (p. 28)

### **II – Direito e escassez** (p. 36)

#### 1. Aspectos da relação entre Direito e Economia (p. 36)

##### 1.1. A racionalidade jurídica e a racionalidade econômica (p. 36)

##### 1.2. A interface necessária entre Direito e Economia (p. 43)

#### 2. Levando a escassez a sério (p. 46)

##### 2.1. A questão dos direitos sociais e a reserva do possível (p. 46)

##### 2.2. Os custos dos direitos (p. 58)

##### 2.3 Pragmatismo e interpretação consequencialista (p. 64)

##### 2.4. Direitos adquiridos e retrocesso social (p. 71)

### **III – A exceção econômica nas democracias** (p. 80)

#### 1. Constitucionalismo e exceção (p. 80)

##### 1.1. O paradoxo do Estado Constitucional (p. 80)

##### 1.2. Exceção no direito e exceção ao direito (p. 84)

#### 2. Uma ditadura constitucional? (p. 85)

3. Direito e exceção em Carl Schmitt. (p. 88)

4. Os sistemas de controles de crises (p. 98)

4.1. A lei marcial e o estado de sítio (p. 98)

4.2. A emergência econômica na primeira metade do século XX (p. 102)

5. O risco da exceção permanente (p. 106)

6. Emergência econômica e Constituição (p. 110)

6.1. Considerações iniciais (p. 110)

6.2. Um estado de sítio econômico? (p. 112).

**Conclusão** (p. 118)

**Bibliografia** (p. 120)

## INTRODUÇÃO

Em visita ao Brasil, uma colega portuguesa contou que seu filho pequeno, de tanto ouvir, aprendeu a falar a palavra “crise” antes mesmo de “mamãe”. Obviamente, trata-se de uma anedota, mas reflete bem o “estado das coisas” em Portugal. Isso, porém, não há de impressionar facilmente um brasileiro nascido logo no primeiro ano da década de oitenta. Afinal, nos últimos trinta anos, o Brasil: saiu de um regime militar; viu seu primeiro presidente civil morrer antes de assumir; conviveu com uma inflação anual na casa dos quatro dígitos; passou por sucessivos planos econômicos desastrosos, que ainda hoje entulham o Judiciário com dezenas de milhares de ações; teve seu primeiro presidente eleito pelo voto direto em três décadas retirado pelo processo de *impeachment*, depois de toda uma juventude sair às ruas em protesto...

Muitas outras coisas poderiam ser citadas. Nossa Constituição, por exemplo, já foi acusada por um ex-chefe do Executivo de tornar o país “ingovernável”. E se falamos menos da “crise do Estado Social” do que em Portugal, é porque ainda não o conhecemos, “só ouvimos falar”. É como se diz: na periferia, a crise é permanente.

Exageros à parte, embora as realidades diversas de cada país demandem soluções específicas para problemas diferentes, é certo que ainda podemos pensar em termos gerais. De fato, há grandes questões que perpassam fronteiras, que atingem Brasil e Portugal indistintamente. Desde o início, essa foi uma preocupação nossa: escolher um tema cuja discussão tivesse utilidade para estudiosos brasileiros e portugueses (já aqui adotamos uma postura, por assim dizer, “pragmática”). Assim, em tempos de internacionalização de regras jurídicas, de globalização econômica e de crise mundial, pareceu-nos adequado falar de “Constitucionalismo, Escassez e Exceção”, como apontado no título do trabalho.

O primeiro capítulo é dedicado ao constitucionalismo. O propósito é identificar as bases do que hoje chamamos de “Estado Constitucional”, nos seus mais diversos ângulos: racionalização e controle do Poder, democracia política e social e efetividade de direitos fundamentais. Nele, examinamos como a Constituição transformou-se, de mera proclamação política, em documento dotado de força normativa, consagrador do pacto fundamental e também ordenador das atividades do Estado. Mostramos, porém, como o alegado “triunfo” do constitucionalismo logo foi posto em causa por sucessivas demandas e questionamentos. Temos aí a primeira “crise” a ser abordada no trabalho: a crise da pretensão da Constituição de, efetivamente, regular e normatizar a realidade social.

No segundo capítulo, a questão da “realidade” volta à tona sob o tema da escassez. Alega-se que o Direito, para não sucumbir à facticidade, precisa reconhecer a importância do intercâmbio de informações e conhecimentos com outras áreas, notadamente a Economia. Para tanto, cotejamos a racionalidade jurídica com a econômica, bem como as lógicas distintas da “governabilidade” e da “legitimidade”. Abordamos, também, a questão dos custos dos direitos no Estado Social, tendo em vista a necessidade de construção de um modelo que, ao mesmo tempo, seja justo e sustentável. Procuramos destacar, ainda, a importância da incorporação, no discurso jurídico, de um certo pragmatismo, que será tanto mais importante em contextos de crise.

No terceiro capítulo, os temas dos capítulos anteriores se cruzam. A questão é saber como um Estado Constitucional pode fazer frente às ameaças econômicas (escassez aguda e, muitas vezes, extrema) sem abrir mão de suas características essenciais. Parte-se do pressuposto de que as graves crises econômicas podem ser uma verdadeira ameaça à estabilidade democrática, e que, nesse sentido, a Constituição deve estar adequada para fornecer as respostas eventualmente necessárias.

Enfim, o tema é complexo e desafiador, e este trabalho não tem a pretensão de fornecer respostas definitivas. Mas, como diz Edgar Morin, em livro de título

muito apropriado (“*Como viver em tempo de crise?*”): “A complexidade favorece a ação, pois dá a medida das verdadeiras oportunidades. (...) A conscientização do risco pode estimular as defesas; é preciso apostar. Como as consequências de uma ação são incertas, a aposta ética, longe de abrir mão da ação por medo das consequências, assume essa incerteza, reconhece os riscos, elabora uma estratégia. A aposta é a integração da incerteza na esperança. (...) A complexidade induz à temporização, suscita hesitação, pode por longo tempo representar um obstáculo para a ação, mas não impede de decidir. A incerteza estimula porque convoca a aposta e a estratégia. Não se deve, é verdade, avançar de maneira pulsional e irrefletida, mas é preciso agir. Aposta e estratégia, e adiante!”

Pois vamos<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Edgar MORIN, *Como viver em tempos de crise?*, Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2013.

## CAPÍTULO PRIMEIRO

### Ascensão e Crise do Constitucionalismo

#### 1. A ascensão do constitucionalismo.

##### 1.1. O Constitucionalismo liberal do século XIX.

Em certo sentido, é possível dizer que todas as sociedades políticas, ao longo dos tempos, tiveram uma Constituição, correspondente à sua forma de organização básica e funcionamento (o enquadramento existencial do Estado). Alguns autores falam em “Constituição institucional”<sup>2</sup>, outros em “Constituição histórica”<sup>3</sup>, cuja existência antecedeu à compreensão teórica do fenômeno constitucional. Mesmo na Antiguidade, já havia a percepção de que algumas leis eram mais importantes que outras – Aristóteles, por exemplo, fazia uma distinção entre leis ordinárias (*nómoi*) e leis que estabeleciam os fundamentos das Cidades-Estados (*politéia*). No entanto, àquela época, a “Constituição” servia mais para assinalar a identidade de uma comunidade política do que propriamente um fundamento do poder<sup>4</sup>.

O conceito de Constituição, tal como hoje o conhecemos, é fruto das revoluções liberais da Era moderna. Convencionou-se chamar de “constitucionalismo” o movimento que propugnou a elaboração de Constituições escritas como forma de limitar e racionalizar o exercício do poder. Esse movimento, inspirado na doutrina ilu-

---

2 Jorge MIRANDA, *Teoria do Estado e da Constituição*, Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 321.

3 Luis Roberto BARROSO, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 73.

4 Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, 6ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 09: “Na Grécia, por exemplo, embora Aristóteles proceda ao estudo das Constituições de diferentes Cidades-Estados, não avulta o sentido normativo de ordem de liberdade. As Constituições não se destringam dos sistemas políticos e sociais. Sem deixar de afirmar que o nomos de cada Estado deve orientar-se a um fim ético, a Constituição é pensada como um sistema organizatório que se impõe quer a governantes quer a governados e que se destina não tanto a servir de fundamento do poder quanto a assinalar a identidade da comunidade política”.

minista, desponta estreitamente ligado a certa ideologia política e à concepção de direito a ela vinculada: o liberalismo. O propósito era encontrar um remédio eficaz contra o poder absoluto do príncipe (Estado), que tudo podia. O Estado liberal, portanto, nasceu como a antítese do Estado absoluto.

É certo que não existiu propriamente “um constitucionalismo”, mas “vários constitucionalismos”. O caso da Inglaterra é emblemático. Fruto de uma lenta evolução, que tem como marco inicial a *Magna Carta* de 1215 (imposta pelos barões ao rei João Sem Terra, buscando resguardar seus direitos relativamente à propriedade, à tributação e às liberdades), o modelo institucional inglês pôde prescindir até mesmo de uma Constituição escrita, em que pese a existência de vários documentos esparsos de natureza constitucional, como a referida *Magna Carta*, a *Petition of Rights* (1628), a *Bill of Rights* (1689) e o *Act of Settlement* (1701). Porém, foram mesmo as duas grandes revoluções do final do século XVIII, a norte-americana e, principalmente, a francesa, que moldaram de forma determinante os contornos do constitucionalismo moderno.

A Revolução Americana deixou um importantíssimo fruto para a história do Direito Constitucional, a Constituição sintética dos Estados Unidos da América, que permanece em vigor desde 1787, com relativamente poucas alterações até hoje (vinte e sete emendas, ao todo). Luís Roberto Barroso afirma que esta, que é também a primeira Constituição escrita do mundo moderno, transformou-se no marco simbólico da conclusão da Revolução Americana, em seu tríplice conteúdo: (i) independência das colônias; (ii) superação do modelo monárquico; e (iii) implantação de um governo constitucional, fundado na separação de Poderes, na igualdade e na supremacia da lei (*rule of law*)<sup>5</sup>. Sem embargo, é curioso notar que, apesar de seu triunfante sucesso, não foi a Revolução Americana (e tampouco a Inglesa) que simbolizou a divisão da história do mundo em duas fases.

Com efeito, foi a Revolução Francesa, com seus propósitos universalistas, que incendiou o mundo. Um dos documentos revolucionários (e justamente o marco histórico definitivo do movimento constitucionalista), a Declaração dos Direitos do

---

<sup>5</sup> Luis Roberto BARROSO, *ob. cit.*, p. 17.

Homem e do Cidadão (1789)<sup>6</sup>, enunciava, em seu artigo 2º, que a “finalidade de toda associação política é a preservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem”, e, mais a frente, no artigo 16º, declarava que “qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação de poderes, não tem Constituição”. Com a Revolução, caiu o Antigo Regime, aquele que Luís XIV (1643-1715), o Rei Sol, sintetizara na frase “*L’Etat c’est moi*”. A sociedade, antes feudal e aristocrática, assistiu à ascensão da burguesia, que somou ao protagonismo econômico o protagonismo político. Ainda assim, em termos práticos, não se pode dizer que os franceses gozaram do mesmo sucesso dos norte-americanos. Afinal, poucos anos depois, o general Napoleão Bonaparte retomaria poderes absolutos, transformando-se em imperador.

Independentemente do fracasso da Revolução Francesa, o constitucionalismo de matriz liberal do século XVIII deixou um legado que atravessou fronteiras e perdurou no tempo: o ideal da imposição de barreiras ao poder estatal<sup>7</sup>. Isso se daria, basicamente, em três frentes: (i) império da lei; (ii) separação de poderes; e (iii) previsão de direitos e garantias fundamentais. O império da lei designa o Estado de direito, o governo de leis (impessoais e racionais) e não de homens, onde o próprio governante está submetido à legislação. Por sua vez, a separação de poderes parte da famosa formulação de Montesquieu a respeito da “limitação do poder pelo poder”, a fim de evitar a concentração das decisões em um órgão único do Estado. No tocante aos direitos fundamentais, foram declarados aqueles essencialmente ligados às necessidades da burguesia ascendente, como a liberdade, a segurança e a propriedade.

---

6 Por força do preâmbulo da Constituição de 1958, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão ainda está em vigor na França, integrando o denominado “bloco de constitucionalidade”, em face do qual é feito o controle de constitucionalidade efetuado pelo Conselho Constitucional.

7 Segundo Augusto ZIMMERMANN, “no plano estritamente político, o liberalismo encareceu os direitos naturais no homem, tolerando o Estado como um mal necessário” (*Curso de Direito Constitucional*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, p. 119). Também Paulo BONAVIDES assinala que “na doutrina do liberalismo, o Estado sempre foi o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade” (*Do Estado Liberal ao Estado Social*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996, p. 40).

Relativamente à separação de poderes (ou divisão de *funções* do Estado, como preferem alguns), é importante fazer um esclarecimento. A burguesia “vencedora” da Revolução de 1789 apercebeu-se da necessidade de frear o poder do Estado – o ente que, no Antigo Regime, lhe cobrava tributos excessivos para sustentar a nobreza e a realeza. Nesse sentido, a separação de funções (legislativa, executiva e judiciária) evitaria o monopólio decisório e funcionaria como uma garantia para o cidadão. Todavia, essa separação não foi pensada pelos franceses como sendo uma paridade entre os (três) poderes. O Estado Liberal nasceu como um Estado Legislativo, com nítida preponderância parlamentar, uma vez que era ele, o Parlamento, a instância veiculadora da vontade do cidadão, restando aos demais (Executivo e Judiciário) o papel de implementar as decisões tomadas pelos representantes do “povo”<sup>8</sup>.

De outro lado, o constitucionalismo liberal também precisava buscar um substituto para a antiga legitimidade monárquica, que, evidentemente, só poderia ser uma legitimidade democrática<sup>9</sup>. Daí a teorização acerca do poder constituinte (democrático), atribuída primeiramente ao abade francês Emmanuel Joseph Sieyès, um dos mais ativos membros da Assembleia Nacional Revolucionária (1789-1792). Autor de um livro que de imediato se tornou um clássico da literatura política<sup>10</sup>, Sieyès formulou a célebre distinção entre poder constituinte e poder constituído. O poder constituinte (originário) seria inicial, incondicionado e permanente. O poder constituído, ao revés, estaria limitado pelo poder constituinte.

---

8 Conforme esclarece Nuno PIÇARRA: “No Estado de Direito de legalidade ou Estado de Legislação Parlamentar, que se constituiu para realizar o sentido que o Iluminismo confere à lei, o princípio da separação dos poderes é exclusivamente chamado a garantir o primado da lei, o seu império ou soberania e, simultaneamente, o monismo do poder legislativo (...). O princípio da separação dos poderes visa é assegurar que o poder legislativo seja o único efetivo centro de poder do Estado, mediante máxima supressão da autonomia decisória dos órgãos estaduais chamados a executar ou aplicar a lei, sem qualquer caráter juridicamente constitutivo” (*A separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional – um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989, pp. 149-150).

9 Jorge MIRANDA, *ob. cit.* (2005). P. 326.

10 “Qu’est-ce que Le Tiers État?”, ou “O que é o Terceiro Estado?”, em uma tradução literal. Na tradução brasileira, feita por Aurélio Wander BASTOS, a obra ganhou o nome de “A Constituinte Burguesa” (Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1997).

Dentro da teoria do poder constituinte são estudadas as questões da soberania (“quem” pode), da legitimidade (“por que” pode) e dos limites (“quanto” pode) da elaboração constitucional<sup>11</sup>. Historicamente, as respostas a essas perguntas chegaram a ser buscadas na força bruta, em Deus ou no poder do monarca. Sieyès, coerente com os ideais liberal-burgueses da época, afirmou que a titularidade do poder constituinte pertencia à nação (soberania nacional), cuja vontade tudo podia, estando abaixo tão-somente do direito natural<sup>12</sup>. A concepção de Sieyès teve ampla recepção na doutrina francesa, embora, na posteridade, tenha prevalecido uma compreensão algo diferente, relacionada à soberania do povo (popular).

Cabe ressaltar que não passava pela cabeça de Sieyès a consagração do sufrágio universal, como, de resto, por nenhum dos teóricos da democracia burguesa<sup>13</sup>. Na verdade, o Estado liberal, nessa feição inicial, acabou determinando um novo privilégio de classe, só que da classe burguesa. A participação na vida do Estado (cidadania

---

11 Como afirma Cristina QUEIROZ, “o poder constituinte coloca a questão da legitimidade do poder, de este se dar a si próprio uma constituição” (*Direito Constitucional As Instituições do Estado Democrático e Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 140).

12 Ao combinar o poder constituinte com o sistema representativo, Sieyès admitia que a Constituição fosse elaborada não pelo povo (afastando-se, assim, da idéia de Rousseau da vontade geral e da necessidade da participação direta), mas por uma assembleia constituinte, cujos representantes eram eleitos e expressavam a vontade geral da nação. Sendo soberana a assembleia, não havia a necessidade de submissão à ratificação popular (Luis Roberto BARROSO, *ob. cit.*, p. 107).

13 A esse respeito, afirma Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO: “Quando ele (Sieyès) contrapõe nação a povo, está afirmando que o supremo poder não está à disposição dos interesses dos indivíduos enquanto indivíduos, mas o supremo poder existe em função do interesse da comunidade como um todo, da comunidade em sua permanência no tempo” (*O Poder Constituinte*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007, p. 23). É também bastante esclarecedora a seguinte passagem, de Jorge MIRANDA: “Rousseau entendia que todo o indivíduo, enquanto membro da coletividade, tinha um direito intangível de participar no exercício da soberania. Era uma decorrência imediata da concepção de soberania popular, que defendia, vendo o povo atomisticamente através dos cidadãos seus componentes, de tal sorte que cada cidadão recebia uma parcela do poder político. Diversamente, a concepção de soberania nacional como soberania do povo (da nação, no sentido revolucionário) ou da coletividade, e não de cada um dos seus membros, levaria a que se pudesse entender que, se todo indivíduo era cidadão, nem todo o cidadão era cidadão ativo ou titular de direitos políticos. Mas apontavam-se também razões de caráter político para que, na época liberal, se recusasse o sufrágio universal: razões ligadas à idéia de cidadão livre – livre da ignorância ou da dependência – com que se identificava o liberalismo, razões de defesa do sistema contra o regresso do Antigo Regime, no caso de terem direito de voto os analfabetos e os dependentes; razões de classe – da classe burguesa, que se havia substituído à nobreza tradicional como classe dominante” (*Manual de Direito Constitucional*, Tomo VII, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 18-19).

política), ficou sujeita a certas condições, como ser proprietário ou arrendatário, na cidade, ou a praticar determinadas profissões campestres, se o indivíduo residisse no campo. Em suma, o Estado de direito (império da lei) buscava sua legitimidade na democracia (Estado democrático de direito), mas o conceito de democracia ainda era muito limitado, eis que restrito a uma parte específica do corpo social.

Gilberto Bercovic define o sufrágio universal como a grande questão político-constitucional do século XIX. Note-se que, apesar das reivindicações a respeito da universalidade, a burguesia liberal, conquanto defendesse o sistema representativo, ainda buscava impedir a excessiva influência das massas na política, com a implantação do voto censitário (e masculino). Os defensores desse tipo de voto viam na extensão do sufrágio uma violação das regras do jogo, pois atingiria o próprio direito de propriedade e sua proteção constitucional<sup>14</sup>.

De todo modo, a partir do referencial liberal, nos dois séculos seguintes o fenômeno constitucional generalizou-se pelo mundo. A fórmula de Constituições escritas foi adotada pela maior parte dos países – ainda que com importantes exceções, como a Inglaterra, fiel até hoje ao modelo de Constituição histórica (não-escrita). Com o tempo, porém, aquele referencial político-ideológico inicial foi sendo abandonado. Ao menos, como veremos, foi abandonada a ideia de que seria ele o único referencial possível.

## **1.2. A superação do paradigma do Estado Liberal.**

Inúmeros autores já apontaram antecedentes da doutrina dos direitos fundamentais na Antiguidade, seja, por exemplo, na famosa peça de Sófocles (*Antígona*), seja na filosofia estoica, seja nos diálogos de Cícero, em Roma<sup>15</sup>. Parece certo, porém, que os antigos não tinham a mesma visão acerca dos direitos fundamentais que os modernos. É célebre, nesse sentido, a distinção entre *liberdade dos antigos* e *liberdade dos*

---

<sup>14</sup> Gilberto BERCOVIC, *Soberania e Constituição: Para uma crítica do constitucionalismo*, São Paulo, Quartier Latin, 2008, p. 187.

<sup>15</sup> Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, *Direitos Humanos Fundamentais*, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 09.

*modernos*, feita por Benjamin Constant, a respeito da forma de encarar a pessoa na Antiguidade e a partir do advento do Cristianismo. “Para os antigos, a liberdade é, antes de mais, participação na vida da Cidade, para os modernos, antes de mais, realização da vida pessoal”<sup>16</sup>. Trata-se, esta última, de uma definição realmente consoante com a doutrina liberal: a realização pessoal (individual), *apesar* (e não *em função*) do Estado.

Fruto do constitucionalismo liberal, a moderna doutrina dos direitos fundamentais reflete o contexto de sua época. Traumatizados com o poder opressivo existente no Absolutismo, os franceses trataram de estabelecer direitos *contra* o Estado. São os chamados direitos de defesa, que demandam um não-agir estatal para proteger a esfera de liberdade dos indivíduos. Cuida-se de um traço do liberalismo, cuja ideologia – muito mais ampla do que uma mera teoria jurídica – propugnava a existência de um Estado-mínimo, não interventor em questões econômicas e sociais, enxuto na sua estrutura burocrática e que deixava à auto-organização do mercado a definição dos rumos da política e da sociedade. Perceba-se que os direitos fundamentais, dentro dessa concepção, têm como sujeitos os indivíduos e como destinatário o Estado, vale dizer, possuem uma estrutura verticalizada. Não se falava, ainda, na (hoje) denominada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, isto é, de sua incidência nas relações jurídicas constituídas entre particulares<sup>17</sup>. Nestas, de maneira geral, vigia quase que irrestritamente o princípio da autonomia da vontade, que partia do pressuposto da igualdade (formal) e do livre arbítrio individual.

Contudo, o Estado liberal, tal como originalmente concebido, não logrou solucionar todas as demandas da população. Mesmo a liberdade, quando excessiva, é perniciosa. Como diz a célebre máxima do religioso francês Lacordaire, “entre o fraco e o forte, entre o rico e o pobre, entre o patrão e o empregado, a liberdade oprime, e a lei liberta”. Em meados do século XIX, o mundo já não era o mesmo do século XVIII.

---

16 Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 18.

17 Cf., a propósito da eficácia horizontal dos direitos fundamentais: Robert ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros, 2008, pp. 523 e ss.

O ideal de um Estado absenteísta não servia aos propósitos de uma sociedade profundamente modificada por outra Revolução – a Industrial.

É inegável que o liberalismo econômico propiciou um rápido desenvolvimento da economia capitalista, algo que seria impensável sem a abolição das corporações de ofício, sem a liberdade de indústria, profissão e comércio, sem a garantia do direito de propriedade privada etc.<sup>18</sup> Porém, o acréscimo substancial de riqueza ficou concentrado nas mãos de uma classe de empresários (burguesia), justamente a classe que, pelos critérios vigentes de (restrição da) capacidade política, dominava o Parlamento, e, portanto, elaborava as leis. Na outra ponta da pirâmide, a classe trabalhadora vivia uma situação de penúria – sem proteção corporativa e convivendo com a omissão do poder político. Homens, mulheres e muitas vezes crianças eram submetidas a jornadas de trabalho excessivas e a péssimas condições de trabalho.

Ocorre que o Estado, por todas as circunstâncias já ditas, somada a uma interpretação estrita do princípio da liberdade contratual, nada fazia. Conquanto baseada nos postulados jusnaturalistas da liberdade e da igualdade<sup>19</sup>, as Revoluções Liberais do século XVIII acabaram, paradoxalmente, por criar um Estado onde a ordem jurídica era, afinal, o direito de apenas *uma* classe de cidadãos. A tão propalada liberdade *em face* do Estado, no qual se ancoravam a ampla autonomia da vontade e a liberdade contratual, terminou conduzindo a uma verdadeira servidão econômica. Como acentua Vital Moreira, o modelo oitocentista das codificações europeias, levado às últimas consequências, “fazia da burguesia possidente o representante predominante da ordem jurídica nacional e, necessariamente, só podia fazê-lo à custa de outras classes, quer das do *ancien régime*, quer da nova classe operária”<sup>20</sup>.

---

18 Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, ob. cit., p. 42.

19 Eros Roberto GRAU diz que se cuidava de uma igualdade orwelliana, no bojo da qual uns são “mais iguais” do que os outros. Diz ele que “o próprio enunciado do princípio – ‘todos são iguais perante a lei’ – nos dá conta de sua inconsistência, visto que a lei é uma abstração, ao passo que as relações sociais são reais. Daí a tão brusca quanto verdadeira assertiva de Adam Smith: do ‘governo’, o verdadeiro fim é defender os ricos contra os pobres” (*A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 13ª ed., São Paulo, Malheiros, 2008, pp. 20-21).

20 Vital MOREIRA, *A Ordem Jurídica do Capitalismo*, 3ª ed., Coimbra, Centelho, 1978, p. 78.

Naturalmente, a marginalização operária provocou um sentimento de hostilidade, de luta de classes, dos “pobres” e “oprimidos” contra os “ricos” e “poderosos”<sup>21</sup>. O risco da ruptura revolucionária, impulsionada pela crescente pressão social de trabalhadores e de outros grupos de excluídos, inspirados no ideário de esquerda contido no então recém-publicado *Manifesto Comunista* (1848), era real. A própria Igreja Católica, embora divergindo profundamente das soluções propostas pelo marxismo, também passou a criticar os abusos acarretados pelo individualismo exacerbado. No primeiro documento da chamada “doutrina social da Igreja Católica”, a Encíclica papal *Rerum Novarum* (1891), o papa Leão XIII faz uma exortação para que o Estado assumira uma posição ativa no cenário socioeconômico, em favor dos mais pobres.

Foi nesse cenário que, paulatinamente, o direito de sufrágio passou a ser estendido nos países mais desenvolvidos. Afinal, o próprio princípio básico da Revolução Francesa – o de que os homens nascem livres e iguais – depunha contra o modelo representativo então adotado. De tal modo, o Parlamento, até então homogêneo na sua (restrita) composição, passou a refletir mais abertamente as tensões existentes dentro da sociedade. Como diz Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “esse fator político,

---

21 Diz José Damião de Lima TRINDADE: “É verdade que a progressiva universalização da igualdade civil não só coloca um contingente enorme de força de trabalho à disposição da indústria, como também removera as antigas restrições jurídicas às relações contratuais – a burguesia tirava bom partido disso. Mas, para os pobres, a igualdade civil fora de muito pouco proveito prático – a não ser de colocá-los em ‘pé de igualdade’ para travar relações de trabalho com os patrões” («Anotações sobre a História Social dos Direitos Humanos», *Direitos Humanos: Construção da Liberdade e da Igualdade*, São Paulo, Centro de Estudos da PGE-SP, 2000, p. 126). Também é esclarecedora a lição de Fábio Konder COMPARATO: “As revoluções do final do século XVIII assentaram, com a abolição dos privilégios estamentais, a igualdade individual perante a lei. Abriu-se, com isso, uma nova divisão da sociedade, fundada não já em estamentos, mas sim em classes: os proprietários e os trabalhadores. Em 1847, aliás, Toqueville já antevia: ‘dentro em pouco, a luta política irá estabelecer-se entre homens de posses e homens desprovidos de posses; o grande campo de batalha será a propriedade’. Foi justamente para corrigir e superar o individualismo próprio da civilização burguesa, fundado nas liberdades privadas e na isonomia, que o movimento socialista se fez atuar, a partir do século XIX, o princípio da solidariedade como dever jurídico, ainda que inexistente no meio social a fraternidade como virtude cívica” (*A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 51).

de grande peso e força, veio a inclinar a história no sentido de mudanças, reformistas ou revolucionárias”<sup>22</sup>.

Alguns grupos acabaram por adotar, de fato, uma posição revolucionária em relação ao capitalismo. Na Rússia, em 1917, um deles conseguiria derrubar o regime czarista e instaurar o comunismo soviético. Outros adotaram uma postura intermediária, visando reconciliar o proletariado com as demais classes - sendo essa a gênese do Estado Social, que não se confunde, portanto, com o Estado Socialista. O Estado Social representa, efetivamente, uma transformação pela qual passou o antigo Estado Liberal, mas, ao contrário do que propugnava o socialismo marxista, conserva como princípio cardinal a adesão à ordem capitalista<sup>23</sup>. Cuida-se da incorporação, à agenda estatal, da questão social, ou, em outras palavras, da administração dos riscos sociais<sup>24</sup>. Para alguns, o motor do reformismo é a perseguição da justiça social, para outros, a simples manifestação do instinto de autopreservação.

### **1.3. O constitucionalismo do Século XX.**

Hoje é bastante conhecida a assim denominada *teoria geracional*, que agrupa os direitos fundamentais em “gerações”<sup>2526</sup>. Segundo formulação corrente, a primeira

---

<sup>22</sup> *Ob. cit.*, p. 43. A correlação entre a extensão do direito de voto e o advento do Estado Social é afirmada em estudo clássico de T. H. Marshall, mas é contestável para outros contextos, como o brasileiro. No Brasil, o historiador José Murilo de Carvalho constata que o Estado Social foi formado durante a ditadura de Getúlio Vargas, quando não vigiam direitos políticos (*Apud* Cláudio Pereira de SOUZA NETO e Daniel SARMENTO, *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2013, p. 80).

<sup>23</sup> Cf. o estudo clássico de Paulo BONAVIDES, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 8ª ed. São Paulo, Malheiros, 2007, pp. 182 e ss.

<sup>24</sup> Segundo Gilberto BERCOVIC: “o Estado Social fundamenta e consolida a unidade política materialmente, tornando-se o *locus* da luta de classes. Sua função, geralmente, é de mediar, tentando buscar a integração social com base em um mínimo de valores comuns. Não há, portanto, o desaparecimento da luta de classes, mas a criação de meios que garantam que ela não irá, necessariamente, se degenerar em um confronto aberto” (*Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*, São Paulo, Max Limonad, 2003, p. 53)

<sup>25</sup> Os internacionalistas normalmente preferem a expressão “direitos humanos”. Não há, na verdade, consenso sobre a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais. De modo geral, muitos autores usam a expressão “direitos humanos” para aqueles reconhecidos pela comunidade internacional como tais (plano internacional); e a expressão “direitos fundamentais” para se referir aos direitos humanos positivados pelos ordenamentos jurídicos internos de cada Estado (plano interno).

geração, surgida no final do século XVIII, compreende os direitos de liberdade ou negativos (que demandam uma não-atuação do Estado para a proteção da esfera de liberdade dos indivíduos); a segunda geração, desenvolvida a partir do último quarto do século XIX, os direitos de igualdade ou positivos (que, ao contrário, demandam uma atuação do Estado para propiciar maior justiça social); e a terceira geração, tendo como marco o pós-guerra, os direitos de titularidade difuso ou coletiva (como o direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente e à paz), concebidos não para a proteção do indivíduo isoladamente, mas de grupos ou coletividades<sup>27</sup>.

Há, ainda, quem critique o termo “gerações”, pois ele exprimiria um eventual equívoco de linguagem. Em seu lugar, melhor seria a utilização da expressão “dimensões dos direitos fundamentais”, que não induziria o intérprete a pensar em uma sucessão cronológica, como que o advento de uma geração de direitos acarretasse a caducidade da anterior<sup>28</sup>. Sem embargo, tanto num caso quanto no outro, o importante é perceber que os direitos humanos fundamentais não são propriamente inatos, como julgavam os revolucionários franceses, mas possuem caráter histórico. Como demonstram as “gerações” ou “dimensões” citadas, o certo é que a evolução da sociedade demanda, paulatinamente, novos catálogos de direitos e releituras contínuas dos direitos já reconhecidos. Uma geração de direitos não é substituída pela subsequente; os direitos persistem, interagem e são submetidos a uma nova compreensão, atualizando-se e adaptando-se às novas realidades<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> A teoria geracional foi apresentada em 1979 pelo tcheco-francês Karol Vasak no Instituto Internacional de Direitos do Homem em Estrasburgo e logo ganhou ampla adesão doutrinária. Não era, porém, propriamente original. Conforme explica José Adércio Leite SAMPAIO, pelo menos trinta anos antes T. H. Marshall já havia feito uma divisão semelhante (*Direitos Fundamentais*, Belo Horizonte, Del Rey, 2010, p. 241).

<sup>27</sup> Atualmente, há quem cogite de direitos de quarta ou até mesmo quinta geração, sobre as quais não há consenso. Sobre o assunto, cf. José Adércio Leite SAMPAIO, *ob. cit.*, p. 278 e ss. Outros autores, por outro lado, advertem para o risco da multiplicação exagerada de “direitos humanos” promover uma espécie de “vulgarização” da ideia de “fundamentalidade”, com sua consequente desvalorização. Por todos: Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, *ob. cit.* (2006), p. 67

<sup>28</sup> Por todos: Paulo BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2006, p. 571.

<sup>29</sup> Conforme observa Paulo Gustavo GONET BRANCO: “Pode ocorrer, ainda que alguns chamados novos direitos sejam apenas os antigos adaptados às novas exigências do momento. Assim, por exemplo, a garantia contra certas manipulações genéticas muitas vezes trás à baila o clássico direito à vida, con-

Assim como os direitos fundamentais, o Estado, que os reconhece e protege, é também um produto da história, dinâmico. Daí dizer-se, com absoluta propriedade, que o Estado Constitucional do século XIX não é o mesmo do século XX – assim como também não é o do século XXI, como veremos adiante. Gilberto Bercovic chega mesmo a dizer que a própria construção de uma Teoria do Estado deve rejeitar um critério de universalidade para todos os tempos e situações, passando o objeto da investigação a ser o Estado dentro da realidade social concreta, devendo esse ser entendido historicamente, vinculado às relações políticos-ideológicas e de poder, que o conformam<sup>30</sup>.

### 1.3.1 O constitucionalismo social.

Pois bem. Com suas origens no século XIX, o século XX viu a ascensão de um constitucionalismo agora preocupado com a *questão social*, tendo como marcos históricos a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimer de 1919, na qual aquela questão “deixa de ser um ‘caso de polícia’ para tornar-se um caso de políticas públicas (sociais), com o objetivo do enfrentamento dos dilemas da escassez”<sup>31</sup>. Se no constitucionalismo liberal, o Estado era visto mais como o “guarda noturno”, que se dedicava apenas à garantia da segurança dos negócios privados, no constitucionalismo social assume ele um papel muito mais ambicioso na vida econômica<sup>32</sup>.

---

frontado, porém, com os avanços da ciência e da técnica. A visão dos direitos fundamentais em termos de gerações indica o caráter cumulativo da evolução desses direitos no tempo. Não se deve deixar de situar todos os direitos num contexto de unidade e indivisibilidade. Cada direito de cada geração interage com os das outras e, nesse processo, dá-se a compreensão” (*Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 268).

<sup>30</sup> Gilberto BERCOVIC, *ob. cit.* (2003), p. 49. O autor segue a proposta de Hermann Heller, que contrasta, por exemplo, com a de Klaus Stern, também por ele citado. Para Stern, a Teoria do Estado deve abstrair a particularidade do Estado concreto, cuja função é a de servir como material empírico, a partir do qual serão deduzidos e desenvolvidos os princípios gerais.

<sup>31</sup> José Luis Bolzan de MORAIS, («O Estado e seus limites. Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade», *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição*, OLIVEIRA NETO, F.J.R. et al (org.), São Paulo, Coimbra Editora e Editora RT, 2008, p. 177).

<sup>32</sup> Cláudio Pereira de SOUZA NETO e Daniel SARMENTO, *ob. cit.*, p. 81.

Paulo Bonavides exemplifica bem as tarefas e as novas funções do Estado Social. Diz ele que quando o Estado, pressionado pelas massas, garante e promove direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dito o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poder econômico, político e social, “em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social”<sup>33</sup>.

O Estado Social opera, também, uma reengenharia institucional. Para dar conta de demandas cada vez mais complexas, a produção normativa cresceu exponencialmente. Mais do que isso, foi a função administrativa a que mais se avolumou, em virtude da necessidade de prestação de cada vez mais serviços e de intervir direta ou indiretamente na ordem econômica. Isto é, de um Estado (predominantemente) legislativo, passa-se a um Estado predominantemente administrativo, ou Estado *manager* da sociedade nacional, como afirma García-Pelayo<sup>34</sup>.

A antiga dicotomia liberal Sociedade/Estado<sup>35</sup> perde sentido, uma vez que não há propriamente, nessa fase, um “espaço privado salvaguardado”, eis que o Es-

---

<sup>33</sup> Paulo BONAVIDES, *ob. cit.* (2007), p. 186. Sobre o tema, também é pertinente a lição de Vital MOREIRA: “As representações liberais das tarefas do estado e das funções do direito, que atribuíam àquele o único papel de defensor da ordem e que reduziam este à única função de sancionar as relações sociais desenvolvidas no exercício da liberdade natural de cada um, sucedeu uma nova representação, que atribui ao estado e à ordem jurídica o papel de realizar a ‘justiça social’, de propiciar ou fornecer a cada um as condições necessárias de uma ‘vida digna’ e de u, ‘pleno desenvolvimento da sua personalidade’, e lhes impõe o dever de o realizar. A essa nova representação corresponde a concepção do ‘estado social’ e do ‘direito social’” (*Ob. cit.* pp. 115-116).

<sup>34</sup> *Apud* Cristina QUEIROZ, *Direitos Fundamentais. Teoria Geral*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, p. 100.

<sup>35</sup> Na fase liberal, como reconhece Vital MOREIRA, “as relações sociais, as relações entre os indivíduos, estão fora da preocupação do estado, são o mundo das relações de coordenação entre indivíduos, colocados em posição de igualdade. Ao estado, titular do poder de manutenção da ordem pública e do interesse geral, compete-lhe fazer vingar contra os indivíduos as pretensões derivadas daquela competência. Neste esquema, a distinção aparece clara e nítida” (*Ob. cit.*, p. 94). Também J. J. Gomes

tado passa a intervir em relações sociais de qualquer natureza. Em perspectiva crítica, Jacques Chevalier afirma que “dotado de uma função de regulação social global, o Estado se torna insensivelmente o tutor da sociedade: é ao mesmo tempo o garantidor do desenvolvimento coletivo e o protetor de cada um; e a aspiração cada vez mais, de segurança, conduz à implementação de dispositivos de intervenção, sempre mais numerosos e diversificados, cobrindo todos os aspectos da existência individual”<sup>36</sup>.

### **1.3.2. A força normativa da Constituição.**

Já dissemos que não houve “um” constitucionalismo, mas “vários” constitucionalismos, ainda que existam diversas características semelhantes entre eles. Nos Estados Unidos, por exemplo, muito cedo se percebeu que a Constituição de 1787, até por ter sido o ato constitutivo da União, era a norma “fundamentadora” de todo o ordenamento jurídico<sup>37</sup>. Foi com base nesse pressuposto que, em 1803, no julgamento do célebre caso *Marbury vs. Madison*, a Suprema Corte Americana, sob o comando do *Chief Justice* John Marshall, firmou o entendimento de que o Poder Judiciário poderia deixar de aplicar a lei aos casos concretos a ele submetidos, caso a reputasse inconstitucional. A partir daí, o sistema norte-americano consagrou o chamado controle difuso de constitucionalidade.

Na Europa, porém, o reconhecimento do primado da Constituição percorreria um caminho muito mais tortuoso. Segundo Jorge Miranda, isso se deu porque: (i) depois da deposição do Antigo Regime, todas as forças se preocupavam com a reestruturação do poder político, em especial o do Rei; (ii) prevalecia o entendimento da lei

---

CANOTILHO, referindo-se ao Estado Social: “As tarefas sociais e económicas do estado não se identificam com monopólio estatal e há muito que deixaram de ser recortadas com base no esquema dicotómico da separação entre Estado e sociedade” (*Ob. cit.*, p. 105).

<sup>36</sup> Jacques CHEVALLIER, *O Estado de Direito*, Belo Horizonte, Fórum, 2013, p. 81. Contrariamente, Eros Roberto GRAU afirma que “a ideia de ‘intervenção’ tem como pressuposta a concepção da existência de uma cisão entre Estado e sociedade civil. Então, ao ‘intervir’, o Estado entraria em campo que não é o seu, campo estranho a ele, o da sociedade civil – isto é, o mercado. Essa concepção é, porém, equivocada. Família, sociedade civil e Estado são manifestações que não se anulam entre si, manifestações de uma mesma realidade, a realidade do homem associando-se a outros homens” (*Ob. cit.*, p. 19).

<sup>37</sup> Jorge MIRANDA, *ob. cit.* (2007), p. 15.

comum como a expressão da vontade geral; e (iii) não houve a instituição, até o século XX, de formas de controle jurisdicional de constitucionalidade<sup>38</sup>.

A Constituição, assim, era vista por muitos como um documento meramente político, orientador da atividade do legislador ordinário, mas sem eficácia direta a ponta de gerar direitos subjetivos<sup>39</sup>. Na concepção do Estado liberal, o Parlamento era, por excelência, o órgão que determinava o conteúdo jurídico do ideal de liberdade, por meio de sua atividade legislativa ordinária. Ao legislador era conferido uma espécie de “cheque em branco” para construir a normatividade do sistema jurídico. Não por outra razão, o século XIX ficou conhecido como a “era das codificações” – por inspiração do monumental Código Civil feito por Napoleão em 1804 (*Code Civil des Français*). Depois de sua confecção, o Código Civil tornou-se o centro da vida jurídica da comunidade, e não a Constituição. Na França, especialmente, a desconfiança em relação aos juízes (que no Antigo Regime serviam ao Rei) levou a doutrina a negar-lhes qualquer atividade interpretativa, restando-lhes o papel de mera “*bouche de la loi*”. E mesmo em outros países europeus (a maioria, a bem da verdade), até a metade do século XX não existia um controle judicial de constitucionalidade das leis, ainda vistos como mecanismos “antidemocráticos” por possibilitarem um “governo de juízes”.

Após a Segunda Guerra Mundial, o quadro se altera. As experiências traumáticas vivenciadas com o nazismo e o fascismo, com suas gravíssimas violações de direitos humanos, demonstrou a necessidade de estabelecer uma maior proteção dos direitos fundamentais frente às maiorias eventuais. A fórmula compreendeu não só a constitucionalização de direitos, mas também o reconhecimento da *força normativa* da Constituição (e de sua supremacia, por influência da experiência norte-americana), cuja proteção passou a caber ao Poder Judiciário. Assim é que inúmeros países europeus vieram a instituir mecanismos de controle de constitucionalidade, juntamente com a criação de tribunais constitucionais. Foi o que aconteceu na Alemanha (1951) e na Itália (1956), e posteriormente nos demais países continentais. Hoje, na Europa,

---

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> Luis Roberto BARROSO, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, cit., p. 262. No mesmo sentido: Daniel SAMENTO e Cláudio Pereira de SOUZA NETO, *ob. cit.*, pp. 22-24.

além da Inglaterra, apenas a Holanda e Luxemburgo ainda mantêm o padrão de supremacia parlamentar<sup>40</sup>.

Na doutrina, o trabalho de referência sobre a força normativa da Constituição foi escrito por Konrad Hesse<sup>41</sup>. Um dos objetivos do professor alemão era contrapor-se às reflexões de Ferdinand Lassalle, para quem a assim denominada Constituição jurídica não passava de uma mera “folha de papel”<sup>42</sup>, que sempre sucumbirá diante dos fatores reais de poder dominantes no país. Hesse não ignora que a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica; ele próprio afirma que a *pretensão de eficácia* da norma constitucional não pode ser separada das *condições históricas* de sua realização. Porém, ao contrário de Lassalle, Hesse ressalta que pretensão e condição não se confundem; a pretensão de eficácia associa-se às condições históricas como elemento autônomo. Segundo ele:

“A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a

---

<sup>40</sup> Luis Roberto BARROSO, *O Novo Direito Constitucional Brasileiro*, Belo Horizonte, Fórum, 2013, p. 195. Para um estudo comparativo sobre os diversos sistemas de controle de constitucionalidade das leis, bem como sobre o seu surgimento, conferir o estudo clássico de Mauro CAPPELLETTI, *O Controle de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, 2ª ed., Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, 1992.

<sup>41</sup> Konrad HESSE, *A Força Normativa da Constituição*, Sergio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991. Esse trabalho foi, na verdade, a base da aula inaugural proferida pelo professor alemão na Universidade de Freiburg, em 1959, sendo definido pelo tradutor da obra para o português, Gilmar Ferreira Mendes, como “um dos textos mais significativos do Direito Constitucional Moderno”.

<sup>42</sup> Ferdinand LASSALLE, *A Essência da Constituição*, 9ª ed., Lumen Juris Editora, 2010. Segundo Lassalle: “Os problemas constitucionais não são problemas de *direito*, mas do *poder*; a *verdadeira* Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar” (p. 47).

normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas”<sup>43</sup>.

Para Hesse, a Constituição adquire *força normativa* na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia. Por essa razão, se não quiser permanecer “estéril”, a Constituição jurídica não deve dar as costas para as leis culturais, sociais, políticas e econômicas imperantes, sob pena de perder o germe de sua força vital: “a norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente”<sup>44</sup>. Por outro lado, afirma Hesse, a força normativa da Constituição não reside apenas na adaptação inteligente a uma determinada realidade. A Constituição pode, ela mesma, tornar-se força ativa ordenadora da realidade. Embora, por si só, não possa realizar nada, a Constituição pode impor tarefas. Se essas tarefas forem realizadas, ou se existir a disposição dos indivíduos e das instituições de orientar a sua conduta segundo a ordem constitucional estabelecida, a despeito de todos os possíveis juízos de conveniência, será possível falar em Constituição como força ativa.

Sua conclusão, então, é a de que “a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral - particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a *vontade de poder* (*Wille zur Macht*), mas também a *vontade de Constituição* (*Wille zur Verfassung*)”<sup>45</sup>. Karl Loewenstein, por sua vez, chama esse elemento psicossocial e sociológico de que depende o sucesso da Constituição de *sentimento constitucional*. Para ele, se é verdade que esse sentimento depende de fatores imponderáveis, também é verdade que pode ser estimulado por educação cívica<sup>46</sup>. A ideia é de que, tanto quanto mais for interiorizada na população uma *cultura constitucional*, mais efetiva será a Constituição.

---

<sup>43</sup> *Ob. cit.*, p. 15.

<sup>44</sup> *Idem*, p. 18.

<sup>45</sup> *Idem*, p. 19.

<sup>46</sup> *Apud* SOUZA NETO e SARMENTO, *ob. cit.*, p. 37.

### 1.3.3. Neoconstitucionalismo e efetividade constitucional.

Costuma-se dizer que as revoluções liberais do século XVIII representaram, ao mesmo tempo, o apogeu e o ocaso do jusnaturalismo. O conceito de direitos inatos, universais e fundados na razão foi particularmente importante para a derrubada do Estado Absolutista. Basta ver, por exemplo, o teor da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (1776) e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), produzida pelos revolucionários franceses – ambas fazem alusão a direitos naturais inalienáveis e imprescritíveis. Feita a Revolução, os postulados jusnaturalistas foram absorvidos pela legislação, sendo esta agora a expressão da “vontade geral”, e não a vontade do monarca do Antigo Regime<sup>47</sup>. O jusnaturalismo, então, exauriu a sua função. Como ensina Guido Fassó, “transposto o direito racional para o código, não se via nem se admitia outro direito senão este. O recurso a princípios ou normas extrínsecos ao sistema do direito positivo foi considerado ilegítimo”<sup>48</sup>.

Assim, na medida em que se consolidava o Estado Nacional de perfil liberal, também se desenvolvia o positivismo jurídico. Essa doutrina, é bem verdade, serviu como um instrumento de legitimação da expansão da atividade estatal, sob o primado do império da lei (legalidade). A produção normativa centralizada e concentrada reforçava a soberania do Estado, retirando o caráter vinculante de outros ordenamentos, como as normas morais, religiosas, corporativas etc. O foco era apenas o direito legislado<sup>49</sup>.

Para alguns, o positivismo de Hans Kelsen constituiu a expressão máxima da concepção que separava o Direito da Moral. De acordo com o jurista austríaco, não competiria à Ciência do Direito avaliar a justiça das normas jurídicas. Do mesmo

---

<sup>47</sup> SIEYÈS, quando teorizou sobre o poder constituinte, concebeu este como um *poder de direito*, limitado pelo direito natural (cf. *A Constituinte Burguesa*, cit.). Essa perspectiva foi substituída pela afirmação da impossibilidade de um Direito preexistente ao Estado. Nesta concepção, o poder constituinte compõe um *poder de fato*, essencialmente político e externo ao Direito. Assim, o único limite (direito natural) dado por Sieyès ao poder constituinte originário caiu em descrédito.

<sup>48</sup> Guido FASSÓ, *Dicionário de Política*, BOBBIO, MATTEUCCI e PASQUINO [org.], 11ª ed., Brasília, Editora UnB, 1998, p. 659.

<sup>49</sup> Walter de Moura AGRA, «Neoconstitucionalismo e Superação do Positivismo» *Teoria do Direito Neoconstitucional*, DIMOULIS e DUARTE [org.], São Paulo, Editora Método, 2008, pp. 431-432.

modo, o referencial da Teoria do Estado deveria buscar definir o Estado de forma neutra, sem enverar por juízos de valor. É de Kelsen, aliás, a identificação total entre Direito e Estado, sendo este definido como uma “ordem jurídica relativamente centralizada”<sup>50</sup>. Com isso, segundo Souza Neto e Sarmento, “a expressão ‘Estado de Direito’ perde seu conteúdo material – assentado na ideia de limitação jurídica do poder político – para significar apenas que o poder político estatal se organiza juridicamente”<sup>51</sup>.

Após a Segunda Guerra Mundial, como reação ao estatismo dos regimes totalitários, o jusnaturalismo reaparece no cenário jurídico<sup>52</sup>: Entretanto, o renascimento do jusnaturalismo foi breve. Argumentava-se que, apesar das críticas ao positi-

---

<sup>50</sup> Hans KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 321: “Desta forma, o Estado, cujo elementos essenciais são a população, o território e o poder, define-se como uma ordem jurídica relativamente centralizada, limitada no seu domínio espacial e temporal de vigência, soberana ou imediata relativamente ao Direito internacional e que é, globalmente ou de um modo geral, eficaz”.

<sup>51</sup> SOUZA NETO e SARMENTO, *ob. cit.*, p. 200.

<sup>52</sup> Nesse sentido, é bastante significativa a (alteração de) posição de Gustav Radbruch. Quem folhear a primeira edição de sua principal obra (“Filosofia do Direito”), escrita antes da ascensão do nazismo, enxergará no jurista alemão um positivista. Porém, Radbruch, que fora impedido de ensinar na década de 30 e perdeu um filho na frente russa, decidiu rever suas posições. Ele morreu em 1949, antes de concluir a revisão de sua obra. Deixou, todavia, algumas anotações antológicas, como o seu “Cinco Minutos de Filosofia do Direito”, publicado em 1945 como circular dirigida aos seus alunos e posteriormente acrescentado como apêndice em seu livro mais conhecido. O “primeiro” e o “quarto” minuto são, respectivamente, os seguintes: 1º) “Ordens são ordens, é a lei do soldado. A lei é a lei, diz o jurista. No entanto, ao passo que para o soldado a obrigação e o dever de obediência cessam quando ele souber que a ordem recebida visa a prática de um crime, o jurista, desde que há cerca de cem anos desapareceram os últimos jusnaturalistas, não conhece exceções deste gênero à validade das leis nem ao preceito de obediência que os cidadãos lhes devem. A lei vale por ser lei, e é lei sempre que, na generalidade dos casos, tiver ao seu lado a força para fazer se impor. Esta concepção da lei e sua validade, a que chamamos de positivismo, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas. Torna equivalentes, em última análise, o direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda estará também o primeiro”; 4º) “Certamente, ao lado da justiça o bem comum é também um dos fins do direito. Certamente, a lei, mesmo quando má, conserva ainda algum valor: o valor de garantir a segurança do direito perante situações duvidosas. Certamente, a imperfeição humana não consente que sempre e em todos os casos se combinem harmoniosamente nas leis os três valores que todo o direito deve servir: o bem comum, a segurança jurídica e a justiça. Será, muitas vezes, necessário ponderar se a uma lei má, nociva ou injusta, deverá ainda reconhecer-se validade por amor da segurança do direito; ou se, por virtude da sua nocividade ou injustiça, tal validade lhe deverá ser recusada. Mas uma coisa há que deve estar profundamente gravada na consciência do povo e de todos os juristas: podem haver leis tais, com um tal grau de injustiça e de nocividade para o bem comum, que toda a validade e até o caráter de jurídicas não poderão jamais deixar de lhes ser negados”. (Gustav RADBRUCH, Coimbra, Aménio Amado Editor, 1997, 415-417).

vismo, uma fundamentação metafísica do direito não mais tinha lugar em sociedades complexas, plurais, carregadas de inúmeras indenidades particulares e diferentes concepções de bem. Nesse cenário é que começam a surgir propostas alternativas que, sem pretender retornar à dicotomia positivismo/jusnaturalismo, avançam para resgatar a ligação entre o Direito e a Moral. Trata-se do pós-positivismo, que, tomando como ponto central a Constituição, faz essa ligação tendo por base o reconhecimento da normatividade de princípios muito abertos, cuja densificação não é feita a partir de valores metafísicos ou religiosos, mas sim por meio de uma argumentação jurídica “mais aberta, intersubjetiva, permeável à Moral, que não se esgota na lógica formal”<sup>53</sup>. Segundo alguns, passa-se de um direito em que as regras ditam o que fazer para um direito em que os princípios indicam o que se *pode* fazer<sup>54</sup>.

Ligado ao pós-positivismo difundiu-se, nos últimos anos, um movimento designado por diversos autores como *neoconstitucionalismo* (há quem, inclusive, utilize as duas expressões indistintamente), novo direito constitucional ou constitucionalismo avançado. Não há, efetivamente, uma precisão conceitual em torno da terminologia, e mesmo em relação a todos os seus aspectos, tanto que um dos livros mais representativos sobre o tema preferiu utilizar a expressão *Neoconstitucionalismo(s)*, no plural<sup>55</sup>. Não obstante, sinteticamente Luis Roberto Barroso anota que o neoconstitucionalismo tem; (i) como *marco histórico*, a consolidação do Estado Constitucional de Direito, ocorrido ao longo das últimas décadas do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a reaproximação entre Direito e Moral e a centralidade dos direitos fundamentais; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que abrangem a força normativa da Constituição, o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional e a expansão da jurisdição constitucional<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> SOUZA NETO e SARMENTO, *ob. cit.*, p. 201.

<sup>54</sup> Eduardo R. MOREIRA, *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*, São Paulo, Método, 2008, p. 18.

<sup>55</sup> Miguel CARBONELL [org.], *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2009.

<sup>56</sup> Luis Roberto BARROSO, *ob. cit.* (2013), p. 190 e ss. No mesmo sentido é o magistério de Inocêncio Mártires COELHO: “Procurando apontar traços mais significativos desse novo constitucionalismo, concordam os estudiosos em caracterizá-lo pelas notas indicadas a seguir, expressivas o bastante para que o consideremos substancialmente distinto de todas as experiências constitucionais precedentes: a) mais Constituição do que leis; b) mais juízes do que legisladores; c) mais princípios do que regras; mais

Por outro lado, é claro que esse “novo” direito constitucional também é sujeito a críticas. Rapidamente, destacamos que a excessiva centralização no Poder Judiciário, assim como a ênfase na aplicação de princípios abertos e na ponderação, poderia ensejar insegurança jurídica e decisionismo judicial, algo combatido por vários autores<sup>57</sup>. Sem embargo, algumas das principais categorias trabalhadas no âmbito do neoconstitucionalismo parecem plenamente incorporadas ao discurso constitucional. Hoje é comum, por exemplo, falar-se em *eficácia irradiante* da Constituição, de modo que todo o ordenamento jurídico deve ser lido a partir de uma *filtragem constitucional*, a fim de realizar os valores consagrados na Lei Fundamental. Trata-se de uma releitura de todos os institutos dos demais ramos do Direito a partir do referencial da Constituição. Daí dizer-se que o “novo” direito constitucional opera uma mudança do paradigma legalista para o constitucionalista. Estaria aí o “triunfo” da Constituição. Ao menos por enquanto.

---

ponderação do que subsunção; e d) mais concretização do que interpretação. Vistos em conjunto, e sem necessidade de maiores reflexões, pode-se dizer que esses traços distintivos configuram e sintetizam uma verdadeira mudança de paradigmas ou, se preferirmos, uma autêntica subversão dos esquemas de pensamento do constitucionalismo tradicional, tal como ele surgiu e se desenvolveu, desde o final do século XVIII, até praticamente todo o século XX” (*Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 149). E também Walter de Moura AGRA: “o neoconstitucionalismo representou o fim dos modelos políticos-institucionais, em que o poder estabelecido não tinha nenhum comprometimento com a concretização dos dispositivos estabelecidos na Constituição, podendo implementar livremente as políticas públicas em nome do princípio da soberania popular. O texto constitucional ganha força normativa e transforma-se em mandamento vinculante para o legislador ordinário, já que cristaliza a vontade do ‘we, the people’” (*Ob. cit.*, p. 437).

<sup>57</sup> Veja o exemplo do professor Elival da Silva SANTOS, que, em sua tese de cátedra apresentada na Universidade de São Paulo, assinala que “na verdade, os neoconstitucionalistas brasileiros são antipositivistas (e não pós-positivistas), mas preferem dedicar um epitáfio ao positivismo jurídico do que se afirmar em combate com essa variante teórica, que continua extremamente influente no campo da Ciência do Direito (*Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 281). O pós-positivismo, apresentado por autores como Luís Roberto Barroso como expressão sinônima de neoconstitucionalismo, também é duramente criticado por Dimitri DIMOULIS: “No que diz respeito ao conteúdo das propostas dos pós-positivismo no Brasil, fica claro que se trata de uma retomada da visão idealista do direito. Seguindo a palavra de ordem de ‘levar a sério a moral’, a doutrina brasileira proclama que o direito constitui um sistema aberto de valores, considerando necessária a ‘reinclusão da razão prática na metodologia jurídica’. (...) Retomam-se, assim, as vetustas tradições do idealismo e de exaltação retórica da missão ética dos operadores do direito, na tentativa de legitimar o atual (“nosso”) ordenamento jurídico como justo e moralmente adequando, sem indicar os fundamentos jurídicos desse ‘dever de justiça’ e sem explicita os métodos que permitiram encontrar a solução justa para cada caso” (*Positivismo Jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*, São Paulo, Editora Método, 2006, p. 51-52).

### 1.3.3. Dirigismo constitucional.

Além do fenômeno da “constituição-releitura”, destacado acima, as últimas décadas do século XX também assistiram ao fenômeno da “constituição-inclusão”<sup>58</sup>. Ao texto constitucional passaram a ser trazidas diversas matérias até então tratadas no âmbito da legislação ordinária, algumas das quais, é bem verdade, irrelevantes (ocasionando o fenômeno da inflação constitucional). O mais significativo, porém, foi contemplação, na Constituição, de normas inspiradas no ideário do Estado Social. As Constituições surgidas no último quarto do século XX, a exemplo da Portuguesa (1976), Espanhola (1978) e Brasileira (1988), são bastante ambiciosas, incorporam direitos prestacionais e princípios programáticos, ambos *vinculantes* e *condicionadores* das atividades estatais<sup>59</sup>, segundo ensinamento doutrinário muito difundido (voltaremos ao tema no capítulo segundo, item 2.1).

A propósito desse tema, foi (e continua sendo) muito influente a tese de Gomes Canotilho, “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador”<sup>60</sup>. Para o professor de Coimbra, enquanto as denominadas Constituições-garantia, típicas do Estado Liberal, limitavam-se a estabelecer a distribuição de competências entre os órgãos do Estado e a proteção os direitos de liberdade, a *Constituição dirigente* caracteriza-se pela presença de um conteúdo programático-constitucional que impõe ao Estado a realização de tarefas, na busca da justiça social. Segundo Canotilho, essa Constituição não reduz a lei fundamental a um simples instrumento de governo; a Constituição *comanda* a ação do Estado e obriga os órgãos competentes a concretizarem as metas pro-

---

<sup>58</sup> SOUZA NETO e SARMENTO, *ob. cit.*, pp. 40-42.

<sup>59</sup> Não obstante, os excessos na constitucionalização do Direito também podem ser objeto de críticas, na medida em que reduzem exageradamente o processo deliberativo ordinário. Há, também, o risco de “banalização” de normas constitucionais. Veja-se um típico exemplo de dispositivo que não deveria estar na Constituição no art. 242, § 2º, da Constituição brasileira, que dispõe que “o Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal”.

<sup>60</sup> J.J. Gomes CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª ed. Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

gramáticas nela estabelecidas<sup>61</sup>. Há, assim, o *dever jurídico* de editar as leis que cuidem da concretização das normas constitucionais.

Ocorre que, posteriormente, Canotilho reviu algumas das suas posições. Para ele, a globalização, a crise do Estado Social, a influência do Direito Comunitário (no contexto europeu) e do Direito Internacional, o advento de uma filosofia pós-moderna descrente em projetos ambiciosos de transformação social por meio do Direito, tudo isso contribuiu para enfraquecer as premissas do constitucionalismo dirigente. Tanto que, no prefácio à edição mais recente de sua tese, anotou: “a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos processos de abertura do direito constitucional ao direito internacional e aos direitos supranacionais”<sup>62</sup>. Essas observações adiantam parte da problemática tratada no tópico seguinte, sobre a crise do próprio constitucionalismo.

## **2. A crise do constitucionalismo.**

Pode soar paradoxal falarmos em “crise” do constitucionalismo logo após tratarmos do “triunfo” do constitucionalismo. De fato, poucos parágrafos acima, estávamos celebrando o amplo reconhecimento, ao longo do século XX, das ideias de normatividade e de efetividade da Constituição. Constituição esta que, turbinada pela inclusão de novos direitos ou de velhos direitos que adquiriram *status* constitucional, tornou-se o vetor de um ambicioso projeto de transformação social. Tal foi o seu sucesso, que a própria palavra “Constituição” ganhou destaque diferenciado, a ponto de o derradeiro símbolo da União Europeia ser a tentativa de aprovação de sua Consti-

---

<sup>61</sup> J. J. Gomes CANOTILHO, *ob. cit.*(2003), p. 217.

<sup>62</sup> Cf. também: J. J. Gomes CANOTILHO, *Brançosos e Interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2008. É especialmente relevante o texto “Rever ou romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo”, constante às pp. 101-129.

tuição continental<sup>63</sup>. Não faltaram, também, trabalhos que destacariam o “triumfo” do Direito Constitucional, ou a “invasão” da Constituição, sinalizando uma postura relativamente otimista acerca do desenvolvimento atual do constitucionalismo<sup>64</sup>. Observa Bolzan de Moraes que “assim, está desenhado o Estado Social do pós-guerra, com a supervalorização do constitucionalismo, marcado sob o modelo do neoconstitucionalismo, na crença profunda de que com isso poderia construir uma sociedade justa e solidária, com a erradicação da pobreza e marcada pela ideia da função social”<sup>65</sup>.

Entretanto, uma das características da atual sociedade é o fato de ser *complexa*. E essa complexidade, decorrente de sua instabilidade e mutabilidade, faz com que a sociedade viva em uma crise permanente, sendo a crise também o seu motor propulsor. Como afirma Menelick de Carvalho Netto, “a crise, para esse tipo de organização social, para essa móvel estrutura societária, e a normalidade. Ao contrário das sociedades antigas e medievais, rígidas e estáticas, a sociedade moderna é uma sociedade que alimenta a sua própria transformação. E é somente assim que ela se reproduz. Em termos de futuro, a única certeza que dessa sociedade podemos ter é a sua crescente complexidade”<sup>66</sup>.

Na Modernidade, por influência iluminista, apostou-se na razão e na sua defesa de valores universais. Inicialmente, o racionalismo manifestou-se no jusnaturalismo, que, ao traduzir valores como liberdade e igualdade como exigências racionais absolutas, cumpriu o seu escopo de insuflar as massas na derrubada de regimes absolutistas. No século XIX, apesar do abandono do jusnaturalismo como doutrina jurí-

---

<sup>63</sup> Eduardo Ribeiro MOREIRA, *ob. cit.*, p. 26.

<sup>64</sup> Um dos textos mais conhecidos de Luis Roberto BARROSO chama-se, sintomaticamente, “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil” (in: *O Novo Direito Constitucional*, *ob. cit.*, p. 187 e ss.). Mais a frente, em outro artigo nesse mesmo livro, o autor afirma: “o constitucionalismo foi o projeto político vitorioso ao final do milênio. A proposta do minimalismo constitucional, que procura destituir a Lei Maior de sua dimensão política e axiológica, para reservar-lhe um papel puramente procedimental, não é compatível com as conquistas do processo civilizatório.” Já Eduardo Ribeiro MOREIRA nomeou sua tese de doutoramento como Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição (*ob. cit.*).

<sup>65</sup> José Luiz Bolzan de MORAIS, *ob. cit.*, p. 181.

<sup>66</sup> Menelick de CARVALHO NETTO, «Reflexões sobre a relação entre Constituição, Povo e Estado a partir da discussão de uma Constituição Europeia», *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, n° 2, Porto Alegre, IHJ, 2004, p. 339.

dica, o ideal racionalista foi transposto para o direito positivo, agora considerado um *sistema racional* de normas que permitiria um horizonte de *previsibilidade* e *calculabilidade* em relação aos comportamentos humanos<sup>67</sup>. E, no ápice desse projeto racional de organização social, foi situada a Constituição. Daí Gomes Canotilho dizer que “por *constituição moderna* entende-se a ordenação *sistemática* e *racional* da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”<sup>68</sup>. Também no século XX, no pós-guerra, após o pêndulo da história oscilar nova e brevemente do positivismo para o jusnaturalismo, a alternativa proposta àquela velha dicotomia – o pós-positivismo – não abandonou o ideário racionalista. Tanto é verdade que, para a interpretação da Constituição, agora vista como uma *ordem objetiva de valores*, foi desenvolvida toda uma metódica argumentativa baseada em critérios que, alegadamente, poderiam fornecer uma resposta considerada racional.

Na assim chamada Pós-Modernidade<sup>69</sup>, porém, a Modernidade e seus princípios racionais supostamente universais são vistos com profunda desconfiança. Sustenta-se que o discurso moderno mostrou-se incapaz de enfrentar os problemas de uma sociedade complexa, globalizada e fragmentada; a obsessão moderna pela racionalização e generalização seria incapaz para compreender os dilemas e as soluções das sociedades contemporâneas. Fala-se, assim, no fim das utopias irrealizáveis, na exaustão das grandes metanarrativas<sup>70</sup>. Se são valores da modernidade o absoluto, a unidade, o objetivo, o passado/futuro (trajetória), a razão, a ética, a eles a pós-modernidade contrapõe o relativo, a diversidade, o subjetivo, o presente, o sentimento e a estética. No campo do direito, o advento da pós-modernidade aguça a percepção de crise, em seu sentido original (ruptura/quebra). Afinal, “Se o Direito pressupõe certa

---

<sup>67</sup> Eros Roberto GRAU, *ob. cit.*, p. 35.

<sup>68</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, *ob. cit.* (2003), p. 51.

<sup>69</sup> Segundo Eduardo Carlos B. BITTAR: “A expressão ‘pós-modernidade’ batiza um contexto sócio-histórico particular, que se funda na base de reflexões críticas acerca do esgotamento dos paradigmas instituídos e construídos pela modernidade ocidental. A expressão é polêmica e não gera unanimidades, assim como o seu uso não somente é contestado como também se associa a diversas reações ou a concepções divergentes” («O direito na pós-modernidade», *Revista Sequência*, ° 57, dez/2008, p. 131).

<sup>70</sup> A esse respeito, cf.: Zygmunt BAUMAN, *O mal-estar na pós-modernidade*, Rio de Janeiro, Zahar, 1998.

estabilização de valores majoritários ou consensuais para que a norma exerça seu poder de escolha de conteúdos normativos, a pergunta, num momento transitivo, acaba sendo: quais os consensos possíveis num mundo em transformação?"<sup>71</sup>.

Soma-se a isso a emergência de uma "sociedade de riscos", para usar a conhecida expressão cunhada por Ulrich Beck<sup>72</sup>. O avanço científico e tecnológico, acompanhados do processo de interação e globalização, generalizaram os riscos para o ser humano e para o planeta. Um acidente nuclear na Europa pode ocasionar um desastre ambiental na Ásia. Uma crise econômica no Japão pode contaminar mercados na América do Sul. Um terrorista árabe pode explodir uma embaixada norte-americana na Austrália. Por isso, diz Beck, os riscos não são locais ou nacionais, mas transcendentais aos limites físicos de qualquer território. E, também por isso, são incomensuráveis e desconhecidos, tornando muito mais difícil a adoção de medidas preventivas, sobretudo medidas legislativas, tidas como respostas pretensamente definitivas ou ao menos estáveis<sup>73</sup>.

Nesse contexto, categorias modernas como lei e Constituição são postas em causa, como é posto em causa o próprio Estado. Em uma sociedade complexa, globalizada e *de risco*, questiona-se a capacidade do Estado de garantir a segurança de seus cidadãos, de manter a integridade nacional e de regular a sua própria economia. E, ao se questionar o Estado como entidade pacificadora e estabilizadora (monopolizador da normatividade e do uso da "violência legítima") da sociedade, acaba-se por questionar a viabilidade do pacto social que o funda, cristalizado na Constituição.

Por tudo o que foi exposto, é fácil perceber que a compreensão da "crise" do constitucionalismo (e da própria crise do Estado) passa pela problemática da

---

<sup>71</sup> Eduardo Carlos B. BITTAR, *ob. cit.*, p. 135.

<sup>72</sup> Cf. Ulrich BECK, *La Sociedad del Riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Ibérica, 1998.

<sup>73</sup> Segundo Gilberto DUPAS: "O deslumbramento diante da novidade tecnológica e a ausência total de valores éticos que definam limites e rumos poderão ameaçar a própria sobrevivência da humanidade. As novas tecnologias na área do átomo, da informação, da genética e agora da nanotecnologia causam um crescimento brutal dos poderes do homem, agora sujeito e objeto de suas próprias técnicas. Isso ocorre num estado de vazio ético no qual as referências tradicionais desaparecem e os fundamentos ontológicos, metafísicos e religiosos da ética se perderam" (*Atores e Poderes na Nova Ordem Global: assimetrias, instabilidades e imperativos de legitimação*, São Paulo, Editora UNESP, 2005, p. 76).

globalização. De fato, a interdependência crescente dos países, seja no ponto de vista econômico ou financeiro, assim como a complexidade dos problemas novos (como o meio-ambiente), levam a uma crise do modo tradicional de produção e aplicação das regras jurídicas. A esse respeito, André-Noël Roth já disse que a crise do direito se reflète “na dificuldade que tem o Estado para aplicar seus programas legislativos, e no reconhecimento de um pluralismo jurídico. O Estado perde sua pretensão na detenção do monopólio de criar regras”<sup>74</sup>. Há, portanto, uma modificação do caráter autoritário (no sentido de “feito” por uma autoridade”) de elaboração do direito em direção a uma maior flexibilidade. Fala-se, ainda, em *diferentes níveis* de formulação do direito, seja a partir de um movimento de internacionalização do direito nacional, seja a partir da transferência da produção normativa para a esfera privada. Em ambos os casos, emergem fontes normativas e instâncias de resolução de conflitos foras ou alheias ao Estado, e não subordinadas, portanto, à Constituição nacional.

Especificamente no contexto Europeu, há a questão relativa ao Direito Comunitário. Como se sabe, na formação da União Europeia, os Estados europeus abdicam formalmente parte de sua soberania, transferindo uma série de competências pra órgãos comunitários independentes dos Estados que os criam. As normas comunitárias vinculam os Estados membros e constituem direito diretamente aplicável, sem a necessidade de qualquer ato interno de transformação. Gomes Canotilho fala, assim, na atribuição de um *poder originário supranacional* à Comunidade Europeia<sup>75</sup>, ressaltando a tese predominante da *primazia* do direito comunitário<sup>76</sup>. Tese essa amplamente recepcionada nos julgados do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia (TJCE), que, mais de uma vez, afirmou a necessidade de aplicação do direito comunitário pelo juiz nacional, que, autonomamente, pode desaplicar a lei nacional em

---

<sup>74</sup> André-Noël ROTH, «O Direito em Crise: Fim do Estado Moderno», *Direito e Globalização Econômica. Implicações e Perspectivas*, J. E. FARIAS (org.), São Paulo, Malheiros, 2010, p. 21.

<sup>75</sup> J. J. Gomes CANOTILHO, *ob. cit.* (2003), p. 704.

<sup>76</sup> *Idem*, p. 825.

sentido contrário, mesmo que posterior<sup>77</sup>. Indo mais longe, a doutrina mais “europeísta” advogada a tese da supremacia do direito comunitário em face também das constituições estaduais, sugerindo a existência de um Direito Constitucional Europeu<sup>78</sup>.

No âmbito do Direito Internacional Público, o histórico de atrocidades produzidas ao longo do século XX levou à criação de um Direito Internacional dos Direitos Humanos, que tem como premissa básica a de que a proteção dos direitos humanos não pode ser circunscrita aos Estados e às jurisdições domésticas. Assim é que diversos foram os organismos criados para a promoção, proteção e fiscalização dos direitos humanos, alguns dos quais com competência de natureza jurisdicional, como o tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e o Tribunal Penal Internacional (TPI). Há quem veja nesse movimento a última “onda” da passagem do legalismo para o universalismo (esquematicamente, seria o seguinte: legalismo → constitucionalismo → internacionalismo → universalismo), onde normas de nível *supraconstitucional* devem ser observadas independentemente do aceite dos Estados para a sua aplicabilidade<sup>79</sup>. Dentro da mesma perspectiva, alguns enxergam a emergência de um *constitucionalismo global*, deixando o Direito Internacional de regular apenas as relações entre os Estados para assumir o indi-

---

<sup>77</sup> Caso *van Gend Loos* (1963), caso *Costa v. Enel* (1964) e caso *Simmenthal* (1978). Cf., a propósito: Jónatas E. M. MACHADO, *Direito Internacional. Do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 732 e ss.

<sup>78</sup> Contra: Jónatas E. M. MACHADO, *ob. cit.* p. 732: “Alguma doutrina viu nestes e noutros pronunciamentos judiciais a emergência de uma Constituição europeia. No entanto, do que se trata é apenas a afirmação da primazia do direito comunitário em termos funcionalmente adequados, limitada ao exercício das competências voluntariamente transferidas pelos Estados para a Comunidade, numa base de igualdade e reciprocidade, sem quaisquer pretensões constituintes de alteração da estrutura da soberania política”.

<sup>79</sup> Nesse sentido, a posição de Luiz Flávio GOMES e Valerio de O. MAZZUOLI: “As leis e os códigos correspondem à primeira evolução (do Estado, do Direito e da Justiça) do modelo liberal, forjado sobretudo pela Revolução Francesa (que depositou toda a sua confiança na ‘soberania do Parlamento’); a Constituição e a jurisprudência interna decorrem da segunda evolução ou segunda onda (Estado constitucional de direito); os tratados e a jurisprudência internacional emanam da terceira evolução ou terceira onda (Estado constitucional e internacional de direito); o direito universal é a quarta evolução ou quarta onda, inferindo-se de tudo isso uma nova síntese, a do Estado Constitucional e Humanista de Direito, que constitui, hoje, uma macrogarantia de proteção dos direitos humanos frente ao exercício (ilegítimo) do poder” (*Direito Supraconstitucional. Do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 191).

víduo como *sujeito* e *destinatário* de suas normas, funcionando hoje as fontes internacionais como outrora funcionaram as constituições internas como mecanismos de limitação do arbítrio<sup>80</sup>.

Por outro lado, há quem critique a simples reformulação da pirâmide normativa, agora com a subordinação completa do direito interno ao internacional, algo, que a rigor, não foge de uma postura simplista e reducionista, também incapaz de explicar o direito em uma sociedade complexa. Surgem, assim, propostas mais sofisticadas, como o *transconstitucionalismo*<sup>81</sup> de Marcelo Neves. Nela, pressupõe-se que a existência de conflitos entre as diversas ordens jurídicas (locais, regionais, internacionais e supranacionais) não pode ser descartada nem mesmo em temas que, *em tese*, haveria uma certa confluência axiológica, como a proteção dos direitos humanos. A solução não passa pela adoção de um *provincianismo* constitucional nem pela imposição internacionalista unilateral. Para Neves, não há propriamente redes verticais, o que implicaria na admissão de uma relação hierárquica entre as diversas ordens jurídicas, mas o *entrelaçamento* de ordens de tipo diferente. Prefere ele apostar na defesa da *conversão* e do *diálogo* transconstitucional. Exemplificativamente, no que tange ao TJCE, Neves afirma que o discurso jurídico do tribunal comunitário tem que estar preparado para flexibilizar-se em face das ordens nacionais, “sobretudo para tolerar

---

<sup>80</sup> Por todos, Clèmerson CLÈVE: “a abertura do direito constitucional nacional para o constitucionalismo global significaria o reconhecimento da existência (e pertinência) de uma Constituição material global, formada por um *jus cogens* internacional integrado por valores comuns, ainda que poucos. Valores, cumpre lembrar, decorrentes da experiência consumada nas sociedades democráticas, mas condensados também a partir de decisões prolatadas pelas cortes internacionais, especialmente de direitos humanos, e de determinadas declarações e tratados internacionais. Haveria aqui, portanto, a idéia de que o direito constitucional global emerge e evolui com a formação de comunidades de nações que comungam de determinados valores, especialmente aqueles ligados ao princípio da dignidade humana” («Direito Constitucional, Novos Paradigmas, Constituição Global e Processos de Integração», *Revista Crítica Jurídica*, nº 25, jul;/dez. 2006, p. 312).

<sup>81</sup> Outros preferem falar em constitucionalismo multinível, como, por exemplo, João Carlos LOUREIRO: “(...) deparamo-nos com um ‘constitucionalismo multinível’, em que se entrelaçam constituições nacionais com a constituição comunitária e, inclusivamente, com uma constituição global. Mesmo que se recuse o corte do cordão umbilical entre Estado e constituição e, conseqüentemente, se negue o estatuto constitucional a estes outros níveis, não se desconhecerá a crescente relevância de fontes internacionais – mundiais ou regionais (no nosso caso, paradigmaticamente, a intervenção do Conselho da Europa) – e supranacionais (direito comunitário)” (*Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos ‘direitos adquiridos’*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 66).

concepções constitucionais diversas de direitos fundamentais na incorporação do direito supranacional no âmbito interno”. A recíproca também é verdadeira: “a conversação transconstitucional exige a renúncia do narcisismo por parte dos tribunais e conselhos constitucionais”, exigindo-se a capacidade de “pôr-se na posição do outro”<sup>82</sup>.

Outrossim, quando se fala em diferentes níveis de produção normativa, há ainda a discussão relacionada ao papel da iniciativa privada. Não há, de fato, como ignorar a influência da chamada *lex mercatoria*. A globalização econômica deu ao capital e aos meios de produção uma mobilidade sem precedentes. Investidores, empresários e multinacionais podem escolher “onde” colocar seu dinheiro e suas fábricas, optando pelo marco regulatório que lhes for mais benéfico. Se somarmos a isso o fato de que as grandes empresas transnacionais são, hoje, economicamente mais poderosas que muitos Estados, temos um cenário de clara incapacidade regulatória por parte destes últimos.

Como bem observa José Eduardo Faria, quanto mais as empresas conseguem reinstalar-se em cidades, países e continentes diferentes onde podem obter vantagens em termos de encargos sociais e carga tributária, tanto menor tende a ser a força do Estado “para estimular uma ética de solidariedade e promover justiça social por vias fiscais, por exemplo”<sup>83</sup>. Além disso, continua o autor, enquanto de um lado o Estado perde capacidade de coordenação econômica e autonomia na elaboração de novas estratégias de regulação, mais tem a responsabilidade de lidar com as consequências internas da crise. Segundo ele, “os governos nacionais não desconhecem expectativas sociais, mas carecem de meios políticos, ferramentas tributárias e recursos orçamentários suficientes para atendê-las, o que deixa as municipalidades condenadas à gestão paroquial, enquanto as massas de excluídos e suas demandas se multiplicam”<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> Marcelo NEVES, *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 166.

<sup>83</sup> José Eduardo FARIA, *O Estado e o Direito depois da Crise*, São Paulo, Saraiva, 2011, p. 38.

<sup>84</sup> *Idem*, p. 39.

Diante de todas essas considerações, quando alguns chegam a falar em fim da Constituição ou até mesmo em fim do Estado (ao menos como foram concebidos), é de se perguntar se ainda existe, efetivamente, um *Estado Constitucional*. A nosso juízo, apesar de todos os problemas, frustrações, inseguranças e inquietações, a resposta é desenganadamente positiva. Ocorre que, para a sua própria sobrevivência, tanto o Estado quanto a Constituição devem aprontar-se para oferecer soluções reais e concretas aos problemas do século XXI. Preservando as conquistas alcançadas, se possível, caminhando para trás, se necessário, mas sempre de olho no futuro. Andemos.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### Direito e Escassez

#### 1. Aspectos da relação entre o Direito e a Economia.

##### 1.1. A racionalidade jurídica e a racionalidade econômica.

Já se disse que o tempo do Direito não é o tempo da Economia. O Direito olha mais para trás, buscando reconstituir um estado anterior das artes, ao passo que Economia olha para frente, na tentativa de prever e “precificar” o futuro<sup>85</sup>. Por isso, o tempo do Direito é lento, as mudanças são feitas de forma vagarosa, enquanto a Economia é, essencialmente, dinâmica.

Mesmo correndo o risco de parecer simplista, o que essa afirmação ilustra é o choque dentre dois tipos específicos de racionalidade: a econômica, focada nos “resultados”, e a jurídica, voltada aos “princípios”. De um modo genérico, a tensão entre esses dois campos resultam do embate de posições opostas: a dos economistas e sua busca pela eficiência alocativa (especialmente aqueles que baseiam sua análise na economia de mercado e no modo de produção capitalista); e a dos juristas e sua preocupação com o enquadramento legal-racional do poder (principalmente aqueles formados a partir de um referencial legalista-liberal de direito)<sup>86</sup>. Com o seu pensamento

---

<sup>85</sup> Armando C. PINHEIRO, *Direito e Economia num Mundo Globalizado: Cooperação ou Confronto?*, disponível em [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=4194](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4194) [capturado em 10/05/2011].

<sup>86</sup> José Eduardo FARIA, *Direito e Economia na Democratização Brasileira*, São Paulo, Malheiros, 1993, p. 12. Armando C. PINHEIRO (*cit.*) transcreve trecho de autoria de George Stigler que resume bem a referida tensão: “Enquanto a eficiência constitui-se no problema fundamental dos economistas, a justiça é a preocupação que norteia os homens do direito (...) é profunda a diferença entre uma disciplina que procura explicar a vida econômica (e, de fato, todo o comportamento racional) e outra que pretende alcançar a justiça como elemento regulador de todos os aspectos da conduta humana. Esta diferença

direcionado aos resultados, isto é, tendo em vista o sucesso dos programas econômicos e a eficácia das suas decisões, muitas vezes os economistas são acusados de não dar a devida importância aos regramentos legais, regendo-se de acordo com a velha máxima segundo a qual a “legitimidade dos fins justificaria a escolha dos meios”, hipótese em que a racionalidade material seria mais importante do que a formal<sup>87</sup>. Por outro lado, a preocupação com o risco do arbítrio conduz os juristas a valorizarem os procedimentos, os prazos e a argumentação lógico-formal. Sustenta-se que a ótica da racionalidade formal transforma o direito em um instrumento de “segurança” dos cidadãos.

Se em um ambiente de normalidade e estabilidade a tensão entre economistas e juristas pode ser encarada como “natural”, em momentos de grave crise pode-se partir para o confronto aberto. No início da década de 90, por exemplo, época em que o Brasil convivia com uma inflação galopante, dois professores titulares de Economia da Universidade de São Paulo (USP) deram as seguintes declarações ao jornal *Gazeta Mercantil*, a propósito do mais duro programa anti-inflacionário até então implementado no país: “Pouco importa se as medidas provisórias sejam inconstitucionais, desde que o plano dê certo” – afirmou o economista Carlos Alberto Longo. “Economistas no governo geram empregos pelo menos para um setor da economia: o dos advogados” – disse o economista Roberto Macedo. Menos de dois anos depois, a revista *Exame* publicou uma entrevista com o advogado José Martins Pinheiro Neto, titular do maior escritório de advocacia empresarial da América Latina: “(...) é fundamental que nos livremos, de verdade, desses messias econômicos que acham que é preciso mudar tudo da noite para o dia. (...). Infelizmente, acho que há uma falta de ética, comum a todos esses ministros, que reza mais ou menos o seguinte: não existem leis e, até segunda ordem, os fins justificam os meios. Isso é como completa insanidade”<sup>88</sup>.

---

significa, basicamente, que o economista e o jurista vivem em mundos diferentes e falam diferentes línguas”.

<sup>87</sup> Para Emerson GABARDO, “no caminho aberto pelo liberalismo, a ideia-força de eficiência retorna como algoz da mentalidade principiológica (*Eficiência e Legitimidade do Estado*, São Paulo, Manole, 2003, p. 107).

<sup>88</sup> Citações colhidas de José Eduardo FARIA, *ob. cit.* pp. 11 e 15.

Decisões econômicas, aliás, podem ocasionar problemas jurídicos por décadas. Veja-se o caso dos planos econômicos feitos no Brasil na década de 80 e início da década de 90, que ainda estão sendo apreciados pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Recentemente, no dia 25 de novembro de 2013, manchete do jornal *Correio Braziliense* destacava o seguinte: “Pressão no STF. Governo pede ajuda a ex-autoridades econômicas para tentar convencer o STF a não reconhecer direitos de poupadores”. A extensa reportagem dava conta do esforço do atual Governo contra os poupadores para salvar os bancos de uma fatura que, segundo cálculos de alguns economistas, pode chegar a R\$ 150 bilhões (cerca de 45 bilhões de euros). A preocupação é tão grande que o Palácio do Planalto mobilizou ex-ministros da Fazenda e ex-presidentes do Banco Central, alguns de linha política e ideológica oposta ao atual Governo, para demonstrar ao STF o tamanho do rombo que uma decisão favorável aos poupadores no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 165 pode causar aos à economia do país.

Explica-se. Essa decisão do STF na ADPF nº165 (chamada carinhosa - e exageradamente - nos corredores do Banco Central do Brasil de “a ação do fim do mundo”) encerrará uma demanda de 25 anos, relativa aos expurgos monetários dos Planos Cruzado, Bresser, Verão, Collor I e Collor II. Efetivados entre 1986 e 1991, todos tinham o objetivo de combater a inflação, que ultrapassava os 4.000% ao ano, manipulando os índices de correção monetária dos contratos e das aplicações financeiras. Segundo os advogados dos poupadores, cada mudança de plano econômico levou a poupança a fazer correções monetárias inferiores à inflação, deixando os depositantes no prejuízo. No processo que envolve o Plano Bresser, os poupadores pleiteiam 8,04% de incremento do valor depositado à época; no Verão, 20,37%; no Collor I, 44,80% e 2,49%; no Collor II, 4,39%<sup>89</sup>.

---

<sup>89</sup> Outra reportagem, da revista *ISTOÉ Dinheiro* (edição nº 841, de novembro de 2013), resume bem a questão: “Na ponta do lápis, a perda para os poupadores pode superar R\$ 40 bilhões, diz um advogado paulista com larga experiência em defender os bancos. A maior perda foi no Plano Collor 1, em 1990, quando a rentabilidade das cadernetas de poupança foi tungada em 44,8%. A conta foi simples. O governo agiu sempre para quebrar a espinha dorsal da indexação da economia: os índices de inflação. Ao manipular artificialmente os índices, reduzia-se a inércia de preços. Um efeito colateral benéfico para

O Governo brasileiro montou uma verdadeira tropa de choque para peregrinar nos gabinetes do STF. Uma tropa formada não apenas por advogados, mas também – e sobretudo – por economistas graúdos, aí incluídos os atuais presidente do Banco Central e ministro de Estado da Fazenda. Eles alegam aos juízes do STF que, se os bancos perderem a causa, o custo da correção exigida pelos depositantes causará danos que podem afetar toda a economia. Segundo o Banco Central, haveria restrição de crédito de aproximadamente R\$ 1 trilhão (cerca de 300 bilhões de euros) e a Receita Federal deixaria de recolher R\$ 60 bilhões em impostos e contribuições. A redução na oferta de empréstimos e financiamentos poderia derrubar ainda mais o – já modesto – crescimento do Produto Interno Bruto (PIB). Do outro lado, advogados dos poupadores alegam que o que o Governo vem fazendo é puro terrorismo econômico. Sustentam que, se a decisão for estritamente jurídica, os bancos perdem. Se o julgamento for político, os bancos ganham<sup>90</sup>.

Certamente não é nosso objetivo, neste trabalho, analisar todos os aspectos dessa ação, e muito menos dizer qual dos lados tem razão. Mas é interessante destacar esse caso para demonstrar a força do argumento fático-econômico, ou mesmo a tentativa de imposição da racionalidade econômica à racionalidade jurídica – embora, reconheça-se, o caso em si seja mais complexo do que uma opção pura e simples pelo direito ou pela economia. Note-se, ademais, que até mesmo do ponto de vista da Filo-

---

o governo era diminuir o valor nominal das suas próprias dívidas. Como os bancos também eram credores dos investidores, eles acabavam sendo beneficiados por tabela, o que causou a impressão de que o sistema financeiro lucrou com os planos. Tamanhas perdas motivaram uma multidão de investidores lesados a procurar seus direitos na Justiça. Os processados foram os bancos, com base no argumento jurídico de que, como guardiões do dinheiro dos poupadores, eles agiram contra os interesses dos clientes ao aplicar os expurgos nas cadernetas de poupança. (...). Pelas contas da Fazenda, a conta pode superar R\$ 149 bilhões. Se esse cálculo estiver correto, os bancos perderão quase um terço de seu patrimônio. Isso vai provocar um efeito devastador no crédito. Os bancos podem conceder empréstimos na proporção do seu patrimônio líquido. Os R\$ 420 bilhões atuais no sistema permitem que os banqueiros concedam R\$ 2,5 trilhões em crédito. A redução patrimonial obrigaria os bancos a diminuir o volume de empréstimos, e o mercado de crédito poderia perder até R\$ 900 bilhões em financiamentos que simplesmente não seria renovado. O Idec tem outros números. ‘O gasto máximo dos banco será de R\$ 18 bilhões’, diz Flávio Siqueira Júnior, advogado do Idec de São Paulo. (...) O assunto foi discutido pelos ministros com a presidenta Dilma Rousseff, que pediu empenho total do governo para evitar a derrota dos bancos”.

<sup>90</sup> Esse é o teor de manifestações de advogados dos poupadores transcritas nas já citadas reportagens do *Correio Braziliense* e da *ISTOÉ Dinheiro*.

sofia Política esse julgamento poderia suscitar relevantes indagações, por exemplo: é *justo*, em uma ação dessa monta, que eventual – e gigantesco – prejuízo econômico por decisões políticas desastradas seja custeado, ao fim e ao cabo, pela geração subsequente (assumindo-se a premissa de que tal prejuízo não será restringido aos bancos, mas dividido com toda a sociedade, como alega o Governo)? Lembremos que o último Plano Econômico de que se fala data de 1990, quando a maioria da atual população universitária sequer havia nascido.

Já e, Portugal, os desdobramentos da terrível crise econômica instalada a partir de 2008 reascenderam o debate em torno da imposição da racionalidade econômica frente à juridicidade. Suzana Tavares da Silva assim registra a questão: “as inquietações que mais nos tem atormentado e que presidem às considerações subsequentes, prendem-se com a ‘aceitação generalizada’ da prevalência de critérios económicos – os denominados critérios de ajuste financeiro – sobre a juridicidade das medidas adoptadas pelo poder público, como se os critérios jurídicos fossem ‘coisa non grata em tempos de escassez de recursos económicos’ ou consubstanciassem parâmetros incapazes de originar soluções eficientes e adequadas a contextos de austeridade”<sup>91</sup>.

À luz dessas considerações, é de se perguntar se, sobretudo em contextos de crise, a racionalidade econômica suplanta (ou deve suplantar) de fato a racionalidade jurídica, ou, ao contrário, se o direito ainda possui um papel importante no que diz respeito ao controle e normatização da economia, mesmo diante de graves circunstâncias sociais e econômicas. A pergunta é relevante porque o antagonismo entre essas duas racionalidades, se já está presente em situações de normalidade, agrava-se substancialmente em períodos de intensa e duradoura crise econômica, fazendo com que, em um Estado Constitucional, duas lógicas distintas acabem por digladiarem-se: a lógica da “governabilidade” e a lógica da “legitimidade”<sup>92</sup> (frisamos o Estado

---

<sup>91</sup> Suzana Tavares da SILVA, «Sustentabilidade e Solidariedade em Estado de Emergência Econômico-Financeira», *Estado e Crise Econômica: Questões Relevantes*, FERREIRA, Jussara A. B. N. e RIBEIRO, Maria de Fátima [org.], São Paulo, Arte e Ciência, 2011, p. 208.

<sup>92</sup> José Eduardo FARIA, *ob. cit.*, pp. 22-30.

Constitucional porque, como explicado nos capítulos precedentes, a questão da legitimidade só é posta neste tipo de Estado).

“Governabilidade” é um termo de difícil conceituação, e sua utilização normalmente vem carregada de implicações ideológicas<sup>93</sup>. Sem embargo, sua noção está relacionada à (in)capacidade de um governo de tomar decisões no momento oportuno a respeito de programas econômicos, políticas públicas etc., e de efetivamente colocá-las em prática, em razão de problemas institucionais, sociais e/ou econômicos. Um sistema político, portanto, se torna “ingovernável” quando não consegue mais responder a essas demandas e dirimir esses conflitos eficazmente, ainda que expanda a sua estrutura e os seus instrumentos de intervenção.

Segundo o professor José Eduardo Faria, a situação-limite de um cenário de ingovernabilidade é de uma crise fiscal<sup>94</sup>. Tal situação costuma apresentar-se quando as despesas sociais destinadas a legitimar um modo específico de produção crescem mais rapidamente do que os meios de financiá-la. A questão é que essas despesas, uma vez efetivadas, são convertidas em direitos sociais, que não podem mais ser suprimidos de um momento para outro sem riscos para a legitimidade do sistema político (cf., mais a frente, as discussões acerca do princípio da vedação do retrocesso social). Essa questão transforma-se em problema quando essas despesas se expandem em uma velocidade maior do que o suportável pela estrutura econômica, e o Estado se

---

<sup>93</sup> *Idem*, p. 16. Por sua vez, Gianfranco PASQUINO explica o seguinte: “o termo mais usado atualmente seria o oposto, ou seja, não-Governabilidade. A palavra, carregada de implicações pessimistas (crise de Governabilidade) e, frequentemente, conservadoras, presta-se a múltiplas interpretações. Em particular, a distinção mais clara é daqueles que atribuem a crise de Governabilidade à incapacidade dos governantes (alguns são levados a ver nisso o emergir insanável das contradições dos sistemas capitalistas), e daqueles ainda que atribuem a não-Governabilidade á exigências excessivas dos cidadãos. Esta segunda versão define a não-Governabilidade como um termo carregado de problemas. Em linhas gerais, as duas interpretações apresentam vários pontos de contato; porém, quando estritamente distintas, podem chegar, frequentemente, até a atos de acusação (contra governantes ou alguns grupos sociais, quase sempre os sindicatos), ou a posições ideológicas. (...) A fraqueza substancial destes posicionamentos consiste na falta de ajuste, a nível analítico, dos dois componentes fundamentais, capacidade e recursos, em sentido lato, dos Governos e dos governantes, e solicitações, apoio e recursos dos cidadãos e dos grupos sociais. A Governabilidade e a não-Governabilidade não são, portanto, fenômenos completos, mas processos em curso, relações complexas entre componentes de um sistema político” (*Dicionário de Política*, BOBBIO, MATTEUCCI e PASQUINO [org.], 11ª ed., Brasília, Editora UnB, 1998, pp. 547-548).

<sup>94</sup> José Eduardo FARIA, *ob. cit.*, pp. 16-17.

vê impelido a transferir, por vias tributárias, os excedentes do sistema político e a reduzir a capacidade pública e privada de investimento desse mesmo sistema. Consequentemente, como alerta Faria, “se por um lado o aparelho estatal se torna alvo das mais variadas e contraditórias pressões setoriais na composição do orçamento, reclamando prioridades em termos de investimentos reprodutivos ou gastos em programas sociais, por outro o desequilíbrio orçamentário conjugado com o aumento do déficit público se converte em fator inflacionário sem que, no entanto os diferentes indivíduos, grupos e classes em conflito sejam atendidos em seus objetivos e desejos concretos”.

Fica posto, assim, o choque entre as duas lógicas acima referidas. De um lado, a lógica da “governabilidade, dentro do contexto de uma profunda crise econômica que ameaça as finanças públicas e o sistema produtivo como um todo, atingindo diretamente as classes menos favorecidas e organizadas (embora também atinja as mais abastadas); uma lógica que exige medidas imediatas, duras e eficazes para evitar a “quebra” do Estado. E a lógica da “legitimidade”, aqui nos referindo à legitimidade derivada do respeito à Constituição e às opções democráticas nela cristalizadas, que exigem, entre outras coisas, o respeito à “segurança do direito” e ao “império da lei”.

Nossa proposta, como será demonstrado nas páginas seguintes, parte da compreensão de que, apesar de distintas e (aparentemente) opostas, a racionalidade econômica e a racionalidade jurídica podem ser complementares, ou, ao menos, dialogar – assim como a lógica da governabilidade e a lógica da legitimidade, com todas as suas tensões, não são absolutamente excludentes. Se essa compreensão pressupõe um intercâmbio entre Economia e Direito, também reconhece que o Direito e o discurso jurídico, mesmo nas profundas crises, ainda cumpre um papel importante e indispensável, não sendo meramente acessório ou subordinada à Economia. Para isso, contudo, é preciso que o Direito e os juristas estejam aptos a trabalhar com a nova realidade e a fornecer as respostas que a sociedade precisa.

## 1.2 A interface necessária entre Direito e Economia.

Embora às vezes conflituosa, a relação entre Direito e Economia é tão antiga quanto a última<sup>95</sup>. A Economia surge a partir de duas constatações triviais: (i) as necessidades humanas são muitas, e tendem a se expandir indefinidamente; e (ii) os recursos para o atendimento dessas necessidades são, em maior ou menor grau, limitados, isto é, escassos. Por isso, em todas as sociedades são estabelecidas relações e instituições destinadas a enfrentar esse problema. Trata-se, em outras palavras, da administração da escassez. Quanto mais escassos são os bens, e quanto mais interesses eles despertarem, maior a quantidade e diversidade de normas jurídicas destinadas a regular e equilibrar tais interesses<sup>96</sup>. Daí a propriedade da frase de Carnelutti: “quanto mais Economia mais Direito”<sup>97</sup>.

O estudo da relação entre Direito e Economia ganhou força a partir da década de 60 do século passado com o desenvolvimento da área denominada de *Law and Economics* (análise econômica do direito), sobretudo nos Estados Unidos, com os trabalhos pioneiros de Ronald Coase e Richard Posner e Guido Calabresi, entre outros. Note-se que há várias correntes dentro da análise econômica do Direito, cada uma procurando explicar de maneira diferente o fenômeno econômico e propondo medidas distintas para corrigir as distorções ocasionadas pelas normas de direito positivo. Citem-se, por exemplo, a Escola de Chicago, a de Yale, a da Nova Economia

---

<sup>95</sup> Para um histórico da relação entre Direito e Economia, cf. o artigo «Law and Economics», de Rachel SZTAJN e o artigo «Análise Econômica do Direito e das Organizações», escrito pela mesma autora em conjunto com Decio ZYLBERSTAJN, integrantes da coletânea *Direito & Economia*, organizada pelos dois (Rio de Janeiro, Elsevier, 2005).

<sup>96</sup> Conforme leciona Luciano Benetti TIMM: “Numa perspectiva de Direito e Economia, os recursos orçamentários obtidos por meio de tributação são escassos, e as necessidades humanas a satisfazer, ilimitadas. Por essa razão, o emprego daqueles recursos deve ser feito de modo eficiente a fim de que possa atingir o maior número de necessidades pessoais com o mesmo recurso” («Qual a maneira mais eficiente de prover os direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?», *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*, SARLET e TIMM [org.], 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 52).

<sup>97</sup> *Apud* Fábio NUSDEO, *Curso de Economia. Introdução ao Direito Econômico*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 28.

Institucional, a da Escolha Pública etc.<sup>98</sup> Todavia, não é nossa intenção analisar as diferenças entre essas correntes. Limitar-nos-emos a enunciar (e debater) a questão central da análise econômica do Direito: a eficiência econômica, ou, mais especificamente, a maximização da eficiência econômica das instituições sociais e, dentre estas, também do Direito<sup>99</sup>.

Por outro lado, não se pode ignorar que, apesar de ser um movimento bastante expressivo nos Estados Unidos (basta lembrar que Posner é o acadêmico mais citado de todos os tempos naquele país – cf. nota 153), a análise econômica do Direito tem sofrido muitas contestações nos Estados de tradição jurídica romano-germânica, onde ainda possui pouca adesão doutrinária. Várias das objeções tem fundamento. Outras, porém, talvez sejam mais fruto do preconceito que muitos juristas nutrem em relação aos economistas (o antagonismo entre a racionalidade econômica e jurídica de que falamos acima). Alega-se, por exemplo, que, em termos metodológicos, o Direito se ocupa de valores, ao passo que a Economia pauta-se pela maximização dos resultados, o que inviabiliza a tentativa de utilizar parâmetros econômicos para a avaliação das normas jurídicas. Fala-se, também, que, ao considerar o Direito como mais um elemento (embora indispensável) no complexo mecanismo de alocação de recursos na sociedade, acaba-se por postular a superioridade da racionalidade econômica sobre a jurídica<sup>100</sup>. Critica-se, ainda, a visão de eficiência econômica como

---

<sup>98</sup> Cf. Rachel SZTAJN, *ob. cit.*, p. 77. Da autora: “A distinção mais conhecida entre a visão positivista da Escola de Chicago, descritiva dos fenômenos em relação à Escola de Yale, conhecida como normativista ou prescritiva, está em seu escopo, consistente e, propor mudanças visando ao aperfeiçoamento das normas; vale dizer, formular normas que produzam os incentivos para que as pessoas se comportem da maneira que melhor atenda aos interesses sociais”. Sobre as duas principais perspectivas da Análise Econômica do Direito (que o autor resume em duas perguntas básicas: (i) Quais são os efeitos de um determinado enquadramento jurídico? E (ii) Qual o enquadramento jurídico que deveria existir?), cf.: Vasco RODRIGUES, *Análise Económica do Direito. Uma Introdução*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 34.

<sup>99</sup> Flávio GALDINO, *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Direitos não nascem em árvores*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 242.

<sup>100</sup> Nesse sentido, Fábio Ulhôa COELHO: “há, na verdade, uma hierarquia implícita a qualquer empreendimento teórico com tal diretriz: a economia deve prevalecer sobre o direito, isto é, a eficiência econômica deve nortear a aplicação do direito” («A análise econômica do direito», *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-SP*, vol. 2, São Paulo, Max Limoad, 1995, p. 155).

sinônimo de justiça<sup>101</sup>. Alguns chegam a relacionar a concepção “eficientista” como uma expressão do fetichismo econômico causado pelo processo da globalização e pela prevalência do discurso neoliberal<sup>102</sup>. Diz-se, portanto, que a análise econômica do Direito serve apenas para justificar juridicamente uma pauta ideológica<sup>103</sup>.

De nossa parte, temos a convicção do acerto da observação, feita pelos estudiosos da *Law and Economics*, de que o Direito é mais um dentre os mecanismos de organização social. Não podemos, porém, é, a partir dessa constatação, concluir que a

---

<sup>101</sup> A observação de Marçal JUSTEN FILHO é pertinente: “(...) a alusão à ineficiência estatal deve ser considerada em termos. Eficiência ou ineficiência resultam dos critérios de julgamento adotados. Trata-se, em última análise, de escolher acerca dos objetivos a atingir. O Estado de Bem-Estar Social pode ser qualificado como ineficiente em face de determinados parâmetros de julgamento. Adotados outros critérios, poderá reconhecer-se sua absoluta eficiência” (*O Direito das Agências Reguladoras*, São Paulo, Dialética, 2002, p. 13). Por outro lado, veja-se a seguinte anotação de Vasco RODRIGUES: “Não deveríamos, antes, preferir um enquadramento jurídico mais justo a um menos justo? Este é um ponto que está longe de existir consenso entre os que se dedicam à Análise Económica do Direito. Numa série de trabalhos recentes que têm suscitado vivo debate, Kaplow e Shavell (1999, 2001, 2002) argumentam que não se deve utilizar nenhum outro critério que não a eficiência (ou, mais exatamente, nenhum critério que não corresponda apenas a uma agregação da utilidade sentida por cada membro da sociedade). O seu argumento é, simplificadaamente, o seguinte. Há duas situações possíveis: ou o critério de justiça (ou qualquer outro) leva sempre às mesmas escolhas que o critério da eficiência ou isso não acontece. Se os dois levam sempre às mesma escolhas, a distinção entre eles é pouco mais do que uma questão semântica: eficiência seria a designação económica da justiça; Se os dois levam, pelo menos às vezes, a escolhas diferentes, o critério de justiça leva, nos casos de conflito, a preferir situações que são *Pareto-inferiores*: isto é, leva a defender que não se proceda a alterações que melhorariam a situação de algumas pessoas sem prejudicar ninguém. No limite, o critério de justiça poderá levar a preferir situações em que todos os membros da sociedade estão pior do que numa alternativa viável! E, face disso, parece que o ‘ônus da prova’ da bondade do critério que propõem recai sobre os proponentes do critério da justiça” (*Ob. cit.*, pp. 34-35).

<sup>102</sup> Essa é a tônica do já citado trabalho de Emerson GABARDO. Discorrendo sobre o conceito de “eficiência” previsto na Constituição brasileira, o autor afirma que “na concretização do princípio da eficiência administrativa, não se pode esquecer da natureza redistributiva inerente à Constituição econômica brasileira, que não pode ser alterada pela ‘concepção eficientista’” (*ob. cit.*, p. 187).

<sup>103</sup> Rachel SZTAJN, por sua vez, afirma que as objeções da aproximação entre Direito e Economia partem, em geral, das formulações da Escola de Chicago. Diz ela: “Esta, em várias situações, tenta quantificar os efeitos das normas positivadas aplicando não apenas conceitos econômicos como, muitas vezes, a econometria, a áreas nas quais os efeitos patrimoniais das relações pessoais tendem a ser encarados como secundários, tal como ocorre nas relações de família. Seria possível aceitar a ideia da precificação do afeto entre familiares? Poder-se-ia considerar que existe um preço que causa ou impulsiona as ações de membros da família a ponto de ser determinante na tomada de decisões? Isso seria inadmissível, dizem os críticos, e, por isso, não aceitam qualquer discussão ou relação que aproxime Direito de Economia. Posner, porém, considera possível a existência de mercado em que seriam negociados direitos parentais” (*Ob. cit.* pp. 79-80).

análise jurídica pode ser reduzida à análise da eficiência econômica<sup>104</sup>. Discordamos, portanto, da *economização* pura e simples do Direito, embora reconheçamos a importância do diálogo entre essas duas áreas do conhecimento (se o movimento do *Law and Economics* tem um mérito, certamente é o de chamar a atenção dos estudiosos para esse imprescindível intercambiamento). Assim, o economista deve saber que a sua análise econômica, que fundamentará a aplicação das políticas econômicas, não é exercido no vácuo, mas dentro dos marcos constitucionais e legais estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Por outro lado, o jurista deve compreender que o Direito não é um universo paralelo, imune ao que se passa no mundo prático das relações econômicas e sociais em geral<sup>105</sup>. Em outras palavras, o que não pode acontecer é que cada racionalidade, a jurídica e a econômica, tente afirmar a sua própria absolutização, impondo suas soluções e premissas uma sobre a outra e desconsiderando a existente e necessária interrelação.

Duas ideias importantes, em particular, são fruto da interação entre Direito e Economia: (i) a escassez aplicada aos direitos fundamentais, que acaba por ressaltar os *custos* desses direitos; e (ii) a racionalidade prática traduzida em uma interpretação *consequencialista* do Direito. Vejamos cada uma delas.

## **2. Levando a escassez a sério.**

### **2.1. A questão dos direitos sociais e a reserva do possível.**

Como visto ao longo do capítulo primeiro, o constitucionalismo moderno (sec. XVIII a meados do séc. XX) ocupou-se em reconhecer os direitos fundamentais. Já o constitucionalismo contemporâneo, desenvolvido a partir do pós-guerra, centrou-

---

<sup>104</sup> Nesse sentido: Flávio GALDINO, *ob. cit.*, p. 247. E também Paula A. FORGIONI: “A sociedade civil não se resume ao mercado; há princípios (jurídicos) que não a lógica econômica e que também compõem a denominada ‘ordem jurídica do mercado’. (...) Uma lei considerando ilícita a compra e venda de bebês não há de ser acolhida pela ordem jurídica, ainda que eficiente do ponto de vista econômico” («A análise econômica do direito: paranoia ou mistificação?», *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 44, nº 139, jul./set. 2005, p. 255).

<sup>105</sup> André NUNES, *Economia e Ideologia*, Curitiba, Editora CRV, 2012, p. 49.

se no tema da efetividade desses direitos – e daí também a ideia de conferir *normatividade* à Constituição. Não obstante, permanece acesa a polêmica em torno da concretização dos direitos sociais<sup>106</sup>.

Parte da problemática deriva do tratamento diferenciado que muitos autores ainda dão aos direitos de liberdade (negativos) e aos direitos sociais (positivos). Sustenta-se, em geral, não haver maiores problemas na aplicação direta dos direitos clássicos de liberdade de matriz individual, uma vez que estes podem ser efetivados diretamente pelo Poder Judiciário na base de uma concepção estritamente técnica de direitos<sup>107</sup>. Alega-se, também, que a efetivação dos direitos de liberdade não gera custos ao Estado; já os direitos sociais, na medida em que encerram um conjunto de prestações a serem fornecidas pelo Poder Público, demandam a intervenção do legislador ordinário, pois se encontram associados à realização de políticas públicas (saúde, habitação, educação etc.). A partir dessas considerações, existe quem conclua pela eficácia meramente programática e pela impossibilidade de apreciação judicial dos direitos sociais<sup>108</sup>, havendo, ainda, quem sequer reconheça nesses direitos a condição de jusfundamentalidade<sup>109</sup>.

Se não é apropriado dizer que os direitos de liberdade não geram custos para o Estado, como veremos adiante, o fato é que: (i) os direitos sociais acarretam gastos públicos visíveis, identificáveis tanto por quem recebe a prestação quanto por quem dá; e (ii) a concretização dos direitos sociais geralmente demanda a intermediação do

---

<sup>106</sup> Conforme acentua J. J. Gomes CANOTILHO: “A nosso ver, paira sobre a dogmática e sobre a teoria jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais a carga metodológica da «vagueza», «indeterminação» e «impressionismo» que a teoria da ciência vem apelidando, em termos caricaturais, sob a determinação de «fuzzysmo» ou «metodologia fuzzy». Em abono da verdade, este peso retórico é hoje comum a quase todas as ciências sociais. Em toda a sua radicalidade, a censura de «fuzzysmo», lançadas aos juristas, significa basicamente que eles não sabem do que estão a falar, quando abordam os complexos problemas dos direitos econômicos, sociais e culturais.” (*Estudos Sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, 2008, p. 99).

<sup>107</sup> Cristina QUEIROZ, *Direito Constitucional. As Instituições do Estado Democrático e Constitucional*. Coimbra Editora, 2009, p. 373.

<sup>108</sup> Para um debate amplo sobre o tema, cf. o trabalho de Cláudia Maria da Costa GONÇALVES, *Direitos Fundamentais Sociais. Releitura de uma Constituição Dirigente*, Curitiba, Juruá, 2006, pp. 216 e ss.

<sup>109</sup> Uma boa resenha das posições que negam a jusfundamentalidade aos direitos sociais (com as respectivas contra argumentações) pode se encontrada em José Adércio Leite SAMPAIO, *Direitos Fundamentais*, 2ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2010, p. 249 e ss.

Estado. Dessas duas premissas, porém, não se pode concluir automaticamente pela ausência de jusfundamentalidade dos direitos sociais ou por sua total ineficácia, sob pena ignorar todos os esforços levados a cabo pelo constitucionalismo contemporâneo. Como acentua Cristina Queiroz, “Os direitos fundamentais inerentes à Constituição apresentam-se como um determinado ‘sistema cultural de valores’ de um Povo. Não excluem os direitos sociais. Estes assinalam, no século XX, a passagem do Estado de mera ‘função protectiva’ e ‘garantidora’ a uma ‘função promocional’”<sup>110</sup>.

No contexto brasileiro, a questão da jusfundamentalidade dos direitos sociais é menos tormentosa, já que estes foram expressamente positivados na Constituição como direitos fundamentais (veja-se, por exemplo, o disposto no art. 6º: “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados”). Tal circunstância faz com que alguns autores apontem uma certa posição de vanguarda para a Carta de 1988, uma vez que a positivação resultou na tendência de se reconhecer aos direitos sociais, pelo menos em termos gerais, o mesmo regime jurídico-constitucional estabelecido para os demais direitos fundamentais, observadas as particularidades de cada direito<sup>111</sup>.

Em outros países, a atribuição desse regime jurídico reforçado aos direitos sociais é visto com muito mais reservas. É o caso de Portugal, cuja Constituição de 1976 não outorgou aos direitos econômicos, sociais e culturais a mesma proteção reforçada estabelecida para a tutela dos direitos, liberdade e garantias (at. 18). O que não impediu Gomes Canotilho de dizer que “existe uma verdadeira imposição constitucional legitimadora, entre outras coisas, de transformações econômicas e sociais na medida em que estas forem necessárias para a efetivação desses direitos”<sup>112</sup>. Poderia-

---

<sup>110</sup> Cristina QUEIROZ, *Direitos Fundamentais. Teoria Geral*. 2ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 199.

<sup>111</sup> Ingo W. SARLET, «Comentários ao art. 6º da Constituição», *Comentários à Constituição do Brasil*, CANOTILHO, MENDES, SARLET e STRECK [org.], São Paulo, Saraiva/Almedina, 2013, p. 535.

<sup>112</sup> J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Almedina, 2003, p. 478. No mesmo sentido, José Carlos Vieira de ANDRADE: “em primeiro lugar, os preceitos relativos aos direitos sociais a prestações não são meramente proclamatórios, constituem normas jurídicas imperativas preceptivas, que, enquanto tais, concedem aos indivíduos posições jurídicas subjetivas (a que chamamos de pretensões) e estabelecem garantias institucionais, impondo ao legislador a obrigação

mos, também, citar a Constituição do Reino da Espanha, de 1978, que não estendeu o regime jurídico de proteção reforçada do art. 53.1 aos direitos sociais (à exceção do direito à educação, previsto no art. 27.), o que levou o jurista espanhol Gregório Robles a assinalar que, em seu país, os direitos econômicos, sociais e culturais não seriam verdadeiros direitos fundamentais, por lhe falar o tratamento privilegiado. Para ele, tais direitos não gerariam direitos subjetivos, sendo tão somente “princípios de política legislativa”<sup>113</sup>. Por fim, é digno de nota o caso da Alemanha, país cujo pensamento jurídico é bastante influente em terras brasileiras e lusitanas. Lá, a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949, não previu expressamente direitos fundamentais sociais (à exceção do direito de proteção à maternidade, disposto no art. 6,4.). A jurisprudência, então, passou a exercer um papel essencial no país, a partir da interpretação da cláusula do Estado Social (art. 20, I), do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1,1) e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 2, 1). Desses dispositivos foram deduzidos verdadeiros direitos sociais, tais como o direito ao trabalho, a uma habitação adequada, ao acesso à seguridade social etc<sup>114</sup>.

De todo jeito, mesmo onde o regime jurídico é reforçado, diz-se que a eficácia dos direitos sociais tem uma nota distintiva: a natureza progressiva. Ressalte-se que, segundo abalizada posição doutrinária, essa eficácia progressiva não se confunde com eficácia meramente programática e não dá uma carta branca ao legislador, constituindo antes uma “imposição constitucional legitimadora”, no dizer de Canotillho. Poderíamos acrescentar que a eficácia progressiva traduz a necessidade de o Poder Público ter como absoluta prioridade (por exemplo, quando da elaboração da peça orçamentária) buscar, progressivamente e na medida do possível, atender as demandas sociais existentes nas áreas de saúde, educação, habitação, cultura etc.

---

de agir para lhes dar cumprimento efetivo – constituem, assim, «imposições legiferantes». Em consequência, os preceitos constitucionais relativos aos direitos sociais gozam da força jurídica comum a todas as normas constitucionais imperativas (*Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4ª ed. Almedina, 2009, p. 365).

<sup>113</sup> Gregório ROBLES, *Os Direitos Fundamentais e a Ética na Sociedade Atual*, São Paulo, Manole, 2005, p. 9.

<sup>114</sup> Ingo W. SARLET, *ob. cit.*, p. 536.

A expressão “na medida do possível” não é ociosa e introduz o conceito de reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*). Alguns tratam a reserva do possível como princípio (há decisões do Superior Tribunal de Justiça brasileiro nesse sentido); outros como uma cláusula restritiva dos direitos fundamentais; há ainda quem considere a reserva do possível uma “condição” da realidade que influencia na aplicação dos direitos fundamentais<sup>115</sup>. De nossa parte, adotaremos a expressão “tese” da reserva do possível, mas, independentemente da nomenclatura, o importante é perceber que a reserva do possível emerge como um relevante argumento na discussão a respeito da concretização dos direitos sociais.

A construção dessa tese foi feita pelo Tribunal Constitucional Alemão a partir do julgado que ficou conhecido como “*numerus clausus*” (referente ao método de seleção para as universidades alemãs quando a demanda excede o número de vagas em cada curso)<sup>116</sup>, tendo sido inicialmente concebida como “aquilo que o indivíduo pode razoavelmente esperar da sociedade”<sup>117</sup>. Em sua versão original, portanto, a reserva do possível implica na compreensão de que os direitos subjetivos a prestações dependem de um exame da razoabilidade da pretensão individual, e de que os direitos sociais não são *prima facie* exigíveis dos órgãos públicos. Daí a crítica de alguns autores de que essa tese, inicialmente criada como um critério de razoabilidade e

---

<sup>115</sup> As referências são de Fabiana O. KELBERT, *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011, pp. 86-87.

<sup>116</sup> No caso, discutia-se, à luz do art. 12, § 1º da Lei Fundamental (“todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o lugar de formação”), a constitucionalidade do processo de escolha para o restrito número de vagas em medicina nas universidades públicas, que era inferior à demanda estudantil.

<sup>117</sup> Robert ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 498. Do autor: “El Tribunal parte de un derecho subjetivo vinculante *prima facie* de todo ciudadano que haya aprobado el bachillerato a acceder al estudio universitario de su elección. Este carácter *prima facie* es correctamente expresado cuando dice que este derecho pertenece a su titular ‘en sí y que es limitable (BVerfGE 43, 291 (315)). Que el derecho, en tanto derecho *prima facie* es un derecho vinculante y no tiene, por ejemplo, solo un carácter programático se percibe claramente cuando se dice que el derecho no puede ‘depender en su validez normativa del menor o mayor grado de sus posibilidades de realización. Pero, la propiedad de derecho vinculante *prima facie* significa que la cláusula restrictiva de este derecho, la ‘reserva de lo posible en el sentido de aquello que el individuo puede razonablemente exigir de la sociedad’ [BVerfGE 43, 291 (314)] no tiene como consecuencia la ineficacia del derecho. Esta cláusula expresa simplemente la necesidad de ponderación de este derecho”.

proporcionalidade, tenha sido apropriada com o tempo por um discurso focado apenas na dimensão econômica (ou no custo financeiro) dos direitos sociais<sup>118</sup>.

Efetivamente, hoje é corrente, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, relacionar a reserva do possível com o postulado econômico básico de que existem recursos escassos e necessidades humanas ilimitadas. Assim, essa tese passou a traduzir “a ideia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público”<sup>119</sup>. Há, portanto, portanto, duas questões importantes nessa formulação: (i) o reconhecimento do custo e da escassez; e (ii) a atribuição aos poderes políticos da competência para formular as chamadas “escolhas trágicas”.

Não há negar que, de fato, a compreensão que hoje se dá à tese da reserva do possível é um pouco diferente da formulação feita pelo Tribunal Constitucional da Alemanha na década de 70. Mas isso, por si só, não parece ser uma objeção relevante. Uma teoria ou um conceito não são propriedade dos seus autores, e nem estão imunes a uma evolução ou reinterpretação. Criticável é, certamente, a banalização da reserva do possível, caso utilizada, sem critério, como desculpa pelo Poder Público para invocar uma discricionariedade administrativa absoluta em matéria orçamentária, negando efetividade aos direitos fundamentais (o que, reconheça-se, ao menos no Brasil, foi feito com frequência pelos advogados do Estado). Mas o intercâmbio entre Economia e Direito, consubstanciado na aplicação da escassez ao conceito de reserva do possível, a nosso ver é salutar. Até porque não se põe em causa, com isso, a essencia-

---

<sup>118</sup> Nesse sentido: Fabiana O. KELBERT, *ob. cit.*, p. 70; Felipe de Melo FONTE, *Políticas Públicas e Direitos Fundamentais*, São Paulo, Saraiva, 2013, p. 134; Luís Fernando SGARBOSSA, *Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos*, Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, 2010, p. 216. Este último afirma que “(...) esse sentido originário restou marginalizado na doutrina, recaindo a ênfase significativamente na escassez de recursos e na questão dos custos dos direitos, característica esta que vem dando a tônica do debate nacional acerca do assunto”.

<sup>119</sup> Ingo W. SARLET e Mariana F. FIGUEIREDO, «Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações», *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*, SARLET e TIMM [org.], 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 29.

lidade ou a importância dos direitos sociais para a sociedade; apenas se chama atenção que, considerada a questão da escassez e a reserva do possível, há que se perquirir a melhor maneira de fazer a distribuição (isto é, a maneira mais eficiente). Ademais<sup>120</sup>, longe de serem excludentes, os critérios da proporcionalidade e da escassez são complementares, podendo ser utilizados combinadamente.

Na doutrina, é feita ainda uma diferenciação entre escassez *real e econômica* e *escassez ficta ou jurídica*<sup>121</sup>. A primeira é compreendida como a escassez decorrente da efetiva inexistência concreta de recurso, independentemente do desígnio humano, caracterizando-se como uma limitação fática à normatividade – estando aqui a origem da forte carga de racionalidade da reserva do possível, considerada como evidência lógica<sup>122</sup>. É possível até elaborar uma gradação da escassez, como faz Jon Elster:

“Dizer que um bem é escasso significa que não há o suficiente para satisfazer a todos. A escassez pode ser, maior ou menos grau, natural, quase-natural, o artificial. A escassez natural severa aparece quando não há nada que alguém possa fazer para aumentar a oferta. Pinturas de Rembrandt são um exemplo. A escassez natural suave ocorre quando não há nada que se possa fazer para aumentar a oferta a ponto de atender a todos. As reservas de petróleo são um exemplo, a disponibilização de órgãos de cadáver para transplante é outra. A escassez quase-natural ocorre quando a oferta pode ser aumentada, talvez a ponto da ponto da satisfação, apenas por condutas não coativas dos cidadãos. A oferta de crianças para adoção e de esperma para inseminação artificial são exemplos. A escassez artificial surge nas hipóteses em que o governo pode, se

---

<sup>120</sup> Luciano Benetti TIMM, *ob. cit.*, p. 52. Segundo o autor: “Numa perspectiva de Direito e Economia, os recursos orçamentários obtidos por meio de tributação são escassos, e as necessidades humanas a satisfazer, ilimitadas. Por essa razão, o emprego daqueles recursos deve ser feito de modo eficiente, a fim de que possa atingi o maior número de necessidades pessoais com o mesmo recurso”. E, mais a frente: “a Ciência Econômica preocupa-se com a eficiência no manejo dos recursos sociais escassos para atender ilimitadas necessidades humanas – que é um problema-chave quando se falam de direitos sociais ou mais genericamente fundamentais.”

<sup>121</sup> Cf. a propósito: Luís Fernando SGABOSSA, *ob. cit.*, p. 216 e ss.; Ana Carolina Lopes OLSEN, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível*, Dissertação (mestrado em Direito), Curitiba, UFPR, 2006, p. 217; Gustavo AMARAL, *Direito, Escassez, Escolha. Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 73 e ss.

<sup>122</sup> Luís Fernando SGABOSSA, *ob. cit.*, p. 219.

assim decidir, tornar o bem acessível a todos, a ponto da satisfação. A dispensa do serviço militar e a oferta de vagas no jardim de infância são exemplos<sup>123</sup>.

A escassez ficta ou jurídica, por sua vez, decorre de regramento legal que determine a alocação de recursos em uma área em detrimento de outras, ou, ainda, que proíba o gasto de recurso desta ou daquela maneira ou acima de certos limites. É o que fazem a generalidade das leis orçamentárias ou, por exemplo, a Lei Complementar brasileira nº 101, conhecida como “Lei de Responsabilidade Fiscal”, que “estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade fiscal e dá outras providências”<sup>124</sup>. Para alguns autores, o grande problema é justamente a pretensão de operar a transferência da carga de racionalidade da escassez real e econômica para as situações de escassez ficta ou jurídica, que, a rigor, é artificial, não sendo, portanto, insuperável<sup>125</sup>. Nesse caso, os recursos existem materialmente, havendo apenas uma decisão alocativa de natureza política para escolher determinadas demandas em detrimento de outras. A conclusão é que a reserva do possível com base na escassez jurídica é o sucedâneo atual das vetustas teorias restritivas denegadoras de eficácia às normas instituidoras de direitos fundamentais<sup>126</sup>. Segundo Luis Fernando Sgabossa, “somente se tem notícia de alegação calcada na reserva do possível baseada em tal tipo de escassez par justificar a irrealização de direitos sociais”<sup>127</sup>.

---

<sup>123</sup> *Apud* Gustavo AMARAL, *ob. cit.*, p. 73.

<sup>124</sup> Confirma-se o que diz o art. 1º, § 1º da LC nº 101/2000: “A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar”.

<sup>125</sup> Ana Carolina Lopes OLSEN, *ob. cit.* p. 233.

<sup>126</sup> Luís Fernando SGABOSSA, *ob. cit.*, p. 223.

<sup>127</sup> *Idem*, p. 220. O autor, após pesquisa jurisprudencial nos tribunais brasileiros, constatou “a existência de alegações fulcradas na reserva do possível exclusivamente com base em *escassez ficta* de tipo *artificial*, isto é, oriunda de decisões alocativas de recursos por parte dos poderes públicos. É o que se depreende dos diversos caos envolvendo o fornecimento de medicamento e tratamento de saúde, dos plúrimos casos em que se discutiu o direito à educação infantil, e mesmo das hipóteses em que se aderiu ao construto da reserva do possível, como nos casos em que se enfrentaram as questões da indenização por danos morais em virtude das condições prisionais”.

Essa crítica não é isenta de fundamento, podendo ajudar a justificar a justicialidade dos direitos sociais em algumas situações. Entretanto, preocupa-nos a possibilidade de ser utilizada como suporte para todo o tipo de decisões que buscam a condenação do Poder Público em demandas de pretensão cunho social, com base na crença de que “dinheiro tem, só é mal gasto”, “a carga tributária é enorme e legítima a criação de despesa” ou que “o Estado tem que arcar com tudo”. Veja-se, por exemplo, a manifestação do Ministro Marco Aurélio, do STF brasileiro, nos autos do Recurso Extraordinário nº 401.673-SP (DJ de 19/04/2004): “O Estado - União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios - deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa. Eis a enorme carga tributária suportada no Brasil a contrariar essa eterna lengalenga”<sup>128</sup>. Parece-nos que este é o reverso da moeda da aplicação “indiscriminada” da reserva do possível, tão combatida por autores como Olsen e Sgabossa (citados).

No mais, não temos dúvidas de que a concretização dos direitos sociais demanda a intervenção do Estado e a implementação de políticas públicas. Todavia, é preciso lembrar que, dentro do desenho institucional em geral construído pelas constituições modernas, a incumbência para efetuar tais políticas é dada aos poderes Executivo e Legislativo, e a razão é óbvia: a condução de políticas públicas é tema dos mais complicados; envolve a análise de receitas e despesas, a confecção de uma complexa peça orçamentária, a definição de áreas prioritárias para investimento, a

---

<sup>128</sup> Luciano Benetti TIMM destaca a falta de rigor científico da premissa de que, no Brasil, “dinheiro há, só é malgasto”: “Este senso comum peca na premissa. O Brasil tem bastante diferença social sim, mas por outro lado tem mobilidade social alta – o que indica dispersão da renda ao longo do tempo. E o Brasil infelizmente não é um país rico. Se a distribuição de renda fosse perfeita (máxima e eficiente) nós chegaríamos a uma distribuição de renda igual à renda *per capita* do país que hoje é de cerca de R\$ 12.000,00 a R\$ 14.000,00 (cerca de U\$ 7000,00) por ano, portanto, longe ainda de países ricos (que ficam na casa dos U\$ 20.000,00). Quanto à corrupção, ela realmente atrapalha, muito embora os níveis de corrupção do país sejam médios, comparado a outros países em desenvolvimento (transparência internacional). Em verdade, os economistas podem divergir sobre as causas da corrupção e a qual o percentual do crescimento do PIB e da redistribuição da riqueza é afetado por ela, mas isso não deve passar de 10%, portanto não é infelizmente isso que resolverá, por si só, o problema das injustiças sociais (o que não significa que não deva ser combatido evidentemente)”. (*Ob. cit.*, p. 60).

discussão com grupos sociais dos mais diversos etc. Afinal, o que é melhor? Investir no saneamento ou na construção de casas populares? Na educação, é preferível levantar creches, majorar o salário dos professores ou priorizar a pesquisa científica? Na saúde, é mais importante contratar médicos e enfermeiros, construir farmácias populares, comprar equipamentos novos ou aumentar a quantidade de leitos hospitalares? São perguntas para as quais não há respostas prontas, nem conclusões definitivas. Demandam estudos técnicos e científicos, além de escolhas que devem ser feitas em um ambiente plural de discussão democrática – ou seja, no âmbito dos poderes cujos representantes foram *eleitos* democraticamente para fazerem essas escolhas. Por isso, a crítica a respeito da “escassez ficta” não pode ser levada ao extremo de descredenciar as legítimas escolhas alocativas.

Sustentamos, portanto, que o Poder Judiciário, de uma forma geral, não é o espaço adequado para este tipo de discussão. Por sua própria formação, o juiz tende a analisar a questão posta dentro dos seus próprios limites, desconsiderando, para usar o jargão da economia, as “externalidades” das suas decisões<sup>129</sup>. O juiz pauta-se por critérios de “micro-justiça”, relacionados ao caso concreto, ao passo que a definição de políticas públicas está necessariamente ligada a critérios de “macro-justiça”, isto é, a partir da perspectiva de que as escolhas feitas atingirão toda a sociedade e serão as mesmas para todos. Implementar políticas públicas implica a realização de escolhas, muitas vezes trágicas, para as quais os juiz normalmente não está preparado. Perceba-se que não se trata de uma discussão ideológica, travada entre defensores de um Estado mínimo (liberal) ou de um Estado intervencionista (social). Afigura-se perfeitamente possível, por exemplo, a defesa de um Estado social, intervencionista e preocu-

---

<sup>129</sup> Na verdade, a avaliação de políticas públicas em todos os seus aspectos é matéria extremamente complexa, sendo difícil (ou mesmo impossível) de ser feita em um processo judicial, sobretudo individual. Sobre a avaliação de políticas públicas, cf. o estudo de Marília Patta RAMOS e Leticia Maria SCHABBACH, «O estado da arte na avaliação de políticas públicas», *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, n. 46, set/out. 2012.

pado com a afirmação dos direitos de segunda geração, onde as decisões relativas às políticas sociais caibam aos poderes Executivo e Legislativo<sup>130</sup>.

Veja-se que não estamos defendendo a completa insindicabilidade dos direitos sociais. Pode existir um mínimo existencial, vinculado à dignidade da pessoa humana, que não escapa da apreciação e, a depender do caso, da afirmação pelo Poder Judiciário<sup>131</sup>. Recorda Jorge Miranda que “há um conteúdo essencial também das tarefas e das incumbências que o intérprete deve desvendar e o aplicador da Constituição preservar, uma reserva de dignidade da pessoa.” Para além disso, continua o professor, “é o contraditório político – marcado por diferentes opções em contraste e por conjunturas variáveis – que imprime os ritmos, os graus e os modos de realização.”<sup>132</sup>

---

<sup>130</sup> Cabe aqui citar a interessante observação do professor Peter Haberle, em entrevista feita a Cesar Landa: “Em minha opinião, nos países em desenvolvimento, esta jurisdição constitucional iria bem se se abstivesse um pouco das questões sobre economia e do aspecto social. Por exemplo, nos direitos fundamentais se deveria levar em conta, como uma dimensão (entre outras dimensões), só a área do mandato constitucional (p. ex., em assuntos de justiça social, não outra dimensão do direito fundamental que pudesse ser reclamado (como, por exemplo, a proteção do meio ambiente ou do direito ao trabalho). Assim, só seria possível ser julgado o fato a que se imponham as garantias sociais mínimas (p. ex., a garantia do mínimo necessário à sobrevivência do indivíduo). Porque primeiro hão de ser criadas as riquezas, que logo se distribuirão. Ao parlamento e ao governo corresponde a prioridade no labor de concretização da justiça social. Porém, no âmbito do Estado de direito – isto é, dos direitos fundamentais clássicos e da democracia pluralista, a saber, de suas condições formais – os novos tribunais constitucionais deveriam arriscar-se – desde o início – no exercício do ativismo judicial” (in: Diogo VALADÉS [org.], *Conversas Acadêmicas com Peter Haberle*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 03).

<sup>131</sup>Lembrando-se, porém, que o conceito de “mínimo existencial” também é deveras complicado – às vezes é simples uso do princípio da proporcionalidade é mais adequado.

<sup>132</sup> Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais*, 4ª ed., Coimbra Editora, 2008, p. 430. No mesmo sentido o posicionamento de José Carlos Vieira de ANDRADE, que acaba por concluir que a tutela (judicial) dos direitos sociais é menos intensa, haja vista limitar-se à declaração do mínimo de solidariedade. Confira-se: “A tutela jurídico-constitucional dos direitos fundamentais sociais é, em regra, como já resulta do exposto, menos intensa do que a atrás assinalada aos direitos, liberdades e garantias, quer o que respeita à proteção institucional, quer no que respeita aos remédios disponíveis. Isso não custa a compreender, tendo em consideração a sua qualidade típica de direitos a prestações, isto é, a atuações positivas do Estado, e, mais ainda, a atuações que dependem, em regra, da perspectiva autônoma de conformação politicamente assumida pelo legislador e, em muitos casos, da existência ou da disponibilidade de recursos materiais escassos. A constituição, enquanto estatuto jurídico do político, não fornece uma resposta concreta e determinada para o problema de como e em que medida deve o Estado prosseguir essa tarefa fundamental que é a de promover a efetivação dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas econômicas e sociais. (...) Tal não significa, porém, que a consagração dos direitos sociais

Haverá, pois, sempre uma necessidade de ponderação, a fim de que não seja violada a separação de poderes (*rectius*: funções) do Estado, ou o que Jorge Reis Novais chama de “reserva do politicamente adequado ou oportuno”<sup>133</sup>. Uma ponderação em que eficiência da concretização (maximização do alcance dos direitos sociais) deve ser levada em conta como fator decisivo, como afirma Luciano Timm:

“(…) A solução do problema jurídico em questão passa por uma ponderação de princípios diante do caso concreto avaliando-se as circunstâncias e o peso de cada princípio em um processo argumentativo que acontecerá no tribunal. Entretanto o método argumentativo proposto por esta escola [aqui chamada de neoconstitucionalista] é fundamentalmente retórico-discursivo e não oferece guias interpretativos, nem critérios desejáveis de previsibilidade e nem mesmo de precisão quanto ao melhor resultado à sociedade daquele debate que acontecerá no tribunal no caso concreto. (...) A sua solução, ou, em outras palavras, a ponderação concreta deve estar comprometida não só com a disputa argumentativa (melhor argumento apresentado), mas também com o resultado (a solução em jogo que tende a atender de modo mais abrangente um maior número maior de pessoas necessitadas dos recursos sociais (maior utilidade social, e, portanto, de eficiência paretiana)). Por exemplo, pode ser mais eficiente diminuir a mortalidade infantil na África empregando os escassos recursos existentes em combater a desidratação do que a AIDS, se maior número de crianças morrerem da primeira causa e ela for mais barata de combater.”<sup>134</sup>

---

como direitos fundamentais seja somente um instrumento para a luta política, uma bandeira para os partidários de uma revolução. A qualidade de direitos fundamentais atribuída as direitos sociais integra-se no espírito do instituto, que visa a defesa da dignidade das pessoas concretas, e tem, nessa medida, uma expressão prática na garantia a cada indivíduo, pelo menos, de um conteúdo mínimo de solidariedade social” (*ob. cit.*, p. 384-385).

<sup>133</sup> Jorge Reis NOVAIS, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 193.

<sup>134</sup> *Ob. cit.*, p. 62. J. J. Gomes CANOTILHO, por sua vez, chama a atenção para o tema com uma provocação semelhante: “Ao insistirmos nos novos direitos sociais de minorias populacionais, como, por exemplo, dos indivíduos soropositivos (isto é, doentes com SIDA), saberemos que cada indivíduo gasta nos dois últimos anos terminais da doença alguma coisa como doze milhões de escudos por ano, o equivalente a um apartamento de duas assoalhadas? Ao proclamarmos o indeclinável direito à segurança social, teremos nós as noções mínimas sobre regimes pessimísticos e sobre a distribuição do financiamento por várias gerações?” (*Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 100).

Enfim, não vemos, nessa proposta, uma diferença tão grande daquela originalmente feita pelo Tribunal Constitucional Alemão no sentido de ser a reserva do possível “aquilo que o indivíduo pode razoavelmente esperar da sociedade”. Houve, apenas, uma complementação, decorrente da de uma perspectiva mais integrada entre Direito e Economia. Sustenta-se, portanto, uma dimensão tríplice da reserva do possível, abrangendo: (i) a disponibilidade fática de recursos, vinculada à escassez real; (ii) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, conexa com a distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras; e (iii) a questão da proporcionalidade e da razoabilidade, referente à exigibilidade da prestação por parte do eventual titular do direito. Todos esses aspectos, como ensinam Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo, “guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramental para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional”<sup>135</sup>.

Por fim, uma observação pertinente aos recursos financeiros do Estado. Pode-se até sustentar que, em circunstâncias de normalidade econômica, a maior parte das discussões se dão em torno das denominadas escolhas alocativas artificiais, vinculadas à escassez jurídica. Porém, o fato é que, em contextos de crise econômica, quanto mais grave ela se torna, mais a escassez se torna *real*. Nesses casos, medidas mais duras podem ser tomadas (cf., propósito, o capítulo terceiro), exigindo uma ponderação que atente para essas circunstâncias.

### **1.3.2 Os custos dos direitos.**

Há quem diga que a reserva do possível encobre um discurso ideológico, relativo a uma opção liberal pela preferência dos direitos individuais em detrimento

---

<sup>135</sup> *Ob. cit.*, p. 30.

dos direitos sociais<sup>136</sup>. Essa opção estaria implícita na dicotomia “direitos sociais/custosos” e “direitos individuais/gratuitos”. De acordo com ela, os direitos sociais seriam ineficazes (ou meramente programáticos) por causa de seu alto custo de implementação, a depender do dispêndio de vultosos recursos do Estado. Por outro lado, os direitos tipicamente individuais teriam eficácia por não demandarem esses recursos, bastando a não atuação estatal. Está aí, também, a origem da referência doutrinária a direitos *positivos* (sociais) e direitos *negativos* (individuais). A nosso juízo, se a crítica não invalida a necessidade de inserção da reserva do possível no discurso jurídico, parte ela de uma premissa inescapável: todos os direitos, em maior ou menor grau, tem custos. Por isso o acerto da observação feita pelos professores Cass Sunstein e Stephen Holmes, em estudo que se tornou clássico sobre o tema: “*taking rights seriously means taking scarcity seriously*”<sup>137</sup>.

A obra de Sunstein e Holmes parte da premissa de que todos os direitos demandam algum tipo de prestação pública para serem efetivados, inclusive aqueles tidos como negativos. Refutam a tese de que existem direitos ou liberdade puramente privadas, uma vez que, segundo eles, o exercício de qualquer direito depende das instituições públicas, sendo, por via de consequência, também custosos. Em outras palavras: todos os direitos têm custos porque, no mínimo, todos pressupõem o custeio de uma estrutura de fiscalização para implementá-los. Um exemplo prático, citado pelos autores, ajuda a ilustrar a tese: todos os gastos diretos dos Estados Unidos, em 1992, com proteção policial e punições penais, alcançou a cifra de 73 bilhões de dólares, quantia que excedia o PIB de mais da metade dos países do mundo. A maior parte desse valor foi destinada a garantir a segurança dos cidadãos e a proteger a propriedade privada, por meio do combate e punição dos crimes contra o patrimônio<sup>138</sup>.

---

<sup>136</sup> Cf. Felipe de Melo FONTE, *ob. cit.*, p. 129.

<sup>137</sup> Cass SUNSTEIN e Stephen HOLMES, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, Cambridge, Harvard University Press, 1999, p. 94.

<sup>138</sup> *Ob. cit.*, p. 87. Uma passagem do livro esclarece bem a posição dos autores. Pela relevância, permitimo-nos transcrever na íntegra: “(...) So this question arises: are the liberties protected under the Bill of Rights wholly negative? Do they require the state to refrain from acting without requiring the state to act? Some constitutional rights depend for their existence on positive acts by the state, and the government is therefore under a constitutional duty to perform, not to forbear, under the Constitution

Trazendo para a realidade brasileira, vemos que a questão não é diferente. No ano de 2005, por exemplo, foi feito no Brasil um referendo a propósito da proibição do comércio de armas de fogo (Lei nº 10.826/2006, conhecida como Estatuto do Desarmamento). O referendo, como se sabe, é um instrumento de democracia semidireta, sendo, portanto, um direito político de primeira geração, consoante a classificação tradicional. O custo desse evento foi estimado em pelo menos 200 milhões de reais (cerca de 60 milhões de euros), o que demonstra, por si só, o gasto necessário para a manutenção de uma democracia política. Outro exemplo: em 2005, o Estado do Rio de Janeiro gastou 307 milhões de reais com prevenção e combate ao crime; 45 milhões de reais para aparelhamento dos órgãos de segurança pública; um bilhão e 250 milhões de reais com gestão administrativa do Poder Judiciário estadual; 347 milhões de reais com processamento judiciário; 364 milhões de reais com gestão administrativa do Poder Legislativo e 166 milhões de reais com manutenção e aperfeiçoamento das ações da defesa civil<sup>139</sup>. Em grande parte, esses também são gastos destinados à proteção de direitos de liberdade.

Os estudos de Sunstein e Holmes dão suporte à defesa da ideia de que, na verdade, não há fundamento na separação entre direitos negativos e positivos. É o que diz expressamente Casalta Nabais, para quem os direitos negativos são tão positivos

---

as it stands. If it allows one person to enslave another, by doing nothing to disrupt an arrangement that amounts to involuntary servitude, the state has violated the Thirteenth Amendment. Under the First Amendment's protection of freedom of speech, states must keep streets and parks open for expressive activity, even though it is expensive to do this, and to do it requires an affirmative act. Under the protection against "takings" of private property without just compensation, the government is probably under an obligation to create trespass law and to make it available to property owners, and a partial or complete repeal of the law of trespass – a failure to act, in other words, to protect private property – would likely be unconstitutional. If a judge accepts a bribe offered by a defendant and therefore does nothing to protect the plaintiff's rights, the judge has violated the due process clause. If a state declines to make its courts available to enforce certain contract rights, it has probably impaired the obligations of contracts, in violation of the contracts clause. In all these cases, the government is obliged, by the Constitution, to protect and to perform. Practically speaking, the government 'enfranchises' citizens by providing the legal facilities such as polling stations, without which they could not exercise their rights. The right to vote is meaningless if polling place official fails to show up for work. The right to just compensation for confiscated property is a mockery if the Treasury fails to disburse. The First Amendment right to petition for a redress of grievances is a right of access to government institutions and a right, incidentally, that assumes that the government can perform for the benefit of aggrieved citizens" (*Ob. cit.*, pp. 52-53).

<sup>139</sup> Os exemplos são de Felipe de Melo FONTE, *ob. cit.*, pp. 130-131.

quanto os dito positivos, uma vez que, “a menos que tais direitos e liberdades não passem de promessas piedosas, a sua realização e a sua proteção pelas autoridades públicas exigem avultados recursos financeiros”<sup>140</sup>.

Se isso é assim, caberia perguntar o porquê da questão relativa ao custo dos direitos de liberdade ter sido ignorada por tanto tempo. Casalta Nabais afirma que a resposta pode passar pelo fato de os direitos sociais terem custos financeiros públicos diretos visíveis a olho nu, enquanto os chamados direitos “negativos” são suportados, principalmente, por custos financeiros públicos indiretos, de menor visibilidade<sup>141</sup>. Já Sunstein e Holmes alertam que ignorar esses custos (dos clássicos direitos de liberdade) é deixar dolorosas escolhas disjuntivas (*tradeoffs*) fora do debate, uma decisão de modo algum politicamente inocente. Afinal, admitir os custos de um direito é reconhecer que é preciso dar algo para adquiri-lo ou assegurá-lo<sup>142</sup>.

Não é de se admirar, portanto, a conclusão de Sunstein e Holmes no sentido de inserir no conceito de direito subjetivo (*right*) a questão dos custos: *to take account of this unstable reality, therefore, we ought not to conceive of rights as floating above time and place, or as absolute in character. It is more realistic and more productive to define rights as individual powers deriving from membership in, or affiliation with, a political community, and as selective investments of scarce collective resources, made to achieve common aims and to resolve what are generally perceived to be urgent, common problems*<sup>143</sup>.

No Brasil, a lição dos autores norte-americanos foi recepcionada e desenvolvida por Flávio Galdino, em trabalho monográfico de subtítulo sugestivo: “Direitos não nascem em árvores”. A partir da tese de Sunstein e Holmes de que “nada que custa dinheiro é absoluto”<sup>144</sup>, Galdino formula o que chama de “conceito pragmático de direito subjetivo”. Diz-se pragmático porque está calcado na realidade concreta,

---

<sup>140</sup> José Casalta NABAIS, *Por uma Liberdade com Responsabilidade – Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais*, Coimbra Editora, 2007, p. 177. Contra, vendo ainda pertinência na distinção: Gustavo AMARAL, *ob. cit.* pp. 44-46.

<sup>141</sup> *Ibidem*.

<sup>142</sup> Cass SUNSTEIN e Stephen HOLMES, *ob. cit.*, p. 42.

<sup>143</sup> Cass SUNSTEIN e Stephen HOLMES, *ob. cit.*, p. 123.

<sup>144</sup> No original norte-americano: “*Nothing that costs money can be absolute*” (*ob. cit.*, p. 97).

voltado para as condições de tempo e lugar (inclusive as condições financeiras)<sup>145</sup>, tratando-se de um conceito de base empírica, desvinculado da máxima de que “somente se pode vencer uma teoria com outra teoria melhor”<sup>146</sup>. Nesse sentido, afirma-se que, diante da realidade, mesmo a mais bela das teorias jurídicas pode sucumbir, o que torna indispensável que considerações relativas aos custos e despesas causadas pela efetivação de direitos não sejam ignoradas pelo discurso jurídico.

Galdino alerta que, com a expressão “pragmático”, não está excluindo qualquer apreciação ética ou defendendo alguma espécie de extremismo utilitarista<sup>147</sup>. Ao contrário, afirma que a sua concepção pragmática não abre mão de princípios éticos, mas, ao lado destes, insere a avaliação das consequências práticas, partindo da premissa de que o Direito e a Ética devem ser pensados de forma a resolver os problemas das pessoas. No plano conceitual, isso significa que o valor dos conceitos dependerá da sua correlação com a realidade, operando-se uma “revisão pragmática dos métodos e conceitos jurídicos”. No plano operacional, insere-se na chamada operação de “ponderação” considerações acerca das possibilidades fáticas ou reais na análise dos custos e benefícios de determinadas medidas.

No seu entender, essa integração otimiza a atividade do operador do Direito, sobretudo a judiciária. Assim, antes de afirmar que um postulante possui determinado direito fundamental, há que se examinar os custos desse direito tomando por base a realidade presente. Somente diante da confirmação de que há possibilidades reais de atendimento, é que a postulação será reconhecida como direito fundamental. Nas palavras do autor: “(...) integrando ao conceito os custos dos direitos, pode-se tentar, ainda e sempre provisoriamente – tudo o que é histórico é também provisório -

---

<sup>145</sup> Flávio GALDINO, *ob. cit.*, pp. 215-235 e pp. 331-347. Todas as referências subsequentes à obra de Galdino estão nestes intervalos.

<sup>146</sup> Rodrigo de O. KAUFMANN, *Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo*, São Paulo, Almedina, 2011, p. 86.

<sup>147</sup> Conforme explicado por Diego W. ARGUELHES e Fernando LEAL, com apoio nas lições de Richard Posner: “o pragmatismo jurídico se diferencia do utilitarismo como teoria normativa da decisão (...) na medida em que, enquanto este se *compromete* com a maximização do bem-estar, o pragmatismo apenas se *importa* com esse fator (...)” («Pragmatismo meta [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: caracterização, estratégias e implicações», *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 189).

, compreender os direitos fundamentais como direitos subjetivos, representando situações valoradas positivamente pelo ordenamento jurídico, dotadas de exigibilidade em face do Estado, consoante as limitações reais, notadamente as econômicas”<sup>148</sup>.

Cabe lembrar que, na esteira de Sunstein e Holmes, Galdino não diferencia, para os propósitos do conceito acima referido, os clássicos direitos de liberdade (supostamente negativos) dos direitos sociais, precisamente porque, para ele, *todos* os direitos são positivos. Consequentemente, também os primeiros integram o círculo de opções dados às escolhas públicas, às vezes trágicas e inevitáveis. O reconhecimento dos custos, para Galdino, impede o uso ideológico da distinção entre direitos negativos e positivos, deixando claro que os direitos individuais estão sujeitos à “reserva do possível” tanto quanto os direitos sociais.

No mais, Galdino defende que, na seara do Direito Público, onde as escolhas públicas são normatizadas, o pragmatismo que propõe apresenta-se como uma importante ponte de contato entre Direito e Economia, estando apto a compreender a significação econômica das medidas jurídicas. Trata-se de uma lógica não meramente retrospectiva (aplicação do Direito aos fatos passados), mas também prospectiva, eis que o intérprete deverá estar preocupado com as consequências futuras e sistêmicas das suas decisões e medidas. Para ele, esta também é uma forma de legitimar democraticamente o Direito, pois as decisões não devem justificar-se apenas a partir da observância a padrões pré-estabelecidos (critério da legalidade), mas também pelos efeitos práticos sobre as pessoas. Não seria democrático, por exemplo, reconhecer concretamente um direito a uma pessoa quando isso pudesse significar negar a talvez

---

<sup>148</sup> Flávio GALDINO, *ob. cit.*, p. 343. À mesma página: “No mais das vezes, é imprescindível a análise sistêmica e não individualizada os direitos, pois, como visto, no plano da escassez, a alocação justa de direitos deve colocar na balança as trágicas escolhas possíveis e não apenas as (eventualmente pródigas) opções axiológicas do legislador eventual ou administrador da hora”. José Eduardo FARIA, por sua vez, recorda lições de Keynes que apontam para a mesma conclusão de Galdino: “Os argumentos desenvolvidos por Keynes (...) revelam que as definições de políticas públicas sempre dependem da efetiva disponibilidade de recursos e face da estrutura das carências sociais reconhecidas e da magnitude das demandas encaminhadas ao Executivo – o que faz com que as decisões governamentais não sejam apenas um problema de preferência valorativa e escolha entre alternativas, mas também de escassez. Esses argumentos também apresentam alguns importantes pontos de convergência com a ideia do juiz Oliver Wendell Holmes (...) no sentido de que ‘a vida do direito não é lógica, mas, acima de tudo, experiência’”. (*Ob. cit.*, pp. 156-157).

muitos outros que possivelmente sequer são identificados em um litígio determinado. Daí a conclusão com a qual Galdino fecha o seu trabalho: “levar os direitos a sério é – também e dentre outras coisas – incluir pragmaticamente no rol das trágicas escolhas que são feitas todos os dias pelas pessoas os custos dos direitos, pois, como já se disse... direitos não nascem em árvores”<sup>149</sup>.

### **1.3.3. Pragmatismo e a avaliação das consequências.**

Vimos acima a proposta de um conceito “pragmático” de direito subjetivo. Na filosofia, o pragmatismo tem origem nas reflexões de pensadores como Willian James, Charles Sanders Peirce e John Dewey. Hoje, constitui um “estilo” filosófico que abrange uma grande quantidade de formas de pensamentos e de intelectuais que, em comum, tem a crítica de valores universais e absolutos<sup>150</sup>. Não é nosso objetivo investigar a fundo o pragmatismo filosófico, até porque há ainda um intenso debate sobre a relação e a relevância deste para a compreensão do pragmatismo jurídico<sup>151</sup>. De todo modo, mesmo evitando aprofundar na questão, parece-nos que há um compartilhamento de características básicas e fundamentais, quais sejam: (i) o antifundacionismo; (ii) o contextualismo; e (iii) o consequencialismo.

O antifundacionismo consiste na rejeição da busca de qualquer fundamento último para teorias e argumentos. Nesse sentido, os filósofos ou os juristas não possuem a necessidade de explicar as “fundações do real”, sendo descabida, nas discussões pragmatistas, formulações abstratas ou metafísicas. Já o contextualismo ressalta a

---

<sup>149</sup> Flávio GALDINO, *ob. cit.*, p. 347.

<sup>150</sup> Cf. Rodrigo de O. KAUFMANN, *ob. cit.*, pp. 83-111.

<sup>151</sup> Conforme explicam Diego W. ARGUELHES e Fernando LEAL: “Posner acredita que não há relação necessária entre a adoção de alguma espécie de pragmatismo filosófico e o que ele chama de ‘pragmatismo cotidiano’, ambo sejam compatíveis e consistentes um com o outro. As principais diferenças estão nos ambientes e procedimentos institucionais típicos de cada posição. Afinal, diz Posner, o pragmatismo filosófico é um tipo de discurso acadêmico e, portanto, técnico em alguma medida – enquanto ‘[o] pragmatista cotidiano usa o com senso para resolver problemas’, o filósofo pragmatista pode nos explicar por que esta é uma boa estratégia”. Mais a frente: “(...) uma vez que o papel do pragmatismo filosófico no Direito seja entendido como o de limpar concepções misticadoras da decisão judicial, é certo que uma versão de ‘pragmatismo jurídico’ como a de Posner ser uma espécie de ‘pragmatismo cotidiano’” (*Ob. cit.*, pp. 178-179).

relevância do contexto histórico e das experiências humanas nas investigações científicas e análises teóricas, aproximando-se do relativismo. Como se vê, esta característica enfatiza a noção de “experiência”, o repertório de dados e informações que, concedidos individual ou coletivamente, estruturam a pré-compreensão de cada pessoa. Por fim (e é precisamente esta característica que mais nos interessa), o consequencialismo postula que sejam priorizadas sempre as soluções que produzam melhores resultados práticos, de modo que conceitos como “verdade” ou de “justiça” passam a ser vistos prospectivamente, apenas tendo sentido se aliados às noções de utilidade e eficiência<sup>152</sup>.

Na área do Direito, certamente o maior defensor do pragmatismo é o magistrado e professor da Universidade de Chicago Richard A. Posner, também expoente da análise econômica do Direito (embora a relação entre esta e o pragmatismo não seja absolutamente necessária<sup>153</sup>). Para Posner, o critério mais relevante para identificar a correção de uma decisão judicial são as suas consequências, e não um a obediência pura à lei, aos precedentes ou a uma teoria moral qualquer (o pragmático, convém lembrar, é experimentalista e relativista). É bom que se esclareça que Posner não encoraja os juízes a decidirem *ad hoc*, isto é, tendo em vista apenas o caso específico e as consequências imediatas de sua decisão (*case-specific consequences*). Segundo ele, o magistrado pragmatista deve também analisar as consequências sistêmicas (*systemic consequences*), pois se buscar sempre a melhor possível solução apenas para o caso concreto, o efeito sistêmico da generalização será nocivo à sociedade<sup>154</sup>.

Posner argumenta que o pragmatismo constitui um antídoto contra o formalismo. A ideia de que as questões jurídicas podem ser resolvidas por meio de simples raciocínios subsunsivos ou de articulação de conceitos, e, deste modo, sem mais do

---

<sup>152</sup> Rodrigo de O. KAUFMANN, *ob. cit.*, p. 93.

<sup>153</sup> Nesse sentido: Diego W. ARGUELHES e Fernando LEAL, *ob. cit.*, p. 191. Os autores lembram, também, que uma pesquisa feita nos Estados Unidos apontou Posner como o acadêmico mais citado de todos os tempos naquele país – o que demonstra a influência do seu pensamento (que, entretanto, ainda é pouco estudado no Brasil).

<sup>154</sup> Richard A. POSNER, *Law, Pragmatism and Democracy*, Cambridge, Harvard University Press, 2003, pp. 60-64. E, analisando e criticando estes aspectos do pensamento de Posner: Diego W. ARGUELHES e Fernando LEAL, *ob. cit.*, p. 186.

que um exame superficial da realidade concreta, é tão antipragmática quanto antiempírica. Nesse contexto, diz ele, “não se pergunta o que funciona, mas sim que regras e decisões formam vínculo em uma cadeia lógica que aponte a uma fonte jurídica revestida de autoridade, como o texto da Constituição ou uma doutrina inquestionável do *common law*”<sup>155</sup>. Com isso, ele não defende a simples desconsideração das leis e dos precedentes. O que ocorre é que o pragmatista não se sente obrigado à sua observância por um dever de coerência (a atitude, frise-se, é prospectiva), mas sim por uma razão pragmática: a obediência aos cânones legais e à jurisprudência, ao menos na maioria dos casos, geram maior segurança jurídica, tendo, portanto, maior utilidade social. Há, pois, um argumento pragmático para que se mantenha o que Posner chama de “bolsões de formalismo” (*formalist pockets*), uma vez que se reconhece a necessidade de que, em algumas áreas mais sensíveis, o magistrado se atenha exclusivamente às regras em vigor, não as substituindo pelas suas próprias avaliações consequencialistas, mantendo assim um horizonte de previsibilidade e calculabilidade para o Direito<sup>156</sup>.

Quando chama a atenção para as consequências, o pragmatismo está sempre lembrando que o Direito é um instrumento para o atendimento de necessidades humanas e sociais, não um fim em si mesmo. Este é o seu grande contributo: chamar a atenção para a indispensabilidade da incorporação da realidade concreta ao discurso jurídico. E por realidade concreta entenda-se, também, a racionalidade econômica, sem que isso signifique sacrificar o Direito frente à Economia, até porque esta, que é o mais dinâmico e globalizado dos subsistemas sociais, decerto precisa ser considerada para que se atinjam objetivos jurídicos<sup>157</sup>.

---

<sup>155</sup> Richard A. POSNER, *Para Além do Direito*, São Paulo, Editora Martins Fontes, 2009, p. 421.

<sup>156</sup> Richard A POSNER, *ob. cit.* (2003), p. 59.

<sup>157</sup> Nesse sentido: Alexandre S. de ARAGÃO, «Interpretação consequencialista e análise econômica do Direito Público à luz dos princípios da eficiência e da economicidade», *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*, SARMENTO (org.), Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 33. Este autor faz, aliás, uma interessante abordagem sobre a interpretação consequencialista e o princípio da eficiência. Afirma ele que a eficiência “não deve ser entendida apenas como maximização do lucro, mas sim como o melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado, que deve obter a maior realização possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o próprio

No Brasil, argumentos consequencialistas já estiveram presentes em algumas decisões do STF<sup>158</sup>. Veja-se o exemplo do julgamento da ADI nº 4.029. Num primeiro momento, o tribunal declarou a inconstitucionalidade da lei de conversão da medida provisória que criou o Instituto Chico Mendes, ao fundamento de não ter sido observado integralmente o processo legislativo previsto na Constituição de 1988. No dia seguinte, o STF simplesmente voltou atrás. A razão: foi alertado pelo Advogado-Geral da União de que o vício que levou à declaração de inconstitucionalidade (ausência de parecer de uma comissão mista da Câmara e do Senado, antes da apreciação em cada casa) também ocorreu em outras centenas de medidas provisórias, dentre elas algumas que criaram políticas públicas importantíssimas, como o Bolsa-Família. Assim, a fim de evitar as consequências práticas (e sistêmicas) nocivas do julgamento feito na véspera, o STF houve por bem superar o vício constatado naquela medida provisória e em todas as demais até então convertidas em lei, salientando, porém, que o Congresso Nacional deveria observar a exigência constitucional nas futuras apreciações.

Outra decisão interessante ocorreu no julgamento do RE nº 407.688, a propósito da interpretação do alcance do direito à moradia, consagrado no art. 6º da Constituição. A jurisprudência anterior da Corte firmara a orientação de que, em função dessa proteção, seria inconstitucional, nos contratos de locação, a penhora do imóvel onde reside o fiador (precedente que já era aplicado em tribunais de todo o país). Entretanto, por ocasião da apreciação do citado RE, o STF modificou esse entendimento. Um dos principais argumentos utilizados foi consequencialista (e econômico, consi-

---

Estado, especialmente de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos”. Mais a frente: “O princípio da eficiência de forma alguma visa a mitigar ou a ponderar o princípio da legalidade, mas sim a embeber a legalidade de nova lógica, determinando a insurgência de legalidade finalística e material – dos resultados práticos alcançados -, e não mais legalidade meramente formal e abstrata”. Continua: “exige a economicidade que a Administração adote a solução mais conveniente e eficiente sob o ponto de vista da gestão dos recursos públicos. O princípio da economicidade é a expressão especializada, pecuniária, do princípio da eficiência”. E conclui: “As normas jurídicas passam a ter o seu critério de validade aferido não apenas em virtude da higidez do seu procedimento criador, como da sua aptidão para atender aos objetivos da política pública, além da sua capacidade de resolver os males que esta pretende combater” (pp. 31, 36, 38 e 42, respectivamente).

<sup>158</sup> Os exemplos aqui citados foram coligidos da obra de Cláudio P. de SOUZA NETO e Daniel SARMENTO, *Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2013, pp. 423-427.

derando as externalidades da decisão). Segundo o tribunal, o reconhecimento da impenhorabilidade acarretaria uma consequência sistêmica altamente danosa, dificultando o acesso à moradia de outras pessoas que não possuem casa própria, e, portanto, violando o art. 6º da Carta Magna. Isso ocorreria porque os locatários não aceitariam mais a prestação de fiança por quem tivesse apenas o imóvel em que residisse, fazendo com que muitos locatários fossem obrigados a procurar outras garantias mais onerosas, a exemplo da fiança bancária. Ademais, o aumento do risco do negócio poderia causar o aumento do valor dos aluguéis e a diminuição da oferta de imóveis para locação residencial, elevando, assim, o déficit habitacional no Brasil.

Também é importante mencionar mais uma decisão, esta anterior às duas citadas, tomada ainda no contexto da tentativa dos governos brasileiros em controlar a crise econômica e a hiperinflação, no início da década de 90. À época, uma das medidas mais controversas do chamado “Plano Collor” foi a Lei nº 8.024/90, originada da conversão da Medida Provisória nº 168/90. Com ela, foi promovida a retenção dos valores depositados em cadernetas de poupança, caracterizando um verdadeiro confisco, segundo a generalidade dos juristas. Foi, então, ajuizada a ADI nº 534, buscando obter a declaração de inconstitucionalidade e a liberação imediata dos valores retidos. O pedido cautelar, porém, foi negado, e tempos depois, quando o mérito foi julgado, a ADI já tinha perdido o objeto, pois os valores haviam sido restituídos. No julgamento da cautelar, entre outros motivos formais, puderam ser vistos argumentos consequencialistas, como nitidamente verificado na seguinte passagem do voto do Ministro Sydney Sanches:

“Se a lei é inconstitucional, o mal maior, que poderia ter causado, já causou. Nos próximos meses a lei começará a produzir alguns efeitos benéficos para os depositantes. Por outro lado, a suspensão cautelar da lei poderá evitar que isso aconteça, ou, então, trazer inúmeros transtornos para a economia nacional, como a abrupta injeção de vários trilhões de cruzeiros no meio circulante nacional, de efeitos imprevisíveis ou previsivelmente deletérios como, por exemplo, o retorno a uma ameaçadora hiperinflação, de mais de 80% ao mês, que desgastará a poupança dos depositantes, desvalorizará irreversivelmente a moeda brasileira e acabará punindo mais duramente ainda aqueles que sequer

tiveram condições de poupar, ou seja, os mais desfavorecidos. Não me animo a adotar a medida, que ponha em risco ainda maior a já combalida econômica do País e aflija ainda mais os já aflitos, os extremamente pobres, que sequer conseguem economizar, quando conseguem sobreviver. (...) Pensando, por hora, mais no futuro do Brasil do que nos justos e compreensíveis anseios dos poupadores constrangidos e perplexos (...), opto pelo indeferimento da liminar”.

Um pragmatismo moderado também é perceptível na entrevista concedida pelo Ministro Nelson Jobim, ex-presidente do STF, ao jornal *Valor Econômico*, em 13/12/2004. Quando perguntado se o Poder Judiciário deveria julgar de acordo com as contas públicas, o Ministro respondeu:

“Quando só há uma interpretação possível, acabou a história. Mas quando há um leque de interpretações, por exemplo cinco, todas elas são justificáveis e logicamente possíveis. Aí, deve haver outro critério para decidir. E esse outro critério é exatamente a consequência. Qual é a consequência, no meio social, da decisão A, B ou C? Você tem que avaliar, nesses casos muito pulverizados, as consequências. Você pode ter uma consequência no caso concreto eventualmente injusta, mas que no geral seja positiva. E é isso que eu chamo de responsabilidade do Judiciário das consequências de suas decisões”.

Vê-se, portanto, que a adoção de posturas pragmáticas na jurisprudência está longe de ser uma novidade. Não se ignora, por outro lado, que muitos juristas ainda tomam a expressão “visão pragmatista do Direito” com preconceito, atribuindo-a a decisões consideradas voluntaristas, individualistas e/ou meramente políticas, despida de reais fundamentos jurídicos. É o caso, por exemplo, de Lucas Borges de Carvalho, que, tomando por base uma crítica do que ele diz ser um “perfil pragmatista” do citado Ministro Nelson Jobim, afirma ser esse tipo de pensamento “uma teoria perigosa, capaz de minar qualquer esforço no sentido de ampliar a legitimidade política da jurisdição constitucional brasileira”. Em contraposição, o comentário de Rodrigo Kaufmann é espirituoso: “(...) como se a jurisdição constitucional brasileira

fosse um fim em si em um sistema democrático...”<sup>159</sup>. Outra objeção frequente é a de que, no limite, uma interpretação pragmatista-consequencialista poderia levar à adoção de uma postura puramente utilitarista, terminando, de tal modo, por negar a dignidade de certas condutas humanas que não podem ser avaliadas em termos de resultados práticos. Contra isso, afirma-se que também é possível defender um consequencialismo não-utilitarista, que tenha por parâmetro, por exemplo, a aptidão da decisão para promover, de fato, os direitos fundamentais e os valores republicanos<sup>160</sup>.

No nosso caso, se não afastamos a relevância da argumentação moral (juízos morais podem ser necessários até para a avaliação das melhores consequências), reputamos extremamente importante a incorporação, no discurso jurídico, de considerações pragmáticas. Não que isso signifique substituir a Constituição pelas avaliações consequenciais subjetivas e pessoais do intérprete – tais avaliações, ao contrário, devem ser feitas tomando por base o sistema de valores consagrados no texto constitucional. Trata-se, contudo, de uma ferramenta útil para o jurista, que será tanto mais importante (ou até mesmo inevitável, como veremos no capítulo seguinte) quanto maior for o estado de crise – quando se impõe uma análise mais prospectiva do que retrospectiva. O que deve ser combatido, em qualquer caso, é o que Souza Neto e Sarmento chamam de “criptoconsequencialismo”, isto é, quando as consequências são utilizadas como *motivo* para a decisão, mas não figuram explicitamente na sua *fundamentação* (uso disfarçado do consequencialismo)<sup>161</sup>.

---

<sup>159</sup> Rodrigo de O. KAUFMANN, *ob. cit.* p. 327. A citação de Lucas Borges de Carvalho também é de Kaufmann, que, à mesma página, observa: “a relação entre o que seria uma postura pragmatista e certo excesso de tolerância em relação ao pelo do equilíbrio fiscal em matéria de constitucionalidade tributária foi diversas vezes levantadas durante a década de 1990. A visão era tão negativa em relação a esse argumento, que durante muito tempo se entendia que não se tratava de racionalidade legítima a subsidiar uma decisão do Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual não constava da ementa e muito menos dos votos, E seu lugar, havia uma construção bastante criativa para justificar ‘tecnicamente’ a decisão”.

<sup>160</sup> Cláudio P. de SOUZA NETO e Daniel SARMENTO, *ob. cit.*, p. 426. No mesmo sentido: Alexandre S. de ARAGÃO, *ob. cit.*, p. 29.

<sup>161</sup> Cláudio P. de SOUZA NETO e Daniel SARMENTO, *ob. cit.*, p. 425.

### 1.3.4. Direitos adquiridos e retrocesso social.

Outro tema que tem merecido discussão em sede doutrinária – sobretudo em função da recente crise econômica mundial e, mais amplamente, desde o século passado, em razão da chamada crise do Estado Social – refere-se à existência de um princípio constitucional relativo à proibição do retrocesso, ou, mais precisamente, não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais. A ideia básica desse princípio não é complicada. Parte da premissa já vista de que as normas consagradoras de direitos sociais impõem um verdadeiro dever de legislar ao Estado (uma “imposição constitucional legitimadora”, conforme Canotilho), gradativamente, na medida das suas possibilidades fáticas e econômicas (com isso já se percebe a íntima ligação com a reserva do possível). Tendo em vista a eficácia *progressiva* dos direitos sociais, afirma-se que, adquirindo estes um grau de densidade normativa adequado, não poderão mais ser suprimidos por emenda constitucional ou mesmo por legislação infraconstitucional, sem que haja alternativas ou compensações.

Fala-se, então, em uma dimensão *negativa* dos direitos de caráter prestacional, a impedir a redução do nível de concretização dessas prerrogativas. Nesse sentido, o Estado, que estava obrigado a atuar para garantir os direitos sociais, passa, também, a ter que se abster para garantir a proteção já concretizada. Existe quem veja esse princípio como uma decorrência da “segurança jurídica” e da “proteção da confiança”, traduzindo “um sentimento comum e generalizado de gestão de expectativas no quadro do Estado Social”<sup>162</sup>. Muitos autores também fazem uma relação direta entre vedação do retrocesso e garantia do princípio da dignidade da pessoa humana, mor-

---

<sup>162</sup> Cristina QUEIROZ, *O Princípio da Não Reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais. Princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 71. Contra: Felipe DERBLI, *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 213. Segundo este autor: “(...) É de se notar que existe, no pensamento alemão, associação entre a proibição do retrocesso social e a segurança jurídica, mas especificamente no que concerne ao aspecto subjetivo da proteção da confiança dos cidadãos, no que recebeu a companhia de parte da doutrina lusa. Ocorre que, conquanto uma situação jurídica concreta possa merecer a proteção de ambos os princípios, proibição de retrocesso social e também segurança jurídica não se confundem, vez que os seus objetos de normatização são inteiramente distintos”.

mente quando estiverem em causa prestações vinculadas à manutenção do denominado “mínimo existencial”<sup>163</sup>.

O Tribunal Constitucional português já teve a oportunidade de examinar alguns casos envolvendo a aplicação deste princípio. Por exemplo, no Acórdão n.º 39/84 (“Serviço Nacional de Saúde”), discutia-se a constitucionalidade da revogação parcial da Lei.º 56 operada pelo Decreto-Lei n.º 254/82. O tribunal assentou que, ao criar um serviço nacional de saúde, a Lei n.º 56/79 limitou-se a dar cumprimento a uma obrigação constitucional do Estado, sem o que teria incorrido em inconstitucionalidade por omissão. No entender da corrente majoritária, a sua revogação parcial traduziu, na verdade, uma inutilização do Serviço Nacional de Saúde, o que colocaria o Estado, novamente, na situação de incumprimento da tarefa constitucional imposta pelo art. 64.º, n.º 2, da Constituição Portuguesa. Do texto do acórdão, contam as seguintes passagens:

“Que o Estado não dê a devida realização às tarefas constitucionais, concretas e determinadas, que lhe está tão cometidas, isso só poderá ser objecto de censura constitucional, em sede de inconstitucionalidade por omissão. Mas, quando desfaz o que já havia sido realizado para cumprir essa tarefa, e com isso atinge uma garantia de um direito fundamental, então a censura constitucional já se

---

<sup>163</sup> Ingo W. SARLET enumera os princípios dos quais decorre a vedação do retrocesso social na Constituição brasileira, quais sejam: (i) do princípio do Estado democrático e social de direito; (ii) do princípio da dignidade da pessoa humana; (iii) do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais; (iii) das manifestações expressamente previstas na Constituição contra medidas de cunho retroativo; (iv) do princípio da proteção da confiança; (v) da vinculação dos órgãos estatais em relação a atos anteriores; (vi) da vinculação de todos os poderes estatais aos direitos fundamentais; e (viii) da implementação progressiva da proteção social no âmbito internacional. (*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 10ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009, pp. 447-448). Com posição mais abrangente, Felipe DERBLI: “Por conseguinte, seria totalmente despidendo vincular a proibição do retrocesso social única e exclusivamente ao mínimo existencial, cuja proteção constitucional já é delineada pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, haverá o princípio da proibição do retrocesso social de concentrar sua incidência para além do mínimo essencial, de modo a impedir o retorno na concretização dos direitos sociais, ainda que não digam com as prestações mínimas indispensáveis à sobrevivência do indivíduo” (*Ob. cit.*, p. 210). E também Wilson Donizeti LIBERATI: “O movimento de esfacelamento de direitos sociais simboliza uma flagrante violação à ordem constitucional, que inclui, dentre suas cláusulas pétreas, os direitos e garantias individuais. Na qualidade de direitos fundamentais, os direitos sociais são direitos intangíveis e irredutíveis, sendo providos da garantia da suprema rigidez, o que torna inconstitucional qualquer ato que tenda a restringi-los ou aboli-los (*Políticas Públicas no Estado Constitucional*, São Paulo, Atlas, 2013, p. 116).

coloca no plano da própria inconstitucionalidade por acção.” (...) “Se a Constituição impõe ao Estado a realização de uma determinada tarefa - a criação de uma certa instituição, uma determinada alteração na ordem jurídica -, então, quando ela seja levada a cabo, o resultado passa a ter a protecção directa da Constituição. O Estado não pode voltar atrás, não pode descumprir o que cumpriu, não pode tornar a colocar-se na situação de devedor. Quando, por exemplo, em cumprimento do artigo 101.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, que ordenava a extinção do regime de colónia, este veio a ser efectivamente extinto, o Estado não pode, posteriormente, vir a revogar a extinção da colónia e a restaurar essa figura. Se o fizesse, incorreria em violação positiva do artigo 101.º da Constituição da República Portuguesa.” (...) “Quer isto dizer que, a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação, positiva, para se transformar (ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social”<sup>164</sup>.

Outro caso emblemático foi examinado no Acórdão nº 509/2002 (“Rendimento Social de Inserção”), onde se questionava a constitucionalidade do diploma que procedeu à revogação do rendimento mínimo previsto na Lei n.º 19-A/96, de 29 de Junho, substituindo-o, com adaptações, pelo rendimento social de inserção. Segundo o Tribunal, “a dúvida de constitucionalidade refere-se ao artigo 4.º,

---

<sup>164</sup> Convém reproduzir, também, parte das razões do voto dissidente proferido pelo Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa, cujos fundamentos teóricos subscrevemos: “Não excludo que as normas ou princípios constitucionais «positivos» - como o do artigo 64.º, n.º 2 da Constituição - desenvolvam, ou possam desenvolver, também uma eficácia «negativa», do tipo daquela que levou a maioria do Tribunal a concluir, na hipótese em apreço, pela inconstitucionalidade do artigo 17.º, do Decreto-Lei n.º 254/82: isto é, a eficácia de tornarem ilegítima a revogação de normas legais destinadas a dar-lhes cumprimento. Só que, entendendo essa Constituição «positiva» como um quadro normativo «aberto», em cujo largo espectro há-de caber a pluralidade de opções político-legislativas correspondentes à diversidade e ao pluralismo das concepções acerca do progresso social e dos seus caminhos acolhidas em cada momento na comunidade histórica concreta e um quadro normativo cuja «efectivação» está necessariamente dependente da utilização de recursos (v. g., humanos e materiais) que são por natureza escassos, entendendo assim as coisas, sou compreensivelmente levado a concluir que essa particular eficácia das normas constitucionais «positivas» há-de ocorrer em hipóteses decerto muito contadas e apenas sob condições e pressupostos muito precisos. E com isso concluo também que nesta área e em sede de apreciação contenciosa da constitucionalidade - justamente aquela onde será visível a dita eficácia das normas em causa - se exige seguramente das instâncias de controle, e nomeadamente do Tribunal Constitucional, uma especial e prudente contenção”.

n.º 1, que regula a titularidade do direito ao rendimento social de inserção, na medida em que, enquanto que o artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 19-A/96, de 29 de Junho, que criou o rendimento mínimo garantido, reconhecia a titularidade do direito à prestação de rendimento mínimo aos indivíduos com idade igual ou superior a 18 anos, o diploma que agora se pretende seja promulgado como lei, com ressalva das excepções também já previstas na lei anterior e das posições subjectivas dos actuais beneficiários, garante a titularidade do direito ao rendimento social de inserção apenas às pessoas com idade igual ou superior a 25 anos”. Por maioria, o Tribunal pronunciou-se pela inconstitucionalidade da norma. No acórdão, fundamentou-se que o princípio social opera:

“quando (...) se pretenda atingir o ‘núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana’”, ou seja, “quando, ‘sem criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios’, se pretenda proceder a uma ‘anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial’”; ou, ainda, quando “a alteração redutora do conteúdo do direito social se faça com violação do princípio da igualdade ou do princípio da proteção da confiança”; ou “quando se atinja o conteúdo de um direito social cujos contornos se hajam ineludivelmente enraizado ou sedimentado no seio da sociedade”<sup>165</sup>.

Sem embargo dessas posições doutrinárias e jurisprudenciais, não é difícil imaginar as razões pelas quais permanece a discussão acerca da bondade desse princípio. A problemática passa por tudo o que já foi tratado até aqui (crise do Estado, custos dos direitos, reserva do possível, avaliação consequencialista etc.). Afinal, os direitos não são uma dádiva divina ou frutos da natureza, nem podem ser protegidos e realizados em um Estado falido, como bem observa Casalta Nabais<sup>166</sup>.

É, aliás, sintomático que o próprio Canotilho tenha revisto parcialmente o seu entendimento. Comparando artigos escritos em épocas diferentes, o professor português assinala que, em um momento anterior, defendeu que o carácter dirigente da Constituição (cf. capítulo primeiro, item 1.3.4), se não significa otimização direta e já dos direitos sociais, mas sim a *gradualidade* de sua realização, também não significa a

---

<sup>165</sup> Cf. Cristina QUEIROZ, *ob. cit.* (2006), p. 73.

<sup>166</sup> José Casalta NABAIS, *ob. cit.*, p. 176.

possibilidade de reversibilidade social. Entretanto, reconhece que “o problema dessa posição é que ela foi rapidamente ultrapassada pela chamada ‘crise do Estado Social’ e pelo triunfo esmagador do globalismo neo-liberal. Em causa está não apenas a gradualidade, mas também a reversibilidade das posições sociais”. E mais a frente, arre-mata: “os tribunais não podem neutralizar a liberdade de conformação do legislador, mesmo num sentido regressivo, em épocas de escassez e de austeridade financeira. Isto significa que a chamada tese da ‘irreversibilidade de direitos adquiridos’ se deve entender com razoabilidade e com racionalidade, pois poderá ser necessário, adequado e proporcional baixar os níveis de prestações essenciais para manter o núcleo essencial do próprio direito social”<sup>167</sup>.

É preciso, de fato, repensar esse princípio, inclusive conjugando-o com uma perspectiva pragmática (no sentido abordado no tópico precedente)<sup>168</sup>. Por um lado, como já dissemos, levar os direitos a sério implica em tomar a sério os seus custos – tarefa que será tão mais importante quanto mais difícil for a realidade econômica vivenciada pelo Estado (em um contexto de crise aguda, então, é indispensável). A necessidade de realização de ajustes, muitas vezes urgentes, não pode ficar eternamente refém da “petrificação” de direitos sociais impostos por uma teoria jurídica<sup>169</sup>. Daí a

---

<sup>167</sup> J. J. Gomes CANOTILHO, *ob. cit.* (2008), p. 245 e p. 266, respectivamente.

<sup>168</sup> Uma perspectiva estritamente pragmática poderia até mesmo recomendar o abandono dessa categoria, como propõe Rodrigo de O. KAUFMANN: “o discurso ‘técnico’ da teoria dos direitos fundamentais é autorreferente e tende a se ampliar para searas cujas impressões e sensibilidades políticas deveriam das a tônica da análise. O melhor exemplo dessa irradiação ampla da teoria refere-se ao problema fundamental da eficácia dos direitos sociais no qual se multiplicam, na mesma linha de raciocínio, conceitos e princípios objetivos e juridicamente puros, como a tese da ‘reserva do financeiramente possível’ e o mais recente princípio da ‘proibição do retrocesso’ (Canotilho, 1999, p. 326). Tais cânones de interpretação permanecem na mesma estratégia da teoria dos direitos fundamentais de encobrir os fatores reais e interesses legítimos que estão por trás das questões, dando uma conotação meramente jurídica e abstrata a um problema político e democrático grave” (*Ob. cit.*, pp. 201-202).

<sup>169</sup> A lição de Suzana Tavares da SILVA, que subscrevemos integralmente, é salutar: “Não se trata de discutir novamente se estamos perante normas programáticas ou dotadas de eficácia plena (Bandeira de Melo, 2009). Sabemos hoje que são normas jurídicas que vinculam o Estado, mas sabemos também que o Estado não é um milagreiro e que a petrificação dos direitos sociais (princípio da proibição do retrocesso social) ou outras teorias aparentemente mais garantísticas (Novais, 2010) podem constituir um fenómeno de injustiça social ainda maior que a revogação pura e simples de alguns direitos consagrados em lei, na medida em que alguém terá que suportar a despesa (Nabais, 2009). Atentemos por exemplo nos resultados preocupantes do desempenho económico e financeiro dos Estados, que não conseguem sustentar as suas necessidades financeiras e recorrem ao endividamento externo, instituindo facturas pesa-

pertinência do subtítulo da obra de João Loureiro: “A segurança social entre o crocodilo da economia e a *medusa* da ideologia dos ‘direitos adquiridos’” (destaques nossos). Uma das teses centrais do livro, como explica o próprio autor, é refletir sobre a categoria dos direitos adquiridos, não a partir de um fatalismo econômico, mas antes “o reconhecimento de exigências de justiça intergeracional e de sustentabilidade que têm de ultrapassar o Adamastor dos privilégios em que se transformaram muitas sociedades, em nome de uma inadequada defesa do Estado social”<sup>170</sup>.

O Direito, afinal, se possui uma inegável característica conformadora e orientadora de comportamentos (sem o que não haveria que se falar em “força normativa” da Constituição – capítulo primeiro, item 1.3.2), não pode superestimar-se a ponto de negar a influência de outros sistemas sociais - notadamente o econômico - ou ignorar o devir histórico. Ora, desde o ocaso do jusnaturalismo, no século XIX, é amplamente aceita a ideia de que os direitos fundamentais não são inatos, mas *históricos*. A grande divulgação dada nos meios acadêmico à chamada *teoria geracional* é um indicativo de tal aceitação (cf. novamente o capítulo primeiro, item 1.3 ). Mas a História, como se sabe, não caminha em uma única direção; do ponto de vista econômico, por exemplo, períodos de crescimento e recessão (longos ou curtos), são comuns. Como ainda veremos, uma crise aguda pode justificar a aplicação apenas *temporária* de uma legislação excepcional, como ainda veremos. Porém, uma crise *estrutural* pode exigir esforços mais amplos e profundos. Nesses casos, a possibilidade de diminuição ou mesmo de revogação de direitos consagrados não pode ser descartada. *Às vezes é necessário dar um passo atrás para dar dois a frente; às vezes é imprescindível dar um passo atrás para manter-se em pé!*

Por outro lado, se existe ainda algo aproveitável na formulação do princípio aqui posto em causa, talvez seja o de justificar a intangibilidade de algum tipo de “mínimo existencial”, o que na doutrina designa-se como “proibição da

---

das para as novas gerações” (*Direitos Fundamentais na Arena Global*, Sumários desenvolvidos de Direito Constitucional I (mestrado), Coimbra, FDUC, 2011, pp. 55-56).

<sup>170</sup> João Carlos LOUREIRO, *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos ‘direitos adquiridos’*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 15.

insuficiência”<sup>171</sup>. Cite-se, por exemplo, a posição de Jorge Miranda, que acaba por sugerir uma gradação na aplicação do princípio do não retrocesso, da seguinte maneira: (i) em condições econômicas favoráveis, as normas definidoras de direitos sociais devem ser interpretadas de modo a delas se extrair a máxima efetividade; (ii) em épocas de recessão ou crise financeira, as prestações devem ser adequadas ao nível de sustentabilidade existente; (iii) em circunstâncias de extrema escassez (estado de emergência), admite-se a suspensão de direitos sociais, respeitando-se certos limites e com a condição de retomar a efetividade a curto ou médio prazo, logo que restabelecida a normalidade; (iv) em *todos os casos*, garante-se o mínimo existencial<sup>172</sup>. De outra banda, até mesmo Vieira de Andrade, que afirma que “a proibição do retrocesso não pode constitui um princípio jurídico geral nessa matéria, sob pena de destruir a autonomia da função legislativa” admite a garantia de um “conteúdo mínimo imperativo do preceito constitucional”, na medida em que impeça “o arbítrio ou a desrazoabilidade manifesta do ‘retrocesso’”<sup>173</sup>.

De nossa parte, apesar de não rejeitarmos totalmente a eventual utilidade do conceito de “mínimo existencial”, preferimos aplicar a proporcionalidade (nos seus três níveis: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito<sup>174</sup>) conju-

---

<sup>171</sup> Nesse sentido: Cristina QUEIROZ, *ob. cit.*, pp. 104-105: “o legislador dispõe, em princípio, de amplas possibilidades de conformação dos direitos infraconstitucional, e, em especial, para reconduzir, ou eventualmente eliminar, um padrão de proteção já alcançado, sem com isso descer a quem do ‘nível mínimo’ de proteção constitucionalmente requerido, e, portanto, sem ofender o princípio da proibição da insuficiência”. A autora reconhece, porém, a dificuldade nessa definição: “o problema radica na dificuldade em determinar esse ‘mínimo’. Por exemplo, necessitará um pianista ‘no mínimo’ de um piano para o exercício de sua atividade, ou um artista gráfico ‘no mínimo’ de pincéis e tela, ou poder-se-á, ainda, através da garantia da liberdade de imprensa, fazer daí derivar uma pretensão a um ‘mínimo’ de ajuda financeira na fundação de jornais?” (p. 93).

<sup>172</sup> Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV. 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 443.

<sup>173</sup> José Carlos Vieira de ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 381 e 383.

<sup>174</sup> “O princípio da razoabilidade-proporcionalidade, nos termos aqui empregados de modo fungível, não está expresso na Constituição, mas tem seu fundamento nas ideias de devido processo legal substantivo e na de justiça. Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle de discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema. Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (*adequação*); b) a medida não

gado com o princípio da sustentabilidade, dentro de uma perspectiva de justiça intergeracional<sup>175</sup>. As reivindicações do presente, ainda que legítimas, não podem comprometer o futuro das próximas gerações; daí a necessidade de mudança no “paradigma da socialidade”, como bem defende Suzana Tavares da Silva<sup>176</sup>.

Falamos isso não só pelo aumento demográfico e da expectativa de vida, e nem apenas por uma questão de sustentabilidade econômico-financeira (embora seja este o tema pertinente a este trabalho). A exigência de sustentabilidade, em termos mais gerais, é ainda mais premente se dermos atenção à advertência de que até mesmo os limites físicos do planeta podem estar próximos. São vários os estudos que apontam, por exemplo, que, se cada pessoa do mundo tivesse um consumo igual à média norte-americana, os recursos do planeta já estariam há muito esgotados (será necessário então, ao menos dentro de uma perspectiva de “justiça universal”, que países ricos “aceitem” uma diminuição no seu padrão de consumo para compensar eventual crescimento dos países pobres?) .

Um influente economista no Brasil, André Lara Resende, é um dos que sustentam essa tese. Para ele, não é possível continuar para sempre com a expansão do consumo material, alimentado por uma maior oferta de crédito, até uma nova crise, que só se resolve com mais crescimento. Diz que, a menos que haja uma mudança tecnológica radical (algo até aqui improvável), será preciso encontrar uma fórmula de aumento do bem-estar – e, acrescentamos, até mesmo para a manutenção do atual padrão de bem-estar – em uma economia estacionária. Sobre a crise mais re-

---

seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegarão mesmo resultado (*necessidade/vedação do excesso*); c) os custos superem os benefícios, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (*proporcionalidade em sentido estrito*). O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, fazendo assim a justiça do caso concreto” (Luís Roberto BARROSO, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 304-305).

<sup>175</sup> João Carlos LOUREIRO faz uma diferença entre “princípio da justiça intergeracional” e “princípio da sustentabilidade intergeracional”. Com efeito, diz ele, “pode haver sistemas de segurança social que, de um ponto de vista econômico-financeiro sejam sustentáveis a médio prazo, mas nem por isso são necessários justos em chave intergeracional” (*ob. cit.*, p. 279).

<sup>176</sup> Suzana Tavares da SILVA, *Direitos Fundamentais na Arena Global*, Sumários desenvolvidos de Direito Constitucional I (mestrado), Coimbra, FDUC, 2011, *passim*.

cente, Resende anota: “a crise de 2008, que insistem não terminar, pode não ser apenas mais uma crise cíclica das economias modernas, sempre ameaçadas pela insuficiência da demanda. É possível que o prazo de validade do remédio keynesiano tenha se esgotado. Não há mais como contar com o crescimento da demanda de bens materiais para crescer. O crescimento pode não ser a opção de saída para a crise”. E, por fim, vaticina: “se o remédio do crescimento não estiver mais disponível, é imperativo abrir novos horizontes”<sup>177</sup>.

---

<sup>177</sup> André Lara RESENDE, *Os Limites do Possível. A economia além da conjuntura*, São Paulo, Portfolio-Penguin, 2013, pp. 192 e 196.

## CAPÍTULO TERCEIRO

### A Exceção Econômica nas Democracias

#### 1. Constitucionalismo e exceção.

##### 1.1. O paradoxo do Estado Constitucional.

A evolução do constitucionalismo moderno confunde-se com a busca pela limitação do poder do Estado e pela afirmação dos direitos fundamentais dos indivíduos. A História, contudo, mostra-nos que a existência de graves períodos de instabilidade é própria da vida em sociedade. Guerras externas, insurreições internas, ataques terroristas, desastres naturais, depressões econômicas: mais dia menos dia, situações como essas fatalmente ocorrerão. Em regra, tais períodos caóticos ensejam duas saídas: (i) administração, pelas autoridades competentes, das dificuldades, ou (ii) ruptura total da ordem jurídica para a instauração de uma outra, com o conseqüente abandono da Constituição em vigor<sup>178</sup>.

Ao menos em um primeiro momento, excluiremos a segunda opção. Não raro ela traz sérios riscos às instituições democráticas. Assim, partindo-se do pressuposto de que a ruptura da ordem constitucional vigente não é uma saída desejável (embora seja sempre uma *opção-limite*), torna-se necessário saber *como* é possível administrar as dificuldades *sem* abandonar os atributos essenciais e as conquistas do Estado Constitucional. Por Estado Constitucional designamos aquele com as características delineadas no capítulo primeiro: um Estado de Direito, democrático, onde haja controle do Poder e efetiva proteção aos direitos fundamentais<sup>179</sup>.

---

<sup>178</sup> Uadi Lammêgo BULOS, *Constituição Federal Anotada*, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, p. 1157.

<sup>179</sup> Segundo J. J. Gomes CANOTILHO: “O Estado Constitucional, para ser um estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um Estado democrático de direito. Eis aqui

Diversos modelos já foram experimentados no mundo, mas todos eles compartilham de pelo menos duas características que, em princípio, opõem-se aos postulados básicos do Estado Constitucional: a hipertrofia do Poder Executivo e a restrição de direitos fundamentais. Eis o paradoxo. A pretexto de proteger o Estado, de proteger a Constituição e, em última análise, de *proteger o indivíduo* (uma vez que o Estado é um meio, e não um fim em si mesmo), são aparentemente violadas conquistas históricas do constitucionalismo moderno. Tal circunstância provoca uma tensão constante entre democracia e autoritarismo, ou, melhor dizendo, entre *direito* e *exceção*. Daí a dificuldade de muitos juristas, sobretudo daqueles de orientação liberal, no tratamento do tema.

Por outro lado, não são poucos os autores que associam a previsão de poderes emergenciais às democracias liberais<sup>180</sup>. O paradoxo acima anunciado, assim, não se aplica aos Estados absolutistas, totalitários, autoritários ou politicamente centralizados. Neles, o Chefe, seja lá qual nome tenha (rei, imperador, ditador, *führer* etc.), já possui plenos poderes em suas mãos. Só há sentido lógico em cogitar a atribuição de poderes excepcionais, ou o reforço de um poder existente, onde este é limitado.

De todo modo, convém lembrar que os estudos relativos às situações de anormalidade não começaram somente depois das revoluções liberais e do advento do moderno conceito de Constituição. No início do século XVI, por exemplo, Maquiavel alertava que o ritmo de governo em uma república podia ser perigosamente lento. Como ninguém tinha autoridade para assumir plenos poderes, havia sempre a neces-

---

duas grandes qualidades do Estado constitucional: Estado de direito e Estado democrático. Estas duas qualidades surgem muitas vezes separadas. Fala-se em Estado de direito, omitindo-se a dimensão democrática, e alude-se a Estado democrático silenciando a dimensão do Estado de direito. Esta dissociação corresponde, por vezes, à realidade das coisas: existem formas de domínio político onde este não está domesticado em termos de Estado de direito e existem Estados de direito sem qualquer legitimação em termos democráticos. O *Estado constitucional democrático de direito* procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de direito” (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 93)

<sup>180</sup> Por todos, cf. Paul LEROY, *L'organisation Constitutionnelle et les Crises*, Paris, LGDJ, 1966, p. 10: “L'avènement de la démocratie libérale accentue encore l'inadéquation des institutions aux circonstances exceptionnelles. Ses principes : exercice de la souveraineté par la représentation nationale, séparation des pouvoirs, éta-blisement de freins et contrepoids au pouvoir sont antinomiques des exigences d'efficacité, d'unité et de vigueur du pouvoir requises en période difficile”.

sidade de realização de consultas, de conjugação de vontades. Problemas graves e imediatos corriam o risco de receber soluções tardias, abrindo espaço para a instalação do caos. Para o pensador florentino, uma república devia prever os acidentes que podiam ocorrer, com os respectivos remédios. Aquelas que, nos casos de perigo, não pudessem apelar a um ditador, ou a uma instituição análoga, não tinham condições de evitar a sua perdição<sup>181</sup>.

Mais a frente, em meados do século XVIII, Rousseau, o grande idealizador da soberania popular, também abordou o assunto, com preocupações semelhantes. Segundo o filósofo francês, a inflexibilidade das leis, que as impedia de se moldar aos acontecimentos, podia acarretar a perda do Estado, nos casos de crise extrema. Como Maquiavel, Rousseau entendia que as formalidades ordinárias demandavam um espaço de tempo que, eventualmente, as circunstâncias não permitiriam dispor. “Podem se apresentar mil casos ao legislador, que não os previra, e é muito necessário perceber que não se pode prever tudo”<sup>182</sup>.

Do outro lado do oceano, a visão não era diferente. Em carta encaminhada a John Colvin, datada de setembro de 1810, Thomas Jefferson, o principal autor da declaração de independência dos Estados Unidos, afirmava que o respeito às leis escritas, apesar de ser um dever de todo bom cidadão, não era o bem mais elevado. Para o *founding father*, as leis de necessidade, de auto-preservação do Estado quando este enfrenta o perigo, constituíam obrigações superiores. “Perder o país por causa de escrupuloso apego à lei escrita seria perder a própria lei, com a vida, a liberdade, a propriedade e todos aqueles que as desfrutam conosco, sacrificando assim absurdamente os fins pelos meios”<sup>183</sup>.

---

<sup>181</sup> Nicolau MAQUIAVEL. *Comentários sobre a Primeira Década de Tito Lívio*, 3ª ed., Brasília, Editora UnB, 1994, p. 114.

<sup>182</sup> Jean-Jacques ROUSSEAU, *Do Contrato Social e Discurso sobre a Economia Política*, 7ª ed., São Paulo, Hemus Editora, 2003, p. 130.

<sup>183</sup> Thomas JEFFERSON, *Escritos Políticos*, São Paulo, IBRASA, 1964, p. 189. Advertia o autor, porém, que “isso compete somente àqueles que aceitam grandes obrigações e se arriscam nas grandes ocasiões, quando a segurança da nação ou alguns de seus mais altos interesses estão em jogo” (p. 190).

Daí a pertinência da observação do professor Inocêncio Mártires Coelho, no sentido de que só as democracias precisam de salvaguardas, porque apenas elas estão expostas aos riscos da liberdade<sup>184</sup>. Pode causar estranhamento a ideia de proteger a liberdade por meio da sua supressão. Há mesmo quem a idealize de tal forma a ponto de negar o recurso extremo aos poderes emergenciais. No decorrer do século XIX, por exemplo, em razão da influência das idéias de Benjamin Constant, a maioria dos países sul-americanos não previram sistemas constitucionais de gestão de crises. Constant acreditava que a incorporação de um regime excepcional nas Constituições seria incoerente. Ele defendia que, no estado de necessidade, os governos deviam aderir ainda mais escrupulosamente às leis, de forma que o poder ilimitado nunca seria necessário, nem nas situações excepcionais<sup>185</sup>.

Não nos parece que seja essa a posição mais acertada. A legislação feita para períodos de normalidade dificilmente conseguirá debelar uma crise de grandes proporções. A posição defendida por Constant padece, portanto, do defeito (incontornável) da irrealidade. O absolutismo constitucional e legislativo, que prega a inflexibilidade da normatividade existente durante uma grave emergência, poderá acarretar três consequências, todas elas indesejáveis: (i) a destruição do Estado; (ii) a implantação do arbítrio; ou (iii) uma postura hipócrita de respeito de fachada ao direito vigente, quando, na realidade, cometem-se atos ilegais e abusivos<sup>186</sup>.

---

<sup>184</sup> Inocêncio Mártires COELHO, *ob. cit.*, p. 1385. Mesmo no livro clássico de MONTESQUIEU, o formulador do princípio da separação de poderes, há uma famosa passagem em que o filósofo reconhece que a liberdade individual em excesso pode ser perniciosa e prejudicar a coletividade: “(...) confesso que o uso dos povos mais livres que jamais existiram sobre a terra faz com que eu acredite que existem casos em que se deve colocar um véu sobre a liberdade, como se escondem as estátuas dos deuses...” (*O Espírito das Leis*, São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. 213).

<sup>185</sup> Gilberto BERCOVIC, *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*, São Paulo, Quartier Latin, 2008, pp. 216 e 223.

<sup>186</sup> Marcelo Leonardo TAVARES, *ob. cit.*, p. 108. No mesmo sentido é a lição de Oscar Dias CORRÊA: “Nessa perplexidade – entre a hipótese de prever a emergência e vê-la utilizada com ou sem real necessidade e conveniência, o que será sempre difícil distinguir, na realidade, e correndo o risco de não retornar, facilmente, à normalidade; e a hipótese de não a prever, com risco da subversão e dissolução do regime, pela vitória, sobre ele, das forças internas e externas, que o enfrentam e o minam; claro que a democracia só poderia optar pelo risco menor da primeira alternativa”. Mais a frente, arremata o autor: “Por mais que se queira, assim, recusar a teoria do estado de emergência, não há como fugir à

Não que a simples previsão de um sistema de gestão de crises impeça a instalação de um regime de exceção. A verdade é que o uso de poderes de emergência sempre trará consigo grandes riscos. Afinal, os sistemas emergenciais (uns mais, outros menos) impõem concentração de poderes, e é próprio da natureza humana não querer abrir mão do poder quando este é experimentado. O risco, portanto, é o de que, após a abertura da caixa de Pandora, não se consiga voltar ao *status quo ante* após o restabelecimento da normalidade (veja-se o caso paradigmático da República de Weimer, tratado no item 1.3 *infra*). Em outras palavras, sempre existirá a chance de que o que foi pensado para ser *temporário* se transforme em *definitivo*<sup>187</sup>, subvertendo toda a lógica da emergência constitucional. É o caso clássico do remédio que, de tão violento, acaba por matar o doente.

Hoje, o fato é que a maior parte dos países do mundo prevê um sistema de gestão de crises. Se, como se disse acima, a eliminação total do risco de se criar uma *exceção permanente* não é viável, o que se pode fazer é uma adequada formatação dos poderes emergenciais, submetendo-os a estritos parâmetros de controle. Trata-se, portanto, de uma opção do Estado Constitucional por correr um risco, mas um *risco calculado* – que será tanto menor quanto mais sólidas forem as instituições democráticas<sup>188</sup>.

## **1.2. Exceção no direito e exceção ao direito.**

O Estado de exceção é o oposto do Estado de Direito, ou, segundo a posição que reputamos mais adequada, ao Estado Constitucional. Trata-se de uma ditadura, na acepção atual do termo. Se o Estado Constitucional procurou limitar o poder esta-

---

dramaticidade da opção, e, nela, escolher o pior – o caminho da eliminação do regime” (*A Defesa do Estado de Direito e a Emergência Constitucional*, Rio de Janeiro, Presença, 1980, pp. 24-25).

<sup>187</sup> Cf., a respeito, a consagrada tese de doutoramento de Geneviève CAMUS, *L’Etat de necessite em démocratie*, Paris, Lib. Générale, 1965, p. 65.

<sup>188</sup> Sobre o assunto, diz Oscar Dias CORRÊA: “Os riscos da emergência, que ocorrem nos países de mais inveterada tradição democrática, têm de ser temidos ainda mais naqueles que, como o Brasil, ao lado dos períodos de normalidade constitucional, há que se registrar hiatos de predomínio incontrastável do poder discricionário, marcados pelo autoritarismo” (*Ob. cit.*, p. 34). É bom lembrar que o ex-ministro do STF brasileiro escreve no final da década de 70, quando o Brasil ainda vivia sob o regime militar.

tal por meio do reconhecimento do império da lei, da separação de poderes e da previsão de direitos fundamentais, o Estado de exceção compõe a sua antítese. Pode constituir uma circunstância fática que, uma vez ocorrida, implica o esvaziamento do direito e sua substituição por uma anomia transitória<sup>189</sup>. Ou pode designar a subversão do próprio direito. Nesse caso, ainda que institua uma ordem legal, não corresponde ela ao paradigma adotado desde o advento do movimento constitucionalista. Não se exige, pois, que haja um vazio normativo. Basta a existência de um “vazio” de legitimidade, em razão da total falta de correspondência com a ordem jurídica que se admitiu como padrão pressuposto<sup>190</sup>.

Convém, portanto, desde logo assinalar a distinção entre os conceitos de exceção *no* direito e exceção *ao* direito, a partir do referencial teórico do Estado constitucional. Nesse sentido, exceção ao direito consubstancia o verdadeiro Estado de exceção; exceção no direito trata da hipótese que chamaremos, a partir de agora, de *exceção constitucional*. Tal hipótese funda-se na constatação inegável de que toda sociedade enfrenta períodos de graves crises, e que, de tal modo, a Constituição precisa estar apta a fornecer o instrumental jurídico adequado para enfrentá-las<sup>191</sup>.

## 2. Uma ditadura constitucional?

É possível falar em uma ditadura constitucional? Intuitivamente, a resposta é negativa. A evolução do constitucionalismo, como vimos no capítulo primeiro, está li-

---

<sup>189</sup> Inocêncio Mártires COELHO, *Curso de Direito Constitucional*, 14ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 1383.

<sup>190</sup> Marcelo Leonardo TAVARES, *Estado de Emergência: o controle do poder em situação de crise*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 47.

<sup>191</sup> “Não há vida política, da mesma forma que não há vida social, sem crises. Assim como se reconhece que o estado de Direito, do mesmo modo que toda ordem jurídica, pressupõem uma anormalidade, forçoso é convir que essa normalidade, ou seja, que essa ordem social receptiva à idéia de direito normada, não permanece estática, fixada numa idade ainda que de ouro. Na verdade, essa ordem social, esse ajustamento de grupos e indivíduos não cessa um instante de evoluir, ora passando mansa e insensivelmente de um equilíbrio para outro ora esboroando-se tempestuosamente para, através de choques e saltos, se reconstruir além, num equilíbrio novo. Igualmente, e concomitantemente se transforma a idéia de direito, às vezes à retaguarda, às vezes na vanguarda desse devir” (Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, *O Estado de Sítio na Constituição brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de defesa da ordem constitucional* (tese de livre-docência), Universidade de São Paulo, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1964, p. 14).

gada à ideia de limitação do poder, ao passo que o vocábulo ditadura indica um poder sem limites. Qualquer associação entre ditadura e democracia parece ainda mais perturbadora. Afinal, o governo “do povo, pelo povo e para o povo”, consoante a célebre definição de Abraham Lincoln, não sugere afinidade com o governo de “um só”.

Causa, portanto, estranhamento a afirmação de Clinton Rossiter de que a ditadura constitucional foi utilizada por todos os governos constitucionais, em todos os tempos, em todas as nações formadas por homens livres<sup>192</sup>. O próprio título do livro de Rossiter – um clássico da ciência política norte-americana – dá pistas da tese sustentada pelo autor: “*Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies*”. Além de Rossiter, outros autores também fizeram referência ao termo “ditadura constitucional”, como Carl J. Friedrich<sup>193</sup> e Diego Valadés<sup>194</sup>, entre outros. Mas será que esse paralelo ainda hoje é possível, ou mesmo conveniente?

Efetivamente, a História demonstra que a palavra ditadura nem sempre possuiu conotação negativa. Em sua gênese, na República Romana, a *dictatura* consubstanciava uma magistratura extraordinária, destinada a enfrentar situações emergenciais<sup>195</sup>. O gênio prático dos romanos percebeu que a legislação e os procedimentos ordinários não funcionavam nos períodos de graves crises. Previram, assim, a possibilidade excepcional de concentração de poderes nas mãos de um ditador, com tempo e limites pré-definidos, no intuito de garantir a sobrevivência do

---

<sup>192</sup> Clinton L. ROSSITER, *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies*, 1948, prefácio, p. vii. Diz o autor: “No person professing the democratic faith can take much delight in a study of constitutional dictatorship; the fact remains that it has been with us exactly as long as constitutional government, and has been used at all times, in all free countries, and by all free men.”

<sup>193</sup> CARL J. FRIEDRICH, *Gobierno Constitucional y Democracia*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1995. Do autor, no mesmo sentido: “Toda Constitución moderna há econocido el problema delas situaciones temporales de emergência, y há buscado obtener una concentración provisional de poderes para resolver estos casos y superar la crisis. (...) Dictadura constitucional es el término que nosotros utilizaremos para designar todos estos métodos de concentración temporal de los poderes” (p. 587).

<sup>194</sup> Diego VALADÉS, *La ditadura constitucional em América Latina*. Cidade do México: UNAM, 1974. Na conclusão de seu trabalho, ele afirma: “Podemos concluir diciendo que en el pasado y en el presente, la dictadura constitucional há representado uno de los más caros desiderata del Estado latino-americano. Éste há tenido la habilidade, quizá, de practicarla em nombre de uma supuesta democracia” (p. 158)

<sup>195</sup> Manoel G. FERREIRA FILHO, *ob. cit.* (2004), pp. 114-115.

Estado<sup>196</sup>. Muitos autores ainda tomam o sistema romano como um paradigma, enxergando nele a inspiração para os atuais mecanismos de controle de crise. Não é por outra razão que foi objeto de referências elogiosas por parte de pensadores tão diferentes quanto Maquiavel, Rousseau, Schmitt e Rossiter.

Já Clinton Rossiter, se não foi o primeiro a utilizar a terminologia em questão, foi provavelmente o que defendeu mais abertamente a possibilidade de uma “ditadura constitucional” nas democracias liberais. Para ele, essa expressão chega a ser redundante com o constitucionalismo, na medida em que pressupõe a existência de uma república constitucional. Cabe lembrar que Rossiter escreve no final da década de 40, após anos de graves turbulências em nível mundial. A sua percepção desses acontecimento foi a de que, em tempos de crise, um governo constitucional-democrático precisa ser alterado até o restabelecimento da normalidade, significando “*more government and less liberty*”<sup>197</sup>. Rossiter chega a afirmar, ironicamente, que no mesmo momento em que nos Estados Unidos se debatia sobre as diferenças entre a democracia (aliados) e a ditadura (eixo), assumia-se na prática um governo mais próximo do modelo ditatorial.

Todavia, o mesmo Rossiter esclarece que, dentro de uma democracia, a ditadura é pautada pelos princípios da necessidade e da temporariedade, daí o seu qualificativo “constitucional”. Trata-se, ainda, de um sistema baseado *no* direito. Diferente é a ditadura inconstitucional, que corresponde – essa sim – ao conceito hoje empregado ao termo. Neste caso, ela não é autorizada por um regramento prévio, como acontecia em Roma. Instaura-se de fato, ou, em qualquer caso, subverte a ordem polí-

---

<sup>196</sup> Não são poucos os autores que atribuem à ditadura um papel fundamental no crescimento e consolidação de Roma. Nesse sentido: Mario STOPPINO, *Dicionário de Política*, BOBBIO, MATTEUCCI e PASQUINO (org.), 1998, p. 368; Manoel G. FERREIRA FILHO, *ob. cit.* (2004), p. 116; MAQUIAVEL, *Comentários sobre a Primeira Década de Tito Lívio*, 1994, p. 114. Este último chega a dizer que “de todas as instituições romanas, esta é sem dúvida a que merece maior atenção. Deve-se contar a ditadura entre os meios que contribuíram para a grandeza desse vasto império; é difícil que um Estado, sem tal ordenação, possa defender-se contra fatos extraordinários.”

<sup>197</sup> Clinton ROSSITER, *ob. cit.*, pp. 04-05.

tica existente<sup>198</sup>. Ademais, não se submete ao princípio da temporariedade, almejando uma permanência indefinida.

Sem embargo, preferimos evitar a expressão “ditadura constitucional”. Em primeiro lugar, pela carga negativa que o vocábulo “ditadura” carrega, o que por si só impõe uma barreira psicológica para a correta compreensão do fenômeno. Em segundo lugar porque, mesmo na origem, a comparação tem as suas falhas. Em Roma, como esclarece Mario Stoppino, a *dictatura* era um órgão extraordinário, que, juntamente com o poder ditatorial, desaparecia logo que restabelecida a situação de normalidade. O moderno governo de crises, por sua vez, funda-se na atribuição de poderes extraordinários a órgãos normais do Estado (usualmente o Executivo). Não que isso seja uma vantagem do modelo atual. O próprio Stoppino afirma que, nas circunstâncias atuais, “é muito mais difícil desvencilhar a instauração, o exercício e o êxito de um governo de crise das perspectivas de luta pelo poder das forças políticas militantes”<sup>199</sup>. Entretanto, não deixa de ser uma distinção de algum relevo.

### **3. Direito e exceção em Carl Schmitt.**

A noção romana de ditadura está muito presente na obra de um importante jurista do século passado: Carl Schmitt. Este pensador foi um dos mais longevos de sua geração (1888-1985). Presenciou *in loco* duas guerras mundiais, o colapso financeiro de seu país, a ascensão (e queda) de Adolf Hitler, a guerra fria, bem como a reconstrução de uma Alemanha dividida no pós-guerra. Filiou-se ao partido nazista em 1933, e por isso foi preso e julgado em Nuremberg, onde foi absolvido. Para muitos, será sempre considerado o jurista do *III Reich*, ainda que outros argumentem que a sua adesão ao nazismo se deu mais por oportunismo político do que por identificação ideológica. Em nossa opinião, para o bem ou para o mal, Schmitt continua tendo uma das mais desafiadoras compreensões do fenômeno jurídico na atualidade. A sua obra é longa, densa, por vezes contraditória e propositalmente assistemática. Mas o certo é

---

<sup>198</sup> Mario STOPPINO, *ob. cit.*, p. 368.

<sup>199</sup> *Idem*, *ob. cit.*, p. 369.

que, na sua cruzada antiliberal, livre das amarras do juspositivismo estrito, Schmitt diagnosticou corretamente várias deficiências nas teorias então predominantes (e mesmo daquelas que permanecem em voga), embora – reconheça-se – não tenha apresentado as melhores soluções.

Feitos as devidas e necessárias ressalvas à sua biografia, é impossível fazer um trabalho sobre (estado de) exceção sem abordar o pensador alemão. Isso porque Schmitt, que sempre criticou a postura liberal de colocar a lei como única justificativa racional para o exercício do poder, tem justamente *na exceção* o momento crucial de sua filosofia. “O normal diz nada, a exceção diz tudo”, é a lógica de Schmitt. O normal sem a exceção é como o branco sem o preto, o salgado sem o doce. Mas a exceção é, na verdade, maior, pois vive sem o normal, ao passo que o normal não vive sem a exceção. Para Schmitt, esta é única forma de compreender o funcionamento das instituições: através do método negativo, ou seja, a partir da negação da normalidade<sup>200</sup>.

Outrossim, o estudo sobre Direito e exceção (e particularmente sobre regimes emergenciais) a partir de Schmitt ainda tem pelo menos duas vantagens. A primeira é que Schmitt teve a rara oportunidade de ver muitas de suas idéias experimentadas na prática<sup>201</sup>. A segunda é o próprio contexto histórico em que ele escreve as suas obras mais importantes: a República de Weimer, instalada na Alemanha em 1919, logo após o fim da Primeira Guerra Mundial<sup>202</sup>.

---

<sup>200</sup> Carl SCHMITT, *Teologia Política*, 2006, p. 15. A exceção é mais interessante que o caso normal. O que é normal nada prova, a exceção comprova tudo; ela não somente confirma a regra, mas esta vive da exceção. Na exceção, a força da vida real transpõe a crosta mecânica fixada na repetição. Um teólogo protestante, no século XX, provou de que intensidade vital a reflexão teológica pode ser capaz: ‘a exceção explica o geral e a si mesma’. E, quando se quer estudar corretamente o caso geral, somente se precisa observar uma real exceção. Ela esclarece tudo de forma muito mais clara que o geral em si. Com o tempo fica-se farto do eterno discurso sobre o geral; há exceções. Não se podendo explicá-las, também não se pode explicar o geral. Comumente, não se nota a dificuldade por não se pensar no geral com paixão, porém com uma superficialidade cômoda. A exceção, ao contrário, pensa o geral com paixão enérgica

<sup>201</sup> Marcelo Leonardo TAVARES, *ob. cit.*, p. 182.

<sup>202</sup> A República de Weimer sucedeu o derrotado Império Alemão, e ganhou este nome porque a proclamação da República se deu na cidade de Weimer. Foi organizada sob a forma de uma Democracia Parlamentar. O Poder Legislativo era exercido pelo *Reichstag* (Parlamento) e o Poder Executivo pelo Chanceler, que, após sua nomeação pelo Presidente do *Reich*, se responsabilizava politicamente perante o Parlamento.

Foi este um período conturbado da história da Alemanha. Os alemães elaboraram uma Constituição socialmente ambiciosa, que se tornou um marco do constitucionalismo social, mas que encontrou imensas dificuldades para se tornar, na prática, efetiva. Depois de uma guerra que esgotara todos os recursos das potências beligerantes, a Alemanha ainda foi condenada, pelo Tratado de Versalhes, a pagar pesadíssimas indenizações aos países vitoriosos, o que deixou sua situação econômica praticamente insustentável. Durante toda a década de 20, os alemães alimentaram um sentimento generalizado de derrota, descontentamento e revanchismo. Na década de 30, tais circunstâncias, potencializadas pela Grande Depressão, acabaram ajudando a criar o ambiente político adequado para a tomada do poder por Adolf Hitler e o Partido Nacional-Socialista. Nada disso, reconheça-se, deu-se sem a conivência das demais autoridades alemãs constituídas (Parlamento, Judiciário etc.). Impassivelmente, elas assistiram o próprio texto da Constituição de Weimer ser utilizado como instrumento legitimador de um golpe de Estado. Golpe esse que, de tal modo, conseguiu o feito, talvez inédito, de se amparar na ordem jurídica pré-existente. A revisitação da breve e trágica história da República de Weimer, cuja promessa social deu lugar à dura realidade do III Reich, mostra-nos a transformação da exceção constitucional em Estado de exceção. Trata-se, portanto, de um *paradigma negativo*, um excelente laboratório sobre o mau uso da teoria dos poderes emergenciais.

Pois bem. No início dos anos 20, Schmitt elaborou sua *Teologia Política*. Escrita em linguagem próxima da poética, recheada de metáforas, talvez seja ela sua obra mais profunda em termos de filosóficos. Posta logo no início do livro, tornou-se célebre (tanto quanto controversa) a afirmação de que o “soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção”<sup>203</sup>. Schmitt, que sempre criticou a postura liberal de colocar a lei como única justificativa racional para o exercício do poder, deixava claro

---

<sup>203</sup> Carl SCHMITT, *ob. cit.* (2006), p. 07.

que o ponto central de sua filosofia era a *exceção*<sup>204</sup>, e não a normalidade – pois estaria aí também a origem do direito.

Schmitt entendia que o direito deve ser compreendido como decisão independentemente das normas (está aqui a gênese do *decisionismo* schmittiano), como ato que implementa uma ordem que não haveria de outro modo. E essa decisão se dá em um ambiente de exceção, a partir da qual a ordem se instaura depois de uma desorientação inicial. Schmitt dizia que o liberalismo, assim como o normativismo formalista, eram incapazes de pensar a *origem* do ordenamento, justamente porque não teriam como pensar a exceção<sup>205</sup>. Para o jurista, só a exceção permitiria que se chegasse à essência do direito, revelando o fundamento primeiro da ordem jurídica, e, portanto, da normatividade. Segundo ele, a normatividade está subordinada às condições efetivas de sua instauração, isto é, às decisões fundadoras da ordem jurídica<sup>206</sup>. Vê-se, assim, em Schmitt, a clara primazia do *existencial* sobre o *normativo*<sup>207</sup>.

Schmitt defendia que todos os conceitos significativos da Teoria do Estado são conceitos teológicos secularizados (daí o nome *Teologia Política*). A exceção teria, para o direito, o mesmo significado do milagre para a teologia<sup>208</sup>. A criação da ordem

---

<sup>204</sup> Bastante elucidativa é a seguinte passagem: “a exceção é mais interessante que o caso normal. O que é normal nada prova, a exceção comprova tudo; ela não somente confirma a regra, mas esta vive da exceção. Na exceção, a força da vida real transpõe a crosta mecânica fixada na repetição. Um teólogo protestante, no século XX, provou de que intensidade vital a reflexão teológica pode ser capaz: ‘a exceção explica o geral e a si mesma’. E, quando se quer estudar corretamente o caso geral, somente se precisa observar uma real exceção. Ela esclarece tudo de forma muito mais clara que o geral em si. Com o tempo fica-se farto do eterno discurso sobre o geral; há exceções. Não se podendo explicá-las, também não se pode explicar o geral. Comumente, não se nota a dificuldade por não se pensar no geral com paixão, porém com uma superficialidade cômoda. A exceção, ao contrário, pensa o geral com paixão enérgica” (Carl SCHMITT, *idem*, p. 15).

<sup>205</sup> Ironicamente, afirmava que “um neokantiano, como Kelsen, não sabe, sistematicamente, o que fazer com o estado de exceção” (Carl SCHMITT, *idem*, p. 14)

<sup>206</sup> Gilberto BERCOVIC, *Entre o Estado Total e o Estado Social: atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimer* (tese de livre-docência), São Paulo, USP, 2003.

<sup>207</sup> Ari Marcelo SOLON, *Teoria da Soberania como Problema da Norma Jurídica e da Decisão*, Porto Alegre, Fabris Editor, 1997, p. 94. De acordo com Leo Srauss, citado por Gilberto BERCOVIC, “Schmitt retirou o político da obscuridade em que o liberalismo o escondeu, e à negação do liberal político, Schmitt opôs a afirmação do político” (*idem*, p. 54).

<sup>208</sup> Carl SCHMITT, *ob. cit.* (2006), p. 35.

a partir do nada estabelece a aproximação entre a atividade política do soberano e a milagrosa de Deus. Em Schmitt, a secularização desloca a onipotência do legislador divino ao mundano, onde a faculdade da suspensão da lei positiva assemelha-se ao poder divino de suspender a lei da natureza<sup>209</sup>.

O autor alemão fornece uma noção de soberania não ligada ao direito, mas à originalidade da exceção, a partir da qual a ordem é criada. E se a ordem nasce daí, tem-se como verdadeiro soberano aquele que tem o poder de decidir *quando* e em que *condições* se está de fato diante de um estado de exceção – muito mais do que a capacidade de agir quando tal situação já se encontra instalada<sup>210</sup>. O soberano, portanto, é aquele que toma a mais grave das decisões, acabando por definir a fronteira entre direito e não direito, que consubstancia e caracteriza o estado de exceção. O próprio jurista esclarece:

“A norma necessita de um meio homogêneo. Essa normalidade fática não é somente um ‘mero pressuposto’ que o jurista pode ignorar. Ao contrário, pertence à sua validade imanente. Não existe norma que seja aplicável ao caos. A ordem deve ser estabelecida para que a ordem jurídica tenha um sentido. Deve ser criada uma situação normal, e soberano é aquele que decide, definitivamente, sobre se tal situação normal é realmente dominante. Todo Direito é ‘direito situacional’. O soberano cria e garante a situação como um todo na sua completude. Ele tem o monopólio da última decisão. Nisso repousa a natureza da soberania estatal que, corretamente, deve ser definida, juridicamente, não como monopólio coercitivo ou imperialista, mas como monopólio decisório, em que a palavra decisão é utilizada no sentido geral ainda a ser desenvolvido. O estado de exceção revela o mais claramente possível a essência da autoridade estatal. Nisso, a decisão distingue-se da norma jurídica e (para formular paradoxalmente), a autoridade comprova que, para criar direito, ela não precisa ter razão/direito”<sup>211</sup>.

---

<sup>209</sup> Annie DYMETMAN, «Benjamin e Schmitt: uma Arqueologia da Exceção», *Lua Nova*, nº 53, 2001, p. 120.

<sup>210</sup> Como afirma Ronaldo Porto MACEDO JR.: “poder-se-ia dizer que a soberania é um fenômeno externo ao ordenamento, às regras do jogo jurídico. Soberanas não são as regras do jogo, soberano é quem estabelece o início do jogo jurídico” (*Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*, São Paulo, Saraiva, 2011, p. 95).

<sup>211</sup> Carl SCHMITT, *ob. cit.* (2006), pp. 13-14.

A teorização feita na *Teologia Política* termina por complementar o raciocínio feito um ano antes, na obra *A Ditadura*. Após estudar a noção romana, o autor definiu a ditadura moderna como todo exercício de poder estatal que se realiza de uma maneira direta, ou seja, sem o apoio de instâncias intermediárias independentes. A ditadura, assim, significa centralismo de poder, em oposição à descentralização<sup>212</sup>. Na concepção de Schmitt, não se trata do oposto necessário da democracia. Cuida-se, antes, de um mecanismo para alcançar um fim determinado<sup>213</sup>, podendo ser utilizado na defesa da própria democracia. A partir dessa noção, Schmitt diferencia a *ditadura comissária* da *ditadura soberana*.

A ditadura comissária, segundo Schmitt, abarca os casos de suspensão constitucional com o objetivo de salvaguardar a Constituição. Trata-se, portanto, de um poder derivado da lei fundamental em função da ocorrência de grandes crises, o que o jurista denomina de “exceções concretas”. A norma existe, mas não é aplicada, constituindo um problema de governo, e não de soberania. O ditador comissário concentra o poder e tem amplo espaço de atuação, mas seu mandato é provisório e revogável. Também não pode ele modificar a Constituição, admitindo-se, entretanto, a violação casuística de leis constitucionais<sup>214</sup>. O próprio Schmitt afirma que essa é uma das mais importantes implicações práticas da distinção entre Constituição e leis constitucionais<sup>215</sup>.

Se na ditadura comissária o conflito ainda é jurídico, na ditadura soberana ele é eminentemente político. Aqui não há limites impostos pela Constituição, pois a intenção é justamente a implantação de uma nova ordem constitucional. Ainda assim, não se trata de força bruta: o soberano deve exercer o seu papel, que é o de impor a nova ordem. O jurista alemão entende que, mesmo em uma situação de normalidade, a perspectiva do conflito existencial e absoluto deve permanecer latente, como um

---

<sup>212</sup> Carl SCHMITT, *La Dictadura*, Madrid, Revista de Occidente, 1968, p. 179.

<sup>213</sup> Gilberto BERCOVIC, *ob. cit.*, p. 76.

<sup>214</sup> Lembramos que Schmitt define Constituição como a decisão política fundamental. As leis constitucionais são aquelas incluídas no corpo formal da Constituição, sem fazerem parte da decisão política fundamental.

<sup>215</sup> Carl SCHMITT, *ob. cit.* (1968), pp. 33-59

horizonte possível. Pois o normal só existe em contraposição à exceção, assim como a paz contrapõe-se à guerra. A cadeia de eventos poderia assim ser resumida: situação de normalidade → legalidade ordinária; situação de risco → ditadura comissária; continuidade do risco/crise estrutural profunda → queda do Estado, com o soberano impondo uma nova ordem<sup>216</sup>.

Na Constituição de Weimer, os poderes emergenciais, que possibilitavam a instalação de uma ditadura (inicialmente comissária, dentro dos conceitos propostos em *A Ditadura*), estavam previstos no famoso artigo 48, que assim dispunha:

“Art. 48. Se, no Reich alemão, a segurança e a ordem pública estiverem seriamente conturbadas ou ameaçadas, o presidente do Reich pode tomar as medidas necessárias ao restabelecimento da segurança e da ordem pública, eventualmente com a ajuda das forças armadas. Para esse fim, ele pode suspender total ou parcialmente os direitos fundamentais estabelecidos nos artigos 114, 115, 117,118,123, 124 e 154.”

Schmitt dedicava especial atenção a este dispositivo. Explica-se. Durante toda a década de 20, ele se colocou como um adversário feroz da democracia parlamentar de Weimer, que, no seu entender, não conseguia mais reproduzir a “unidade política”<sup>217</sup>. O “governo pela discussão” não cumpria o princípio democrático (na acepção schmittiana)<sup>218</sup>, pelo que a crença no sistema parlamentar pertencia ao

---

<sup>216</sup> Carl SCHMITT, *idem*, pp. 173-198. Cf. também, o trabalho monográfico de Telma Rocha LISOWSKI, *A Legitimidade do Poder Estatal na Normalidade e na Exceção: Breve Estudo sobre Carl Schmitt*, Porto Alegre, UFRGS, 2010, pp. 45 e ss. Nele, também é feita essa relação.

<sup>217</sup> Para Schmitt, o conceito de Estado *pressupõe* o do político, consistindo na *unidade política* de um povo vivendo em determinado território. Assim, a visão corrente do Estado como uma administração organizada de um território de acordo com o direito seria apenas a percepção do resultado estabilizado pelo conflito político (Carl SCHMITT, *O Conceito do Político*, Belo Horizonte, Del Rey, 2009, p. 19. Cf. também Gilberto BERCOVIC, *ob. cit.*, p. 54)

<sup>218</sup> Diz Schmitt que o fundamento da democracia está na identidade e na homogeneidade do povo, o aspecto existencial da unidade política. Afirma que o verdadeiro princípio democrático é a *igualdade* ou identidade, e não a liberdade<sup>218</sup>. Todavia, tal igualdade, como qualquer conceito político autêntico, deve relacionar-se com a possibilidade de uma distinção. A igualdade, assim, não é baseada na indistinção entre todos os homens (humanidade), mas sim daqueles pertencentes a um determinado povo, com todas as suas notas características (idéias de fé, de destino, de tradições comuns etc.) constituindo a sua unidade política. A igualdade política democrática corresponde ao princípio da homogeneidade em

liberalismo, não à democracia. Schmitt entendia que a discussão política deveria ser isenta de interesses egoísticos ou meramente partidários, e pressupunha a disposição de se deixar convencer por outras posições. Porém, a discussão parlamentar tinha-se convertido em formalidade vazia. Para os partidos políticos, o importante não era mais convencer os seus opositores, mas sim conseguir maioria para poder exercer o poder por meio dela. Explicando o pensamento de Schmitt, observa Bercovic: “O Estado é objeto da exploração dos partidos. E o Parlamento é instrumentalizado pelos partidos na luta deles uns contra os outros e deles contra o governo e o Estado”<sup>219</sup>.

Desse modo, Schmitt acreditava que a forte divisão de forças políticas existente no *Reichstad* acabava por formar um movimento centrífugo que conduzia ao “hamletismo político”, ou incapacidade decisória<sup>220</sup>. Schmitt preocupa-se, assim, com a governabilidade, e dizia que se o Parlamento era incapaz de agir, não poderia exigir que os demais órgãos constitucionais também o fossem. Para que se tivesse um governo eficiente, este deveria ser apoiado pelo povo, do qual o governante retira sua força. Por isso, havia também uma democracia plebiscitária na Constituição de Weimer que contrabalanceava o pluralismo da democracia parlamentar – e no centro dessa democracia plebiscitária se encontrava o Presidente do Reich (não sem propósito, definido por ele, após célebre discussão com Kelsen, como o “guardião” da Constituição)<sup>221</sup>.

Nesse sentido, considerando a incapacidade dos outros órgãos constituídos, notadamente o *Reichstad*, de tomar decisões de governo (o que ele chama de

---

nome do qual se possa, enfim, estabelecer a necessária distinção entre cidadão e estrangeiro, entre iguais e desiguais, entre amigo e inimigo (Cf. Gilberto BERCOVIC, *ob. cit.*, p. 63).

<sup>219</sup> Gilberto BERCOVIC, *idem*, p. 66. Também Paula Véspoli GODOY, na sua interpretação do autor alemão: “Para Schmitt, a discussão do Parlamento é obsoleta e inconcebível. Pois quando se leva a sério a identidade democrática, esta é a vontade do povo verdadeira. Só há igualdade dos iguais. A crença na discussão não tem fontes democráticas, mas sim liberais. O Parlamento se transformou num expediente técnico-social sem sentido, que não expressa a vontade do povo. A crise do Estado moderno consiste na incapacidade da democracia humana e de massas de construir qualquer forma de Estado, e muito menos um Estado democrático” (*Hans Kelsen e Carl Schmitt: o debate entre normativismo e decisionismo*, dissertação de mestrado, São Paulo, PUC-SP, 2010, p. 69).

<sup>220</sup> Ronaldo Porto MACEDO JR., *ob. cit.*, p. 53.

<sup>221</sup> Carl SCHMITT, *O Guardião da Constituição*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007, *passim*.

“hamletismo” político), a saída era recorrer ao poder neutro do Presidente do Reich, que, utilizando-se das prerrogativas previstas no artigo 48, e apoiado na legitimidade plebiscitária, podia excluir quem era hostil à ordem política (o inimigo). O período weimariano, vale lembrar, foi marcado por intensas disputas políticas, o que causava em Schmitt o receio da “fragmentação” do Estado.

Em *O Guardião da Constituição*, Schmitt aborda outros dois pontos fundamentais para a compreensão da extensão do artigo 48: (i) o poder do presidente do Reich em promulgar decretos substitutivos da lei formal; e (ii) o desenvolvimento de um Estado de emergência e de exceção especificamente econômico-financeiro<sup>222</sup>. De acordo com Schmitt, ambos os pontos resultaram de uma evolução do direito ao longo dos últimos dez anos (a década de 20), devido às peculiaridades concretas de um Estado que, para além da emergência financeira, tomava a seu cargo prestações sociais.

Segundo Schmitt, houve uma época na história constitucional europeia em que existia a primazia da lei formal das finanças, acima de todos os demais valores estatais. Este tempo estava dominado pela ficção de uma economia livre do Estado e de um Estado livre da economia<sup>223</sup>, algo não reproduzido na Constituição de Weimer. A lei incondicionalmente formal, para o autor, era compreensível em um ambiente de luta da burguesia contra a monarquia, sob a condição da separação entre Estado e sociedade. Tratava-se de uma luta contra um governo independente de participação popular, contra o poder do rei de baixar decretos. Weimer, contudo, era uma democracia baseada em elementos parlamentares e plebiscitários, tendo sua estrutura determinada pelo fato de que “o povo decide da mesma forma perante o parlamento quanto perante o governo e o presidente como terceiro superior (por meio de reeleição, plebiscito e outras votações)”<sup>224</sup>. Não havia em Weimer, assim, um conflito constitucional na forma do monárquico do século XIX.

---

<sup>222</sup> Carl SCHMITT, *ob. cit.* (2007), pp. 167-190.

<sup>223</sup> *Idem*, p. 184.

<sup>224</sup> *Idem*, p. 189.

Nessa obra, Schmitt ainda admitia que o verdadeiro limite dos poderes extraordinários do Presidente do Reich residiam nas prerrogativas de controle do *Reichstag*. Por um lado, a Constituição conferia ao Parlamento todas as condições de se impor como o fator normativo da volição estatal. Por outro, se não estivesse em condições de agir, não teria condições de exigir que outros órgãos do Estado fossem igualmente incapazes. Assim sendo, se a situação da Alemanha demandou a praxe do estado de exceção econômico-financeiro de baixar decretos substitutivos de lei, tal não seria uma arbitrariedade, mas a expressão de uma relação legal. A esse respeito, afirma Schmitt:

“O direito econômico-financeiro de baixar decretos substitutivos de leis da atual praxe do artigo 48 permanece, analogamente, de acordo com a ordem existente e, diante de um pluralismo inconstitucional, procura salvar o Estado legiferante constitucional, cuja corporação legislativa está pluralisticamente dividida. A tentativa de produzir um antídoto e um movimento contrário só pode ser empreendida constitucional e legalmente pelo presidente do Reich, dá a perceber, simultaneamente, que o presidente do Reich precisa ser visto como guardião de toda essa ordem constitucional”<sup>225</sup>.

A obra de Schmitt merecia uma análise mais profunda. Porém, mesmo nessa breve revisão, foi possível perceber que algumas das questões enfrentadas pelo autor alemão estão postas ainda nos dias de hoje. Por exemplo, a dificuldade de obtenção de coesão e repostas rápidas no âmbito do Parlamento, algo que pode ser muito necessário em momentos de crise (inclusive econômica, como observado por Schmitt). O exemplo de Weimer, entretanto, mostra que, se a concentração de poderes nas mãos do Executivo torna-se inevitável, é contraproducente que isto seja feito de forma tão ampla e sem a possibilidade controle, como permitido pelo citado art. 48<sup>226</sup>.

---

<sup>225</sup> *Idem*, p. 190.

<sup>226</sup> A esse respeito, explica Marcelo Leonardo TAVARES: “Weimer nos ensina a respeito da gravidade de os mecanismos de equilíbrio entre os poderes não terem sido acionados de forma eficaz desde as primeiras decretações das medidas de emergência, no início dos anos vinte. Aliado a isso, houve sucessivo uso do art. 48 para o enfrentamento de problemas econômicos, sem previsão delimitada de tempo, o que debilitou a resistência jurídica da sociedade contra a atuação interventiva do Estado, e desvalorizou a importância do princípio da temporalidade das medidas de exceção. A banalização de

No mais, guardemos a relação soberano/exceção/ditadura. Como veremos, ela é utilizada como base (de sustentação e enfrentamento) por vários autores atualmente. Enquanto Gilberto Bercovic, por exemplo, irá dizer que o sentido concreto da controvérsia sobre a soberania se dá “sobre aquele que decide, em caso de conflito, em que consiste o interesse público e do Estado, a segurança e ordens públicas” (noção schmittiana), Giorgio Agamben irá denunciar o perigo que existe na ideia de gestão da exceção (própria da distinção entre ditadura comissária/soberana), que pode, segundo ele, levar as democracias a assumir riscos incompatíveis com seus vetores.

#### **4. Os sistemas de controles de crises.**

A ideia, neste tópico, é fazer uma breve análise dos principais sistemas constitucionais de controle de crises, primeiro a partir de dois paradigmas escolhidos (inglês e francês), complementando-se com um resumo da experiência histórica da primeira metade do século XX. O recorte temporal justifica-se porque tal período funciona como um grande laboratório da aplicação dos poderes emergenciais. Trata-se, com efeito, de uma época que vivenciou, entre outras coisas, duas guerras totais, a revolução socialista e um colapso financeiro – o que faz com que a denominação “a era dos extremos”, tomada emprestada do historiador inglês Eric Hobsbawm, não seja despropositada<sup>227</sup>.

##### **4.1. A lei marcial e o estado de sítio.**

Secundo Carlo Baldi, é possível verificar duas tendências entre os sistemas de controles de crises: (i) um mais flexível, com maior elasticidade e empirismo na ação de emergência, típico da *commom law*; e (ii) outro mais rígido, onde os mecanismos de

---

atos de contenção de crise gerou o efeito negativo de anestesiar os mecanismos de controle” (*Ob. cit.*, p. 63).

<sup>227</sup> Eric HOBSBAWN, *A Era dos Extremos*, São Paulo, Companhia das Letras, 1998.

gestão de crise estão preventiva e legislativamente disciplinados<sup>228</sup>, tal como adotado hoje no Brasil e em Portugal. Para cada caso, os modelos paradigmáticos são aqueles encontrados na Inglaterra (lei marcial) e na França (estado de sítio), respectivamente.

É verdade que a expressão lei marcial (*martial law*) pode ter vários sentidos, designando desde o direito militar até os princípios que se aplicam na condução de operações bélicas. Porém, em sentido estrito, que é o que nos interessa, compreende o Direito da Coroa e de seus agentes de usar a força para repelir invasões, insurreições ou tumultos<sup>229</sup>. A vagueza do conceito chegou a sofrer uma crítica feroz de Clinton Rossiter, para quem a lei marcial não passa de um termo infeliz para justificar, dentro do sistema da *commom law*, os atos realizados com o objetivo de defender o Estado.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, com apoio nas lições do constitucionalista inglês Albert Dicey, explica que a lei marcial sequer envolve a suspensão do direito comum. Decorre, antes, desse próprio direito, compreendendo o emprego dos meios adequados ao restabelecimento da ordem, ainda que violentos<sup>230</sup>. Esse mecanismo não implica, portanto, a suspensão do direito comum, mas funciona como uma causa de exclusão de responsabilidade, punindo-se apenas o eventual excesso injustificado. Vale notar que o sistema inglês não é dotado de uma Constituição escrita que possa, no todo ou em parte, ser formalmente suspensa. É relevante, assim, o papel da jurisprudência e do empirismo característico da *commom law*. Com efeito, são os tribunais comuns que decidem sobre a existência ou não do estado de fato que deu ensejo à decretação da lei marcial e, portanto, sobre a incidência da causa de exclusão de responsabilidade<sup>231</sup>.

---

<sup>228</sup> Carlo BALDI, *Dicionário de Política*, *cit.*, p. 414.

<sup>229</sup> Manoel G. FERREIRA FILHO, *ob cit.* (2004), p. 116.

<sup>230</sup> Manoel G. FERREIRA FILHO, *ob cit.* (2004), p. 117.

<sup>231</sup> Conforme Gilberto BERCOVIC: “A suspensão da lei e de garantias constitucionais, como existia na França, era desconhecida pelos ingleses. A lei marcial inglesa não poderia existir em tempos de paz (o seu princípio era o da imediata necessidade), nem dependia de sua proclamação para existir (afinal, o governo não adquiria nenhum poder do qual já não dispunha). Os tribunais possuíam plena jurisdição sobre os atos cometidos e a proteção dos envolvidos só seria possível com um *Act* ou *Bill of Indemnity* votado pelo parlamento. No entanto, o instrumento de exceção mais utilizado pelos ingleses, como

O estado de sítio, por sua vez, é uma criação da Revolução Francesa. Como já se disse, no *Ancien Régime* não fazia sentido a previsão de um poder emergencial de crises, porquanto o rei já dispunha de todos os poderes em qualquer situação<sup>232</sup>. Assim, apenas em 1789 (no curso da Revolução Francesa, portanto), pela Lei de 21 de Outubro, é introduzida a lei marcial na França, por inspiração na prática inglesa. Entretanto, os dois sistemas terminaram por se afastar. Paulatinamente, os franceses foram preferindo um modelo mais rígido e elaborado. Entre as diversas leis que se seguiram, podem ser destacadas a Lei de 8 de Julho de 1791, que previa um regime especial de administração para as praças em guerra, e as Leis de 27 de Agosto e 5 de Setembro de 1797, que passaram a estabelecer dois tipos de estado de sítio: (i) o real ou militar (relativo aos locais atacados em guerra); e (ii) o fictício ou político (relativo às cidades e locais ameaçados por sedições e perturbações da ordem interna)<sup>233</sup>. Cabe observar que a legislação francesa oscilou com o tempo, refletindo diferentes concepções sobre a extensão dos poderes emergenciais. A Constituição de 1799, por exemplo, já no período napoleônico, chegou ao exagero de conter uma cláusula de exclusão integral de seu próprio texto (artigo 92), o que certamente não se coaduna com os postulados do constitucionalismo, conforme reconhece praticamente toda a doutrina<sup>234</sup>.

De todo modo, a mais importante contribuição francesa é a noção do estado de sítio como uma causa de suspensão temporária das garantias constitucionais (diferentemente do que ocorre com a lei marcial). Tal suspensão tem o escopo de ampliar o âmbito da ação governamental em função de um objetivo específico, que é o restauro da ordem. Sua característica fundamental é o regime de legalidade, eis que submetido

---

forma de prevenir revoluções, foi a suspensão do *habeas corpus*, que, de acordo com a *Bill of Rights*, precisa ser aprovada pelo parlamento” (*Ob. cit.*, (2008), pp. 218-219).

<sup>232</sup> “As leis de salvação pública convenientemente aplicadas são a própria condição da existência das instituições livres. Se o antigo regime não conheceu o estado de sítio, é porque ele não conheceu a liberdade (Jorge MIRANDA, *ob. cit.* (2008), p. 389.

<sup>233</sup> Gilberto BERCOVIC, *ob. cit.* (2008), p. 220.

<sup>234</sup> Nesse sentido: Jorge MIRANDA, *ob. cit.* (2009), pp. 388-389.

à previsão legislativa. Coexistem, assim, uma legalidade ordinária e uma excepcional, sendo que esta substitui a primeira quando instaurado o estado de sítio<sup>235</sup>.

Ambos os sistemas – inglês e francês – têm os seus defensores. Diz-se, por um lado, que o estado de sítio está mais comprometido com o Estado de Direito e com a idéia de racionalização do poder, pois os limites e a extensão dos poderes de emergência estão previamente estipulados<sup>236</sup>. Por outro, há quem desconfie de sua eficiência prática, “porquanto seria muito difícil preparar, antecipadamente, mediante normas abstratas, todos os instrumentos idôneos para enfrentar situações que, pela sua própria natureza, são de caráter imprevisível, empírico e contingente”<sup>237</sup>.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho faz uma distinção de momento e de circunstância. Para o professor da Universidade de São Paulo, um sistema mais flexível, a exemplo da lei marcial ou o artigo 16 da Constituição da França, pode ter maior eficiência em casos de crises mais graves, como a guerra total e o terrorismo – ele alega que as ações terroristas aproveitam-se da rigidez dos sistemas, pois os insurgentes já sabem qual será a “resposta” normativa. Mas do ponto de vista da segurança individual, daquela “tranquilidade de espírito”, diz Ferreira Filho, os modelos rígidos são preferíveis. Nestes, o indivíduo sabe de antemão quais os direitos podem ser suspensos, quais prevalecem e em que condições, ainda que a previsão constitucional não seja pormenorizada<sup>238</sup>.

De nossa parte, entendemos que o sistema do estado de sítio é mais *adequado* a países como Brasil e Portugal, que de resto já seguem essa tradição. Na esteira de J. J.

---

<sup>235</sup> O que não significa que sejam “duas” Constituições, como observa a doutrina: “Não há, em cada Estado, duas Constituições aparelhadas – uma Constituição da normalidade e uma Constituição da necessidade; há uma só Constituição, assente nos mesmos princípios e valores, embora com regras adequadas à diversidade de situações” (Jorge MIRANDA, *idem*, p. 388).

<sup>236</sup>Note-se que apesar do estado de sítio ser uma referência francesa, e significar justamente a previsibilidade legislativa dos poderes excepcionais, a atual Constituição da França contempla, curiosamente, uma amplíssima disposição, atribuída ao General De Gaulle, que diz que o presidente da República tomará as medidas necessárias “quando as instituições da República, a independência da nação, a integridade de seu território ou a execução de seus compromissos internacionais estiverem ameaçados de modo grave e imediato e o funcionamento regular dos poderes públicos constitucionais estiver interrompido”.

<sup>237</sup> Carlo BALDI, *ob. cit.*, p. 414.

<sup>238</sup> Manoel G. FERREIRA FILHO, *ob. cit.* (2004), pp. 135-136.

Gomes Canotilho, acreditamos que a Constituição não pode ter a pretensão de exaurir completamente os imprevistos que podem acontecer, que dependem de circunstâncias históricas - mas deve fixar os pressupostos, as competências, os instrumentos, os procedimentos e as consequências jurídicas da exceção constitucional<sup>239</sup>.

Se, como diz Ferreira Filho, a guerra total e o terrorismo tornam mais eficaz (o que não quer dizer melhor) um sistema flexível, o fato de Brasil e Portugal terem menores preocupações nesses campos em comparação, por exemplo, a Estados Unidos e Inglaterra, reforça a nossa posição. Além disso, é sintomático que, mesmo nos Estados Unidos, onde vigora um modelo de gestão de crises flexível, importantes autores vêm se preocupando com o estabelecimento de balizas mais rígidas para os poderes de emergência, mormente depois dos excessos cometidos pelo Governo George W. Bush. É o caso, por exemplo, de Bruce Ackerman e sua proposta da “*Emergency Constitution*”<sup>240</sup>.

#### **4.2. A experiência da emergência econômica na primeira metade do século XX.**

No início do século XX, a utilização de poderes emergenciais se tornou constante. Como afirma Giorgio Agamben, a Primeira Guerra Mundial coincide, na maior parte dos países beligerantes, com um estado de exceção permanente<sup>241</sup>. A novidade foi a percepção de que esse novo tipo de conflito – a guerra total – reclamava medidas sistemáticas no plano econômico-financeiro. A ampla mobilização dos Estados, nos

---

<sup>239</sup> J. J. Gomes CANOTILHO, *ob. cit.* (2003), p. 1099.

<sup>240</sup> Bruce ACKERMAN, *The Emergency Constitution*, Yale Law Journal, ° 113, 2004. À p. 1040, diz ele: “*This means that French-style emergency regimes are categorically inappropriate models for the terrorist threats confronting the mature democracies of the twenty-first century. The last thing we want is to authorize the President to do whatever he considers necessary for as long as he thinks appropriate. This make it far too easy for him to transform the panic following a horrific attack into an engine of sustained authoritarian rule and bureaucratic repression. We should be searching instead for innovative designs that make it difficult for emergency actions to spiral out of control, destroying the framework of limited government that they were supposed to protect.*”

<sup>241</sup> Giorgio AGAMBEN, *Estado de Exceção*, São Paulo, Boitempo Editorial, 2004, p. 25.

mais diversos setores, foi muito além de providências episódicas como requisição de alimentos e outras similares.

Nesse período, Grã-Bretanha, Áustria, Itália e Alemanha recorreram a leis de delegação de “plenos poderes”. Mesmo a Suíça, um país neutro, editou leis de reforço às atribuições do Poder Executivo<sup>242</sup>. Na França, onde sobrevivia uma compreensão mais estrita do princípio da indelegabilidade dos poderes atribuídos pela Constituição ao Parlamento, não houve uma lei similar. Todavia, abriu-se caminho para os “regulamentos de necessidade”, submetidos posteriormente à ratificação congressional<sup>243</sup>. Diz Agamben que foi a partir daí que a conduta de legislar-se excepcionalmente, por meio de decretos-lei ou de medidas provisórias do governo, tornou-se prática corrente nas democracias européias<sup>244</sup>.

Acabada a guerra, a ampliação dos poderes executivos não cessou, como se poderia supor num primeiro momento. Isso aconteceu porque o término da emergência militar não coincidiu com o fim da emergência econômica, demonstrando cabalmente o quão grave as crises financeiras podem ser mesmo em tempos de paz. Daí o registro comum, entre os autores da época, de três tipos de crises a reclamarem (e justificarem) uma resposta extraordinária: a guerra, a rebelião e a crise econômica (o que de fato ocorreu)<sup>245</sup>.

Peguemos o exemplo da França, ainda um bastião da indelegabilidade. Em 1924, diante da ameaça à estabilidade do franco, o Gabinete Poincaré solicitou plenos poderes em matéria financeira. Após uma grande discussão no Parlamento, que se

---

<sup>242</sup> Paul LEROY, *ob. cit.*, pp. 70-73.

<sup>243</sup> Manoel G. FERREIRA FILHO, «A Disciplina Constitucional das Crises Econômico-Financeiras», *Revista de Informação Legislativa*, nº 108, out.-dez./1990, p. 35. Sobre a tese do “estado de necessidade” e o seu debate na França, cf. Antonio C. DAMASCENO, *Estado de Sítio e de Emergência em Democracia*, 1989, pp. 24-25. Cf. também a tese de doutoramento de Genviève CAMUS, *L'État de Nécessité em Démocratie*, 1965. A autora, que define assim o estado de necessidade constitucional - “On entend par état de nécessité en droit constitutionnel des circonstances urgentes et imprévues qui rendent indispensable, pour la sauvegarde de l'Etat, la concentration des pouvoirs sur la seule décision de l'organe appelé à en bénéficier” - entende que, se corretamente utilizado, ele serve ao fortalecimento, e não ao perecimento da democracia (pp. 25 e 411-413).

<sup>244</sup> Giorgio AGAMBEN, *ob. cit.*, p. 26

<sup>245</sup> Por todos: Clinton ROSSITER, *ob. cit.*, p. 06.

mostrava reticente em abdicar de suas funções constitucionais, foi editada uma lei limitando em quatro meses os poderes especiais do governo. Em 1935 e 1937 foram pedidas medidas análogas, neste último caso já sob um governo de orientação de esquerda. Isso valeu a aguda observação de Rossiter de que a nova prática de legislação por meio de decreto do governo, inaugurada durante a guerra, agora era aceita por todas as forças políticas francesas<sup>246</sup>.

Na Inglaterra da *common law*, o Gabinete Lloyd George defendeu a instituição de uma legislação permanente para lidar com situações excepcionais. Nasceu, então, o *Emergency Powers Act*, de 1920. Com ele, foi autorizada a decretação de estado de emergência em função de condições como tumultos e greves<sup>247</sup>. Tal dispositivo foi aplicado em 1921, na greve dos mineiros, em 1924, quando eclodiram greves em vários setores da indústria, e em 1926, por ocasião da greve geral. Inúmeros poderes de emergência também foram usados nos anos 1931-1932 para tentar lidar com os efeitos da grande depressão.

Já o caso da Alemanha foi, sem dúvida, ainda mais delicado. Nele é possível notar como a promessa social de Weimer, sempre tida como um dos primeiros exemplos de Constituições “sociais” do mundo, transformou-se na dura realidade do III Reich<sup>248</sup>. Há quem diga que não há como compreender a ascensão de Hitler e do par-

---

<sup>246</sup> Clinton ROSSITER, *ob. cit.*, p. 26.

<sup>247</sup> O texto do ato é o seguinte: “Whereas by the Emergency Powers Act 1920, it is enacted that if it appears to Us that any action has been taken or is immediately threatened by any persons or body of persons of such a nature and on so extensive a scale as to be calculated, by interfering with the supply and distribution of food, water, fuel, or light, or with the means of locomotion, to deprive the community or any substantial portion of the community, of the essentials of life, We may, by Proclamation, declare that a state of emergency exists: And whereas the present immediate threat of cessation of work in Coal Mines does, in Our opinion, constitute a state of emergency within the meaning of the said Act: Now, therefore, in pursuance of the said Act, We do, by and with the advice of Our Privy Council, hereby declare that a state of emergency exists.”

<sup>248</sup>Nas palavras de Paulo BONAVIDES: “Direitos sociais correspondentes às relações de produção, ao trabalho, à educação, à cultura, à previdência, representavam uma estupenda novidade, um campo inteiro distinto, desconhecido do Direito Constitucional Clássico. (...) Desaparelhado de ferramentas teóricas com que interpretar e caracterizar os novos institutos e princípios introduzidos nas Constituições por efeito de comoções ideológicas, cuja intensidade se fez sentir acima de tudo durante o período subsequente à Primeira Guerra Mundial, o velho Direito Constitucional entrou em crise. A Constituição de Weimer foi fruto dessa agonia: o Estado liberal estava morto, mas o Estado social ainda não havia nascido. As dores da crise se fiseram mais agudas na Alemanha, entre os seus juristas, cuja obra de compreensão das realidades emergentes se condensou num texto rude e imperfeito, embora

tido nazista ao poder sem analisar os abusos cometidos sob a égide do artigo 48 da Constituição. Até mesmo Carl Schmitt confessaria, em 1925, que nenhuma carta constitucional no mundo havia legalizado tão facilmente o golpe de Estado<sup>249</sup>. De fato, o referido dispositivo conferia ao presidente do Reich (cf. tópico 3 *supra*).

O que se viu, nos primeiros anos após a guerra, foi uma Alemanha destruída “obrigada” a utilizar corriqueira (e perigosamente) os poderes previstos do artigo 48. Apenas entre 13 de outubro e 2 de novembro de 1923, foram promulgados trinta e seis decretos abrangendo o campo econômico<sup>250</sup>. De 1930 até a ascensão de Hitler em 1933, o recurso ao artigo 48 foi ainda mais comum, tanto em questões econômicas quanto para debelar a discórdia civil na qual a Alemanha se imergia. Para Agamben, é certo que os últimos dois anos de Weimer transcorreram integralmente em regime de exceção, mas “menos evidente é a constatação de que, provavelmente, Hitler não teria podido tomar o poder se o país não estivesse há quase três anos em regime de ditadura presidencial e se o parlamento estivesse funcionando”<sup>251</sup>.

Também nos Estados Unidos, a depressão do final dos anos 20 consolidou os poderes de exceção econômica. A política de Franklin D. Roosevelt durante o *New Deal* consagrou a idéia de emergência financeira, propondo o fortalecimento do Poder Executivo (sobretudo na figura do próprio Presidente), a delegação legislativa e a legislação de urgência. Muitas das leis editadas nessa época, que importavam em ampla delegação de poderes ao Executivo, foram contestada na Suprema Corte, cuja composição ainda era tributária de uma aplicação conservadora do princípio da

---

assombrosamente precursor, de que resultariam diretrizes básicas e indeclináveis para o moderno constitucionalismo social. In: Curso de Direito Constitucional, 2004, p. 268.

<sup>249</sup>Apud Giorgio AGAMBEN, *ob. cit.*, p. 28. A tradução do artigo 48 da Constituição de Weimer foi retirada dessa mesma página.

<sup>250</sup>Manoel G. FERREIRA FILHO, *ob. cit.* (1990), p. 36.

<sup>251</sup> Giorgio AGAMBEN, *ob. cit.* p. 29. É interessante também conferir a posição de Schmitt nessa fase de transição, na explicação de Gilberto BERCOVIC: “A ditadura do presidente, defendida por Schmitt no início da República de Weimer é uma ditadura comissária, embora, ao decidir sobre o estado de exceção do art. 48, o presidente exercite um poder soberano sem sê-lo. No entanto, na fase crítica, quando Schmitt passa a entender que a constituição, por suas contradições internas, não era mais passível de salvação, a ditadura comissária e a ditadura soberana se tornaram indistintas, com o presidente assumindo a tarefa de, por meio do estado de exceção, reconstruir soberanamente uma nova ordem constitucional para a Alemanha.” (*ob. cit.* (2008), pp. 314-315).

separação de poderes. As sucessivas decretações de inconstitucionalidade (oito vezes entre 1935 e 1936) valeram um choque com o Presidente, que impôs forte pressão política e chegou a propor um plano de reestruturação do Tribunal, chamado de *Court-Packing Crisis*, em 1937. A proposta não foi aprovada, mas a substituição de alguns membros, por força das aposentadorias, permitiu a Roosevelt nomear juízes com convicções mais intervencionistas. A distinção, depois feita pela Corte, entre “abdicação” do poder de legislar e “delegação” desse poder (neste, caso, diferentemente do primeiro, haveria a fixação de *standarts* que guiassem a atuação executiva), pôs fim ao embate com o Presidente. Mas não sem conseqüências.

Com efeito, os conflitos dos anos 30 mudaram para sempre a cara dos Estados Unidos. Bruce Ackerman, por exemplo, enxerga nessa ocasião uma verdadeira manifestação do poder constituinte (o *we, the people*), embora com a manutenção do mesmo texto escrito, algo que ele só reconhece em três períodos muito específicos e graves da história norte-americana: (i) na fundação (os “*founding fathers*”), (ii) na reconstrução após a guerra civil (conflito no qual o Presidente Lincoln também lançou mão de poderes quase ditatoriais), e (iii) durante o *New Deal*<sup>252</sup>.

Enfim, esse breve esboço histórico (relativo a poucos países, mas que poderia ser estendido a inúmeros outros que passaram por circunstâncias similares), serviu apenas para demonstrar o surgimento e a evolução do uso dos poderes emergenciais durante a primeira metade do século XX, sobretudo no campo econômico. Viu-se que foi um recurso necessário e importante, tanto que utilizado por diversos Estados. Mas o risco embutido no excesso (da exceção) também ficou muito claro, como evidenciou o exemplo de Weimer. Infelizmente, ainda no curso da recuperação econômica mundial, um conflito de maiores proporções que o de 1914-18 irrompeu, dividindo o mundo e tornando a delegação de plenos poderes novamente uma providência comum. Pouco antes, o filósofo judeu Walter Benjamin – de triste fim: suicidou-se na iminência de ser capturado pelos nazistas – tinha vaticinado: “a tradição dos oprimidos ensina-nos que o estado de exceção em que vivemos é a regra. Temos de chegar a

---

<sup>252</sup> Bruce ACKERMAN, *We the People: Foundations*, Harvard University Press, 1993, pp. 58-62.

um conceito de história que corresponda a esta idéia”<sup>253</sup>. No próximo tópico, trataremos do assunto.

## 5. O risco da exceção permanente.

Importantes autores têm alertado para o risco do estado de exceção tornar-se a regra. Outros dizem que já aconteceu. O próprio Clinton Rossiter, que subscreve a necessidade de uma “ditadura constitucional” em tempos de crise, reconhece que este foi um recurso que se tornou perigosamente corriqueiro nos Estados Unidos<sup>254</sup>. Willian Scheuerman complementa que a globalização ampliou a utilização dos poderes de exceção econômicos<sup>255</sup>. Já Gabriel Negretto, falando do contexto argentino (mas que poderia muito bem ser aplicado à maioria dos países sul-americanos, incluindo o Brasil), anota que, durante toda a década de 80, a crise econômica foi combatida com limitações a direitos que configuravam uma espécie de estado de sítio econômico<sup>256</sup>.

Recentemente, foi filósofo italiano Giorgio Agamben quem sentenciou, com todas as letras, que o estado de exceção é o novo paradigma de governo<sup>257</sup>. Agamben dedicou dois dos seus mais importantes livros ao tema, *Homo Sacer* (2002) e *Estado de Exceção* (2003). Como Schmitt, ele compreende o estado de exceção como algo externo ao direito, apresentando-se como “a forma legal daquilo que não pode ter forma legal”. Contra Schmitt e Rossiter, Agamben entende que a diferenciação entre ditadura comissária/soberana, ou constitucional/inconstitucional, permanece prisioneira de um círculo vicioso fundamental, no qual “as medidas excepcionais, que se justificam como sendo para a defesa da constituição democrática, são aquelas que levam à sua ruína”<sup>258</sup>.

---

<sup>253</sup> Walter BENJAMIN, *O Anjo da História*, Lisboa, Assírio e Alvim, 2010, p. 12.

<sup>254</sup> Clinton ROSSITER, *ob. cit.*, p. 306-308.

<sup>255</sup> Willian E. SCHEUERMAN, “The Economic State of Emergency”, *Cardozo Law Review*, vol. 21, 1999/2000, p. 1891-1894.

<sup>256</sup> Gabriel NEGRETTO, “Constitucionalismo Puesto a Prueba”, *Revista de Teoria y Filosofía del Derecho*, nº 14, abril/2001, p. 108-109.

<sup>257</sup> Giorgio AGAMBEN, *ob. cit.*, pp. 9-43.

<sup>258</sup> Giorgio AGAMBEN, *ob. cit.*, 2004, cit., p. 20.

A partir do exemplo de Weimer, Agamben diz que uma “democracia protegida” não é uma democracia, e que o paradigma da ditadura constitucional funciona apenas como uma fase de transição para a instauração de uma ditadura completa. Para ele, a aporia máxima é o próprio conceito de estado de necessidade, supostamente a justificativa da exceção, que muitos têm como dado objetivo. Afirma que a necessidade, longe de apresentar-se como um dado objetivo, implica um juízo subjetivo, e que “necessárias e excepcionais são, evidentemente, apenas aquelas circunstâncias que são declaradas como tais”<sup>259</sup>.

É bem verdade que referência de Agamben ao estado de exceção como técnica normal de governo mira-se, principalmente, nas reações intempestivas dos governos ocidentais depois dos ataques de 11 de setembro de 2001 (embora ele faça um amplo registro histórico do uso da exceção)<sup>260</sup>. Mas muitas de suas críticas têm alcance amplo, levando-nos a refletir sobre a possibilidade, no mundo atual, da sobrevivência dos pressupostos democráticos diante da banalização do uso dos poderes de exceção<sup>261</sup>.

Com apoio em premissas de Agamben, e também no conceito schmittiano de soberania, Gilberto Bercovic sustenta a tese de que há um “estado de exceção permanente na periferia do capitalismo”. A argumentação é construída tendo por base a situação da América do Sul, mas poderia incluir Portugal, situado na periferia econômica européia. Para o professor, que ocupa a titularidade de Direito Econômico da Universidade de São Paulo, os Estados periféricos convivem com um decisionismo de emergência para salvar o mercado, ao arrepio da vontade do povo. No seu entender, a constante adaptação das normas do direito interno às necessidades do capital financeiro indica a possibilidade cada vez menor de interferência da soberania popular, de

---

<sup>259</sup> Giorgio AGAMBEN, *ob. cit.*, p. 46.

<sup>260</sup> Agamben decidiu não entrar mais nos Estados Unidos e recusar convites para lecionar em universidades norte-americanas, o que demonstra a firmeza de seu posicionamento político.

<sup>261</sup> Outra pergunta que poderíamos fazer é a seguinte: o diagnóstico de Agamben, se correto (e parece que seja), leva-nos obrigatoriamente à conclusão da nocividade do próprio sistema constitucional de crises? Voltaremos a essa questão em seguida.

modo que a “razão de mercado passa a ser a nova razão de Estado”<sup>262</sup>, a sugerir a natureza de estado de exceção. Em livro recente, diz Bercovic:

“O processo de mundialização econômica está causando a redução dos espaços políticos, substituindo a razão política pela técnica. Há um processo de tentativa de substituição dos governos que exprimem a soberania popular pelas estruturas de *governance*, cujos protagonistas são organismos nacionais e internacionais ‘neutros’ (bancos, agências governamentais ‘independentes’, organizações não-governamentais, empresas transnacionais, etc.) e representantes de interesses econômicos e financeiros. A estrutura da *governance*, portanto, é formada por atores técnico-burocráticos sem responsabilidade política e fora do controle democrático, cujo objetivo é excluir as decisões econômicas do debate político. Afinal, a ingovernabilidade, para os neoliberais, é geralmente pelo excesso de democracia.”<sup>263</sup>

A preocupação de Bercovic é legítima, o que não impede que sejam feitas algumas ressalvas. Há de se concordar que, quando os argumentos de emergência são empregados para todo o tipo de situação, os limites entre normalidade e exceção são ultrapassados, e a emergência vira regra. Certamente, um governo constitucional não pode sobreviver em um contexto de crise permanente<sup>264</sup>. Ocorre que a problemática identificada por Bercovic situa-se em um contexto mais amplo, não consubstanciando um privilégio invertido dos países da periferia do capitalismo - embora uns possam sentir mais do que outros, é fato.

Em primeiro lugar, o fenômeno do aumento da legislação governamental (do Executivo) no plano econômico ocorreu em diversos países do mundo, inclusive nas grandes potências, como já tivemos a oportunidade de observar. Em segundo lugar, o processo de mundialização (globalização) vem para todos, indistintamente. Tomamos isso como um dado, uma vez que nada indica que se vá caminhar para trás. Com isso, novos desafios aparecem, e novas respostas devem ser pensadas. Como afirma Suzana Tavares, “o contexto econômico globalizado, onde a ‘produção de riqueza’ obe-

---

<sup>262</sup> Gilberto BERCOVIC, “O Estado de Exceção e a Periferia do Capitalismo”, *Revista Pensar*, Fortaleza, 2006, p. 96.

<sup>263</sup> Gilberto BERCOVIC, *ob. cit.* (2008), p. 228.

<sup>264</sup> Gabriel NEGRETTO, *ob. cit.*, pp. 17-20.

dece a regras muito distintas daquelas que governavam as economias fechadas e estadualizadas, traz consigo desafios (mais do que problemas) à reconstrução da socialidade”<sup>265</sup>.

Dentro dessa perspectiva, a relativização (ou reconfiguração) do conceito de soberania é uma realidade. Por um lado, a dificuldade de adaptação do modelo clássico da democracia representativa a essa realidade é evidente. Por outro, a questão é saber se essa inadaptação gera um “estado de exceção” – o que parece ser a opinião de Bercovic – ou, simplesmente, um novo tipo de estadualidade.

## **6. Emergência econômica e Constituição.**

### **6.1. Considerações preliminares.**

Uma anedota muito conhecida no Brasil conta que o marido, após receber um bilhete anônimo avisando que a mulher o traía com o amante no sofá da sala, rapidamente resolveu o problema: tirou o sofá da sala. A graça da piada está no *nonsense*, pois é evidente que o problema do marido é a mulher, e não o sofá. Obviamente, as preocupações de Agamben, Bercovic e outros são reais e devem ser levadas a sério. Mas defender que a banalização dos usos dos poderes emergências deve ser solucionada com a sua pura extinção é culpar o sofá. Como ensina com propriedade Canotilho, “uma coisa é reconhecer as dificuldades de configurar juridicamente uma constituição de necessidade, aperfeiçoada e desenvolvida, e outra é de tomar essas dificuldades como pretexto’ e lançar as situações de necessidade para os ‘espaços livres’ da Constituição”<sup>266</sup>.

A História mostra que, mais dia, menos dia, as crises acontecerão. Se o direito não puder apresentar uma resposta adequada, a resposta irá prescindir do direito<sup>267</sup>.

---

<sup>265</sup> Suzana Tavares da SILVA, *Direitos Fundamentais na Arena Global*, Sumários desenvolvidos de Direito Constitucional I (mestrado), Coimbra, FDUC, 2011, p. 68.

<sup>266</sup> J. J. Gomes CANOTILHO, *ob. cit.* (2003), p. 1099.

<sup>267</sup> Saliente-se que há importante corrente doutrinária entendendo que a necessidade constitui fonte de direito (Santi Romano). Assim também Jellinek, conforme nos mostra GILBERTO BERCOVIC, 2008, cit., p.

Ou então será tentada uma solução enviesada, algum tipo de interpretação “torta” a partir dos “espaços livres” da Constituição de que fala Canotilho. A Constituição – já se disse – deve ser um navio preparado para enfrentar não só calmaria, mas também fortes tempestades.

Nem por isso deixamos de reconhecer algumas das contradições apontadas por Agamben (especialmente, a possibilidade de um instituto que tem o escopo de proteger destruir a democracia). Elas são mesmo ínsitas a algo que, por definição, apresenta-se como uma questão-limite. Por tal razão é que também admitimos, na companhia de Carlo Baldi, que “a aplicação integral dos princípios do Estado de Direito às situações de exceção só é possível se a estrutura do Estado for sólida”<sup>268</sup>.

Tampouco se quer dizer que o regime emergencial seja a solução “mágica” para todo e qualquer tipo de convulsão. Decerto ele é mais adequado às crises circunstanciais, ou conjunturais, como prefere Duverger<sup>269</sup>. Existem crises persistentes que demandam reformas profundas (sociais, políticas, econômicas etc.), para as quais o recurso temporário aos poderes emergenciais serve apenas como uma providência paliativa, embora mesmo aí possa ser importante em algum momento. Nessas situações, é imperativo pensar em soluções de *longo prazo*, que evitem o uso contínuo e in-

---

227: “Segundo Jellinek, a necessidade é fonte do direito. Em sua opinião, os fundamentos do Estado suscitam a necessidade, não apenas nos tempos de crise, mas no curso da vida normal. A necessidade pode modificar a organização estatal contra a letra da constituição, sendo, para Jellinek, a necessidade política um dos principais fatores de mutação e transformação constitucional”. Semelhante é o raciocínio do francês Paul LEROY, que reconhece uma associação entre crises e mutação constitucional: “*La crise suscite, en dehors souvent de toute réforme du droit écrit, le bouleversement de l’organisation constitutionnelle. Cet amendement n’est pas propre au droit constitutionnel. Dans les autres branches du droit les mêmes violations spontanées de la réglementation se produisent, mais de plus, afin d’éviter le désordre, de très nombreuses normes juridiques inadaptées au temps de crise sont remplacées. Dans tous les domaines, la crise entraîne ainsi de profondes modifications. (...) Ces modifications de la réglementation juridique, justifiées par la nécessité, ne peuvent être condamnées. Mais les nouvelles règles de droit ainsi édictées n’ont pas toujours leur application cantonnée au seul temps de crise. Certes beaucoup d’entre elles disparaissent lorsque le péril est conjuré, mais tout l’apport de la crise, loin de là, n’est pas condamné par le retour à la normale. De nombreux amendements effectués en temps de crise se transforment en réformes définitives. (...) La perpétuation du régime d’exception est parfois sans justification sérieuse. Souvent, cependant, elle correspond à un besoin. La crise permet alors de réaliser une réforme qui n’avait pu déboucher auparavant, et dont la valeur assure le maintien.*” (1966, cit., p. 271).

<sup>268</sup> Carlo BALDI, *ob. cit.*, p. 414

<sup>269</sup> *Apud* Manoel G. FERREIRA FILHO, *ob. cit.* (2004), p. 134.

definido de medidas típicas de exceção, banalizando-as e assumindo o risco real de que se tornem a regra<sup>270</sup>.

Por fim, há que se registrar a existência daquelas crises que abalam *toda* a estrutura do Estado, mudando-a completamente ou substituindo-a por outra (*v.g.* a Revolução Francesa, a Revolução Russa etc.). Para essas, não há solução jurídica possível. É como nos diz a bela passagem de Georges Burdeau, lembrada por Inocêncio Coelho: “as salvaguardas constitucionais, à semelhança dos sismógrafos, só funcionam nos abalos sísmicos de menor expressão. Os grandes terremotos, infelizmente, estes fazem desaparecer também os sofisticados aparelhos que deveriam medir-lhes a intensidade”<sup>271</sup>.

## 6.2 Um Estado de Sítio Econômico?

Ao longo deste ensaio, deixamos clara nossa preferência pela previsão, na Constituição, de um sistema de controle de crises (que chamamos de exceção constitucional) de característica rígida. Este foi o caminho escolhido pelas Constituições do Brasil (artigos 136 a 141) e de Portugal (artigo 19º). A Constituição portuguesa faz uma diferenciação, de acordo com a gravidade da ameaça, entre estado de emergência (menos grave) e estado de sítio (mais grave). A Constituição brasileira faz a mesma distinção, mas usando as denominações estado de defesa e estado de sítio. Nenhuma das duas, porém, traz disposições expressas a respeito do enfrentamento de crises econômicas.

Em sua origem, os regimes de exceção constitucional foram mesmo delineados para permitir a suspensão apenas dos direitos de liberdade, relacionados diretamente com a preservação da ordem contra perturbações de origem político-militar. Porém, em uma crise econômica, os direitos fundamentais mais ameaçados são os econômicos, sociais e culturais, que consubstanciam o núcleo dos direitos prestacio-

---

<sup>270</sup> É nesse contexto que inserimos a proposta da professora Suzana Tavares da SILVA, na abordagem que faz a respeito do terrorismo (*ob. cit.*, pp. 91-100).

<sup>271</sup> Inocêncio M. COELHO, *ob. cit.*, p. 1394.

nais. Seria possível cogitar a sua suspensão, ainda que ausente a previsão constitucional expressa?

Quem melhor estudou o tema foi Jorge Bacelar Gouveia, em sua tese de doutoramento apresentada na Universidade Nova de Lisboa<sup>272</sup>. Para ele, o argumento formal logo conduziria a uma resposta negativa, pois não seria possível preencher uma lacuna presente em um conjunto de dispositivos que já são formulados em caráter de excepcionalidade. Diz o professor que o legislador constitucional português (argumento que poderia ser estendido ao caso brasileiro) fez constarem apenas pressupostos de natureza política, militar e naturalística, e não motivos ligados a perturbações econômicas e sociais que pudessem causar abalo na ordem constitucional. Por via de consequência, duas ilações seriam possíveis: (i) concluir pura e simplesmente pela proibição da suspensão; e (ii) admitir a possibilidade da suspensão fora dos limites apertados do artigo 19º (no Brasil, dos artigos 136 a 141). Na visão de Bacelar Gouveia, a primeira solução é absurda, pois seria violentada na primeira oportunidade pela realidade constitucional. Afinal, “ao Direito Constitucional não cabe apenas um papel dirigente da *práxis* político-social, mas também uma missão de resposta realista aos problemas que se lhe coloquem, carecendo de um devido enquadramento normativo-constitucional”<sup>273</sup>.

Ele propõe, então, que se tome em consideração a singularidade da eficácia dos direitos fundamentais sociais. Estes – diz – ao serem positivados como normas programáticas, condicionam de maneira diferente o legislador infraconstitucional, ficando na dependência do contexto sócio-econômico do Estado. Para o professor, não se chega a por em causa o princípio do não retrocesso legislativo, defendido por parte da doutrina (cf., a propósito, o capítulo segundo, item 2.3.4), porquanto a suspensão se dá apenas enquanto não houver possibilidade fática de concretização desses direitos. A posição de Gouveia é bem explicada no seguinte trecho:

---

<sup>272</sup> Jorge Bacelar GOUVEIA, *O Estado de Exceção no Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1998, pp. 723-733.

<sup>273</sup> Jorge Bacelar GOUVEIA, *ob. cit.*, p. 727.

“Sendo um desses corolários a dependência dos direitos sociais da realidade constitucional (ou da reserva econômica do possível), é natural que a sua eficácia sofra as influências dessa mesma realidade constitucional, nela sem dúvida pontificando as decorrentes da saúde financeira das entidades públicas que estão vinculadas ao cumprimento de tais direitos. Essa sua eficácia não é, deste modo, estática, mas profundamente dinâmica, sendo maior ou menor consoante os circunstancialismos econômico-sociais que se afigurem relevantes. É indubitável que a existência e uma grave crise econômico-financeira faz atenuar – quando não menos desaparecer por momentos – a força de tais direitos sociais, uma vez que não é possível fazê-los de outro modo”<sup>274</sup>.

O mesmo entendimento é perfilhado por Jorge Miranda:

“Situações de extrema escassez de recursos ou de exceção constitucional (estado de sítio ou de emergência) podem provocar a suspensão destas ou daquelas normas, mas elas não de retomar a sua efetividade, a curto ou a médio prazo, logo que restabelecida a normalidade da vida coletiva – o que não se justifica, em caso algum, é uma leitura *a contrario* do art. 19º da Constituição quer no sentido da impossibilidade de suspensão dos direitos econômicos, sociais e culturais, quer no sentido de uma eventual suspensão não ter de observar quaisquer regras ou limites, designadamente o respeito da reserva de competência legislativa parlamentar”<sup>275</sup>.

A solução dos autores é engenhosa, e provavelmente uma das poucas *de lege lata*. Na verdade, não diverge ela da ideia de Estado Social como “administrador do progresso social”<sup>276</sup>.

No Brasil argumentação semelhante foi utilizada, em 2007, pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, no julgamento da Suspensão de Segurança nº 3.154-6/RS. A medida foi ajuizada pelo Estado do Rio Grande do Sul contra decisão liminar do tribunal gaúcho que, em sede de mandado de segurança, suspendeu a determinação do governo estadual de limitar o pagamento de servidores até R\$ 2.500,00 no mês a vencer, fixado calendário, no mês seguinte, para o

---

<sup>274</sup> Jorge Bacelar GOUVEIA, *ob. cit.*, p. 728.

<sup>275</sup> Jorge MIRANDA, *ob. cit.* (2008), p. 443.

<sup>276</sup> Suzana Tavares da SILVA, *ob. cit.*, p. 58.

pagamento do restante da remuneração. O tribunal *a quo* havia fundamentado a sua decisão em disposição expressa do artigo 35 da Constituição Estadual, que fixa prazo para o pagamento. O Ministro Gilmar Mendes reconheceu a constitucionalidade do referido artigo 35, mas observou que, embora plenamente válido, seria preciso interpretá-lo de acordo com a realidade fática, uma vez que “é notório que a administração pública estadual não dispunha, naquele momento, de recursos financeiros suficientes para o cumprimento de todas as suas obrigações”. Para ele, a excepcionalidade da situação justificaria o descumprimento da norma. Com apoio no de pensamento jurídico do possível, o Ministro sustentou, então, que “a eficácia da norma constitucional do artigo 35 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul (...) depende de um estado de normalidade das finanças públicas estaduais<sup>277</sup>.”

Na linha do que já foi desenvolvido neste trabalho (especialmente no capítulo segundo, item 2.3.3) as propostas citadas (Gouveia e Miranda) tem em comum a avaliação pragmática<sup>278</sup>. Fora dos limites estreitos do art. 19º da Constituição Portuguesa, os autores buscam respostas realistas e flexíveis ao problema posto (enfrentamento de graves crises econômicas), mas ainda pautadas pela racionalidade jurídica – sensível, mas não subserviente às circunstâncias fáticas. Parece-nos que a alternativa a este pragmatismo é o abandono do Direito como critério de ordenação e controle do comportamento do Estado diante das anormalidades econômicas. Aí sim, prevaleceria o fatalismo econômico, com o reconhecimento definitivo de que os cânones construídos pelo constitucionalismo não prestam para o mundo deste início de século.

Sem embargo do que foi dito, reputamos conveniente considerar a sugestão feita pelo professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho de positivação de regras consti-

---

<sup>277</sup> Trata-se de uma linha de raciocínio que nos faz lembrar a ideia de estado de necessidade como fonte do direito, tal como exposto por Santi Romano e Jellinek).

<sup>278</sup> Conforme esclarece Richard POSNER: “as consequências importantes para o pragmatistas são tanto as de longo quanto as de curto prazo; são tanto as sistêmicas quanto as individuais; a importância tanto da estabilidade e da previsibilidade quanto da justiça às partes individuais; a importância tanto de preservar a linguagem como um método confiável de comunicação quanto de interpretar as leis e as cláusulas constitucionais com flexibilidade para fazer com que respondam inteligentemente a circunstâncias não vislumbradas por seus idealizadores” (*Para Além do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2009).

tucionais específicas para os casos de emergência econômica, o que sugestivamente chama de “estado de sítio econômico”<sup>279</sup>. É bom que se diga que não se trata de providência inédita no direito comparado. Só na América Latina, por exemplo, países como Argentina, Costa Rica, Nicarágua, Uruguai e Colômbia optaram por regulamentar as crises econômicas financeiras<sup>280</sup>.

Tal providência oferece algumas vantagens, por exemplo: (i) se não evita, ao menos diminui a possibilidade de que as medidas de saneamento e recuperação sejam declaradas inconstitucionais pelos tribunais (lembremo-nos do exemplo do *New Deal*, e também do acontecido no Brasil durante a década de 1990<sup>281</sup>), haja vista estarem elas fundadas em expresse permissivo da Constituição; (ii) a rigidez ajuda a evitar o arbítrio, ao invés de aumentá-lo, sendo mais compatível com os sistemas constitucionais do Brasil e de Portugal. É melhor que medidas drásticas, como as que soem ser tomadas em tempos de crise, sigam padrões e parâmetros estabelecidos (ainda que mínimos ou mais largos) na Constituição; (iii) possibilita a criação de uma “válvula de escape” constitucional, aumentando a adaptabilidade do texto da Lei Fundamental às diferentes circunstâncias. De tal modo evita-se, inclusive, que, em virtude da exaltação dos ânimos em uma crise aguda, sejam definitivamente suprimidos direitos que, de outro modo, poderiam apenas ser suspensos. Não há, portanto, o inconveniente de ter que se discutir eventual aplicação do princípio do retrocesso social.

A Constituição poderia, então, prever um estado de sítio econômico mediante a observância de determinadas regras procedimentais, que possibilitem a participação

---

<sup>279</sup> Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, «A Disciplina Constitucional das Crises Econômico-Financeiras», *Revista de Informação Legislativa*, nº 108, out.-dez./1990, pp. 33-48.

<sup>280</sup> Cf. O estudo produzido pelo Centro de Documentação, Informação e análise da Câmara de Deputados do México intitulado “*Leyes de Emergencia Económica em México y América Latina*”, disponível na internet.

<sup>281</sup> No Brasil, até 1994 (Plano Real), diversos outros planos econômicos tentaram conter a crise econômica e estabilizar a inflação. Todos eles foram intensamente questionados em todas as esferas do Poder Judiciário. Em alguns casos, a inconstitucionalidade foi chancelada pelo Supremo Tribunal Federal. Em outros casos, depois de alguns anos as medidas adotadas pelo Governo foram consideradas *constitucionais* pela Suprema Corte. Ocorre que dezenas de milhares de ações já tinham transitado em julgado com decisões em sentido contrário. Milhares de ações rescisórias foram, então, ajuizadas. Nos casos de prazo esgotado, milhares de ações anulatórias foram propostas. Tudo somado, houve um congestionamento no Judiciário cujos efeitos se sentem ainda hoje.

obrigatória do Poder Legislativo (com maioria qualificada). Durante a vigência da exceção, seriam editados decretos ou medidas provisórias com força de lei, com validade temporária para o período da crise, a não ser que convertidas em lei definitiva pelo Parlamento. Medidas extraordinárias nos planos tributário, administrativo e de crédito público poderiam ser adotadas. Seria possível limitar o direito de greve e o direito de propriedade, estabelecer requisições de bens, reduzir juros, aluguéis, salários etc<sup>282</sup>.

Esse é, por óbvio, um rol exemplificativo, que indica algumas das (duras, porém necessárias) medidas habitualmente tomadas por países em crise econômica. Outras poderiam ser pensadas. O que importa é, substancialmente, evitar que apenas um órgão, ou um Poder, tenha autoridade para decretar a emergência, bem como estabelecer a temporariedade da exceção, ressaltando que ela não importará em qualquer tipo de irresponsabilidade do executor da medida.

Por fim, saliente-se, uma vez mais, que tais expedientes, se úteis na busca de soluções de curto ou médio prazo, bem como no controle de crises agudas, não se prestam a debelar a chamada crise do “Estado Social” – que só pode ser resolvida a partir de uma nova compreensão da socialidade, que envolva, sobretudo, a adoção de práticas sustentáveis.

---

<sup>282</sup> São essas algumas das medidas propostas por Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, com adaptações (*ob. cit.*, 2004, pp. 157-159).

## CONCLUSÕES

Já se disse que tese não se termina, se entrega. Para um trabalho que tem por objeto o estudo de algo tão dinâmico quanto “crises”, essa frase não poderia ser mais verdadeira. As crises, de fato, agravam as incertezas. Por outro lado, também estimulam novas soluções. De todo modo, ressaltando a necessidade de reflexão contínua que o tema impõe, as conclusões expostas nos três capítulos que compõem o eixo fundamental desta tese podem ser assim resumidas:

I - Ao longo do século XX, o desenvolvimento do constitucionalismo foi marcado por uma série de ideias-força que consagraram a normatividade e a vinculatividade dos preceitos inscritos na Constituição, bem como a necessidade de conferir efetividade aos direitos fundamentais. Todavia, atualmente se põe em causa o “triumfo” dos postulados do Estado Constitucional por uma série de fatores internos e externos, sendo apropriado falar-se em uma “crise” do constitucionalismo. De nossa parte, não cogitamos o abandono puro e simples do modelo construído. Entretanto, para sobreviver e continuar atuante, o discurso constitucional precisa, como observa João Carlos Loureiro, “tomar a sério a articulação entre texto e contexto, recusar leitura de costas voltadas para a realidade”<sup>283</sup>

II - Embora o Direito não deva abandonar a sua pretensão regulatória em função de um fatalismo ditado pela Economia, é necessário conjugar a racionalidade jurídica com a racionalidade econômica. A análise dos direitos fundamentais a partir da perspectiva dos seus custos é um caminho. Outro caminho é a incorporação de elementos pragmáticos ao discurso jurídico, que levem em conta a avaliação das consequências na interpretação do Direito, sem perder a referência aos princípios e direitos fundamentais consagrados na Constituição. Tais princípios e direitos,

---

<sup>283</sup> João Carlos LOUREIRO, *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, 61.

contudo, não poderão ser concretizados em um Estado falido, daí a necessidade de mudança do paradigma da socialidade para a implementação de um modelo de desenvolvimento realmente sustentável.

**III** - Apesar de soar paradoxal, o Estado Constitucional admite a hipótese da “exceção constitucional”, assim designada a normatividade destinada à gestão de crises. Sempre haverá o risco da exceção transformar-se em regra, mas, ainda assim, a flexibilização em situações de emergência constitui um meio indispensável de adaptabilidade constitucional a situações extremas. Dentre essas situações, as graves crises econômicas, durante as quais pode impor-se, inclusive, a necessidade de suspensão de prestações sociais.

*“Somente podemos falar de direitos, de forma realista, onde eles possam ser assegurados pela ação do homem. Os agricultores podem fazer valer direitos legais ou não à irrigação, mas nenhum deles é tolo o suficiente para garantir o direito à chuva”. (Eric Hobsbawm)*

## BIBLIOGRAFIA

1. ACKERMAN, Bruce. *The Emergency Constitution*. In: Yale Law Journal, nº 113, 3004, pp. 1029-1091.
2. \_\_\_\_\_. *We The People: Foundations*. Harvard University Press, 1993.
3. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Trad.: POLETI, Iraci D. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.
4. \_\_\_\_\_. *Homo Sacer: O Poder Soberano e a Vida Nua*. Trad.: BURIGO, Henrique. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.
5. AGRA, Walter de Moura. *Neoconstitucionalismo e Superação do Positivismo*. In: DIMOULIS, Dimitri e DUARTE, Écio Oto (org.). Teoria do Direito Neoconstitucional. São Paulo: Editora Método, 2008.
6. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad.: SILVA, Virgílio Afonso da. São Paulo: Malheiros, 2008.
7. AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez, Escolha. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e decisões trágicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
8. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4ª Ed. Coimbra: Almedina, 2009.
9. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Interpretação consequencialista e análise econômica do Direito Público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade*. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
10. ARGUELHES, Diego Werneck e LEAL, Fernando. *Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: caracterização, estratégia e implicações*. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

11. BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
12. \_\_\_\_\_. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.
13. BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
14. BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1998.
15. BENJAMIN, Walter. *O Anjo da História*. Trad.: BARRENTO, João. Lisboa: Assírio e Alvim, 2010.
16. BERCOVIC, Gilberto. *Soberania e Constituição: para uma Crítica do Constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
17. \_\_\_\_\_. *O Estado de Exceção Econômico e a Periferia do Capitalismo*. In: Revista Pensar, Fortaleza, v. 11, fev./2006.
18. \_\_\_\_\_. *Constituição e Estado de Exceção Permanente: atualidade de Weimer*. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.
19. \_\_\_\_\_. *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limoad, 2003.
20. \_\_\_\_\_. *Entre o Estado Total e o Estado Social: atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimer (tese de livre-docência)*. São Paulo: USP, 2003.
21. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade*. In: Revista Sequência, ° 57, dez/2008.
22. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). *Dicionário de Política*. 11ª ed. Brasília: Editora UnB, 1998.
23. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
24. \_\_\_\_\_. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

25. BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
26. CAMUS, Genèvieve. *L'État de Nécessite em Démocratie*. Paris: Lib. Générale, 1965.
27. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
28. \_\_\_\_\_. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
29. \_\_\_\_\_. *"Brançosos" e Interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.
30. \_\_\_\_\_. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
31. \_\_\_\_\_; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
32. CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Trad.: GONÇALVES, Aroldo Plínio. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1992.
33. CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.
34. CAVALHO NETO, Menelick de. *Reflexões sobre a relação entre Constituição, Povo e Estado a partir da discussão de uma Constituição Europeia*. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, nº 2, Porto Alegre, IHJ, 2004.
35. CHEVALLIER, Jacques. *O Estado de Direito*. Trad.: DAL POZZO, Augusto Neves. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.
36. CLÈVE, Clemerson. *Direito Constitucional, Novos Paradigmas, Constituição Global e Processos de Integração*. In: Revista Crítica Jurídica, nº 25, jul./dez. 2006.
37. COELHO, Fábio Ulhôa. *A Análise Econômica do Direito*. In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-SP. São Paulo, v. 2, Max Limoad, 1995.

38. COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
39. CORREIA, António Damasceno. *Estado de Sítio e de Emergência em Democracia*. Lisboa: Vega, 1989.
40. CORRÊA, Oscar Dias. *A Defesa do Estado de Direito e a Emergência Constitucional*. Rio de Janeiro: Presença, 1980.
41. DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
42. DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Editora Método, 2006.
43. DUPAS, Gilberto. *Atores e Poderes na Nova Ordem Global: assimetrias, instabilidades e imperativos de legitimação*. São Paulo: Editora UNESP, 2005.
44. DYMETMAN, Annie. *Benjamin e Schmitt: uma Arqueologia da Exceção* In: Lua Nova, nº 53, 2001.
45. FARIA, José Eduardo. *Direito e Economia na Democratização Brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993.
46. \_\_\_\_\_. *O Estado e o Direito depois da Crise*. São Paulo: Saraiva, 2011.
47. \_\_\_\_\_ (org.). *Direito e Globalização Econômica. Implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 2010.
48. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 3ª ed. São Paulo; Saraiva, 2004.
49. \_\_\_\_\_. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2006.
50. \_\_\_\_\_. *O Estado de Sítio na Constituição brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de defesa da ordem constitucional (tese de livre-docência)*. Universidade de São Paulo, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1964.
51. \_\_\_\_\_. *A Disciplina Constitucional das Crises Econômico-Financeiras*. In: Revista de Informação Legislativa, nº 108, out.-dez./1990.

52. FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Sistema Constitucional das Crises: restrições a direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Método, 2009.
53. FONTE, Felipe de Melo. *Políticas Públicas e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2013.
54. FORGIONI, Paula A. *A análise econômica do direito: paranoia ou mistificação?* In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, v. 44, n° 139, jul/set 2005.
55. FRIEDRICH, Carl J. *Gobierno Constitucional y Democracia*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1995.
56. GABARDO, Emerson. *Eficiência e Legitimidade do Estado*. Barueri: Manole, 2003.
57. GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
58. GODOY, Paula Véspoli. *Hans Kelsen e Carl Schmitt: o debate entre normativismo e decisionismo* (dissertação de mestrado). São Paulo: PUC-SP, 2010.
59. GOMES, Luis Flávio e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito Supraconstitucional. Do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
60. GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. *Direitos Fundamentais Sociais. Releitura de uma Constituição Dirigente*. Curitiba: Juruá, 2006.
61. GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O Estado de Exceção no Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1998.
62. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
63. HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad.: MENDES, Gilmar Ferreira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
64. HOBBSAWM, Eric. *A Era dos Extremos*. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

65. JEFFERSON, Thomas. *Escritos Políticos*. Trad.: CARVALHO, Leônidas Gontijo de. São Paulo: IBRASA, 1964.
66. JUSTEN Filho, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras*. São Paulo: Dialética, 2012.
67. KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo*. São Paulo: Almedina, 2011.
68. KELBERT, Fabiana O. *Reserva do Possível e Efetividade dos Direitos Sociais no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
69. Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. MACHADO, João Baptista. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
70. LASSALE, Ferdinand; *A Essência da Constituição*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010
71. LEROY, Paul. *L'organisation Constitutionnelle et les Crises*. Paris: LGDJ, 1966.
72. LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2013.
73. LISOWSKI, Telma Rocha. *A Legitimidade do Poder Estatal na Normalidade e na Exceção: Breve Estudo sobre Carl Schmitt (monografia)*. Porto Alegre: UFRGS, 2010.
74. LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos "direitos adquiridos"*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
75. MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2011.
76. MACHADO, Jónatas E. M. *Direito Internacional. Do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 3ªed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
77. MAQUIAVEL, Nicolau (Niccolò Machiavelli). *Comentários sobre a Primeira Década de Tito Lívio*. Trad.: BATH, Sérgio. 3ª ed. Brasília: Editora UnB, 1994.
78. MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2010.

79. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
80. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
81. \_\_\_\_\_. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
82. \_\_\_\_\_. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VII. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
83. \_\_\_\_\_. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
84. MORAES, José Luis Bolzan de. *O Estado e seus Limites. Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade*. In: OLIVEIRA NETO, F. J. R et al (org.). Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição. São Paulo: Coimbra Editora e Editora Revista dos Tribunais, 2008.
85. MONTESQUIEU. Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. Trad.: MURACHCO, Cristina. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
86. MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008.
87. MOREIRA, Vital. *A Ordem Jurídica do Capitalismo*. 3ª ed. Coimbra: Centelho, 1978.
88. MORIN, Edgar e VIVERET, Patrick. *Como viver em tempos de crise?*, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.
89. NABAIS, José Casalta. *Por uma Liberdade com Responsabilidade – Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
90. \_\_\_\_\_ e SILVA, Suzana Tavares da (org.). *Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise*. Coimbra: Almedina, 2011.
91. NEGRETTO, Gabriel. *El Constitucionalismo Puesto a Prueba: Decretos Legislativos y Emergencia Económica em América Latina*. In: Isonomia: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, nº 14, abril/2001, pp. 79-106.

92. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
93. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
94. NUNES, André. *Economia e Ideologia*. Curitiba: Editora CRV, 2012.
95. NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia. Introdução ao Direito Econômico*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
96. OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível*. Dissertação (mestrado em Direito), Curitiba, UFPR, 2006.
97. PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional. Um contributo pra o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra editora, 1989.
98. PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito e Economia num Mundo Globalizado: Cooperação ou Confronto?* Disponível na internet, no seguinte endereço eletrônico: [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=4194](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4194) [capturado em 10/05/2011].
99. POSNER, Richard A. *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.
100. \_\_\_\_\_. *Para Além do Direito*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009.
101. PUGLIESI, Márcio e LIMA, Norberto de Paula. 7ª ed. São Paulo: Hemus Editora, 2003.
102. QUEIROZ, Cristina. *O Princípio da Não Reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais. Princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
103. \_\_\_\_\_. *Direito Constitucional. As Instituições do Estado Democrático e Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
104. \_\_\_\_\_. *Direitos Fundamentais. Teoria Geral*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.

105. RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad.: MONCADA, L. Cabral de. Coimbra: Aménio Amado Editor, 1997.
106. RAMOS, Marília Patta e SCHABBACH, Leticia Maria. *O estado da arte na avaliação de políticas públicas*. In: Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro, nº 46, set/out 2012.
107. RESENDE, André Lara. *Os Limites do Possível. A economia além da conjuntura*. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2013.
108. ROBLES, Gregório. *Os Direitos Fundamentais e a Ética na Sociedade Atual*. São Paulo: Manole, 2005.
109. RODRIGUES, Vasco. *Análise Económica do Direito. Uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2007.
110. ROSSITER, Clinton L.. *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies*. Princeton: Princeton University Press, 1948.
111. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social e Discurso sobre a Economia Política*. Trad.: PUGLIESI, Márcio e LIMA, Norberto de Paula. 7ª ed. São Paulo: Hemus Editora, 2003.
112. SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
113. SANTOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
114. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
115. \_\_\_\_\_. e TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
116. SCHEUERMAN, Willian E. *The Economic State of Emergency*. In: Cardozo Law Review, vol. 21, 1999/2000, pp. 1869-1894.
117. SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Trad.: ANTONIUK, Elisete. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

118. \_\_\_\_\_. *La Dictatura*. Trad.: GARCÍA, José Diaz. Madrid: Revista de Occidente, 1968.
119. \_\_\_\_\_. *O Conceito do Político*. Trad.: CARVALHO, Geraldo de. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
120. \_\_\_\_\_. *O Guardião da Constituição*. Trad.: CARVALHO, Geraldo de. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
121. SGABOSSA, Luis Fernando. *Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2010.
122. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
123. SILVA, Suzana Calvo Loureiro Tavares da. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. Sumários desenvolvidos de Direito Constitucional I (mestrado). Coimbra: FDUC, 2011.
124. \_\_\_\_\_. *Sustentabilidade e Solidariedade em Estado de Emergência Econômico-Financeira*. In: FERREIRA, Jussara A. B. N. e RIBEIRO, Maria de Fátima [org.] Estado e Crise Econômica: Questões Relevantes. São Paulo: Arte e Ciência, 2011, pp. 208-229.
125. SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da Soberania como Problema da Norma Jurídica e da Decisão*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1997.
126. SOUZA NETO e Daniel SARMENTO. *Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.
127. SUNSTEIN, Cass e HOLMES, Stephen. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
128. SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa*. Trad.: BASTOS, Aurélio Wander. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.
129. TAVARES, Marcelo Leonardo. *Estado de Emergência. O controle do poder em situação de crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

130. TRINDADE, José Damiano de Lima. *Anotações sobre a História Social dos Direitos Humanos*. In: Direito Humanos: Construção da Liberdade e da Igualdade. São Paulo: Centro de Estudos da PGE-SP, 2000.
131. VALADÉS, Diego (org.). *Conversas Acadêmicas com Peter Haberle*. São Paulo: Saraiva, 2010.
132. \_\_\_\_\_. *La ditadura constitucional em América Latina*. Cidade do México: UNAM, 1974.
133. ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
134. ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Rachel (org.). *Direito & Economia. Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.