

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO

Esther Kùlkamp Eyng Prete

EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E SUA DIMENSÃO ECONÔMICA:
Relação entre Lei, Inclusão e Prosperidade

BELO HORIZONTE
2016

Esther Kulkamp Eyng Prete

EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E SUA DIMENSÃO ECONÔMICA:
Relação entre Lei, Inclusão e Prosperidade

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito e Justiça.

Orientador: Fabiana de Menezes Soares.

BELO HORIZONTE

2016

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

P942e Prete, Esther Kulkamp Eying
Efetividade dos direitos sociais e sua dimensão econômica:
relação entre lei, inclusão e prosperidade / Esther Kulkamp Eying
Prete. - 2016.

Orientadora: Fabiana de Menezes Soares
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.

1. Direito – Teses 2. Direitos e garantias individuais 3. Direitos
sociais 4. Desenvolvimento econômico I. Título

CDU₍₁₉₇₆₎ 342.7

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Juliana Moreira Pinto CRB

Nome: PRETE, Esther Külkamp Eyng.

Título: Efetividade dos Direitos Sociais e sua Dimensão Econômica: Relação entre Lei, Inclusão e Prosperidade

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: direito e justiça.

Avaliação: _____ em 28 de julho de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Prof.º Dr.º Antônio Gomes de Vasconcelos
Universidade Federal de Minas Gerais

Prof.º. Dr.º. Giovani Clark
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e Universidade Federal de Minas Gerais

Prof.º Dr.º Leandro Novais e Silva
Universidade Federal de Minas Gerais

Prof.º Dr.º Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves
(Suplente)
Universidade Federal de Minas Gerais

Prof.ª Dr.ª Fabiana de Menezes Soares.
Professora Orientadora
Universidade Federal de Minas Gerais

RESUMO

O fenômeno econômico constitui tanto o *fundamento* a partir do qual são criados e distribuídos os *bens* para a satisfação de todas as necessidades materiais humanas, quanto o *meio* onde os indivíduos criam sua renda para a obtenção daqueles bens. Por conseguinte, perpassa quase todas as esferas da realidade social, influenciando-as na mesma medida. O fenômeno econômico social é constituído por teias de relações sociais que, em maior ou menor medida, envolvem praticamente todos os indivíduos de uma sociedade. Logo, seu nível de eficiência determinará o bem-estar e a prosperidade de uma sociedade, constituindo *meio* para a satisfação dos direitos sociais em diversos níveis, tais como: i) pela satisfação direta das necessidades materiais humanas, mediante a produção e distribuição de alimentos, vestuário, habitação, entre outros; ii) pela participação econômica dos próprios indivíduos, satisfazendo, assim, o direito social “trabalho”. Esse, por sua vez, oportuniza uma fonte de renda a ser utilizada na mesma economia para satisfação das próprias necessidades. iii) Fornecimento dos recursos, via tributos, que sustentarão os bens e serviços intermediados pela ação estatal. iv) O nível de eficiência da economia influenciará o valor dos bens e serviços, os quais influenciam, por sua vez, o impacto social dos programas estatais redistributivos. Posto tudo isso, temos que a satisfação dos direitos sociais e economia encontram-se profundamente imbricados, mais que isso: a economia constitui a base fenomenológica substantiva da satisfação das necessidades materiais humanas, a qual é captada pela arquitetura dos pelos direitos sociais. A economia poderia ainda parecer alheia ao Direito, todavia, teorias econômicas como a Nova Economia Institucional e as pesquisas no campo da Historiografia Econômica revelam a profunda influência que o conjunto normativo exerce sobre a economia de uma sociedade. Atualmente, a expansão desordenada do Ordenamento tem revelado efeitos negativos sobre a economia, efeitos que afetam diretamente a satisfação de direitos sociais, por conta de seu efeito reflexo sobre as relações econômicas dos indivíduos. Entre eles, constata-se o desigual impacto econômico negativo que um conjunto normativo burocratizante exerce sobre as populações de baixa renda e sobre as pequenas unidades produtivas. Desta forma, um Ordenamento de baixa qualidade torna-se uma barreira artificial a manter populações excluídas de participarem do mercado, reproduzindo artificialmente o estado de pobreza. Paradoxalmente, a expansão desordenada do conjunto normativo é derivada do paradigma do Estado Social, fenômeno característico do sec. XX, de forma que a desordenação crônica têm minado seus próprios fins. Por tal motivo, essa situação provocou o surgimento de novas teorias legais e metodologias de análise da lei com vistas à reordenação do sistema legislativo e à recuperação de sua eficiência, nominadamente, a Legística e a Legisprudência. A reordenação do sistema normativo, por conseguinte, impõe-se como tarefa necessária para efetiva concretização dos direitos fundamentais sociais, para permitir o necessário desenvolvimento econômico-social e para a retirada dos obstáculo legais que impedem grandes parcelas da população de utilizarem das possibilidades oferecidas pelo mercado, de forma a terem seus direitos de propriedade efetivamente protegidos tanto quanto o restante da população, sanando toda desigualdade econômica criada pela norma.

Palavras-chave: economia – lei – nova economia institucional – direitos sociais – legística – prosperidade – pobreza – liberdade – explosão legislativa – legitimidade.

ABSTRACT

The economic phenomenon constitutes the basis upon which goods and means of obtaining income are created for the satisfaction of all human material needs, pervading almost all spheres of social reality and influencing them to the same extent. The economic phenomenon consists of social relation webs involving almost all individuals of a society. Therefore, its level of efficiency will determine the welfare and prosperity of any such society and in this sense is instrumental for the satisfaction of social rights at various levels, for example by i) direct satisfaction of human material needs, such as the production and distribution of food, clothing, housing, among others; ii) by allowing individuals themselves to obtain income and to exchange it for material goods of their choice, therefore serving to implement the social right of "work"; and also indirectly iii) by providing the resources that sustain the goods and services intermediated by the action of the State, iv) by moderating the value of goods and services, in a way to influence the social effect of redistributive State programs. That said, social rights and economics find themselves deeply intertwined, or even more than that, the economy is the substantive phenomenological basis of satisfaction of social rights that coincides with human material needs. This finding might seem alien to Law, however, latest research both in the field of economic theory - in particular the New Institutional Economics - as in economic historiography reveals the profound influence that the legislative body exercises on the economy of a society. Among the effects, one sees an uneven negative economic impact on low-income populations, as well as on small production units. The uncontrolled expansion of norms is an artificial barrier which keeps populations excluded from the market and trapped in an artificial state of poverty. The disorderly expansion of the set of rules is a characteristic phenomenon of the twentieth century, as derived from the paradigm of the Welfare State. However, such disorderly expansion has itself undermined the very purpose of the Welfare State. For this reason, such problem led to the emergence of new legal theory and analysis methodologies of Law with a view to the reorganization of the legal system and the recovery of its efficiency, that is, Legistics and Legisprudence. The reordering of the legal system, therefore, is required as necessary task for the effective implementation of fundamental human rights, in particular the social rights, given i) the necessary economic and social development to effect the satisfaction of material needs of all, and given ii) the removal of legal obstacles that prevent large portions of the population to take advantage of the possibilities offered by the market and to have their property rights effectively protected as much as the rest of the population, in order to solve all economic inequality created by the norms.

Key-words: Economy – Law – New Institutional Economy – social rights – Legistics – prosperity – poverty – autonomy – legislative inflation - legitimacy

Dedico esse trabalho aos meus concidadãos que todos os dias, para sobreviverem e criarem suas famílias, enfrentam os obstáculos criados pelo mesmo Estado que lhes deveria proteger e promover seu trabalho.

AGRADECIMENTOS

Acima de tudo e todos, agradeço a Deus pelo dom da racionalidade, o qual nos permite o exercício dessa capacidade humana única de colocar em análise as próprias premissas até então fundantes, e, assim, expandir a compreensão da realidade na qual nos inserimos.

Nenhum trabalho humano intelectual surge do vazio. É fruto, primeiramente, do trabalho daqueles que vieram antes de nós. Somos meramente “anões nos ombros de gigantes” (Bernardo de Chartres), daqueles que em muito nos precederam. Sou grata a cada pesquisador cuja obra serviu para a presente pesquisa.

Agradeço aos meus pais, José Luiz Eyng e Eliane Inês Kulkamp Eyng, por terem sido os primeiros e maiores incentivadores ao estudo e à busca da verdade e da integridade interior. Agradeço também o enorme incentivo de meus irmãos, Rafaela e Gabriel, cujo amor me incentiva a buscar ser uma pessoa melhor.

Agradeço pela camaradagem e auxílio também de meus colegas do grupo de Legística. Foi enriquecedor ter tido a oportunidade dessa convivência com pessoas de ideias tão diferentes, mas ao mesmo tempo abertas ao debate. O auxílio mútuo também foi importante para poder ter chegado até aqui.

Agradeço muito às observações e comentários recebidos em minha banca de qualificação pelos Professores avaliadores. Em especial, agradeço às observações e indicação de obra por parte do Prof. Leandro Novais. A partir da mesma, pude descobrir a existência de um novo campo do conhecimento e Teoria da História desenvolvida após os trabalhos de Douglas North.

Todavia, nessa caminhada duas pessoas foram excepcionalmente fundamentais, e sem elas eu não teria conseguido chegar ao final desse percurso: Professora Fabiana Menezes de Soares, minha orientadora, e meu marido, Thomás Gomes Pereira Prete.

Agradeço imensamente a meu marido por ter sido um verdadeiro suporte durante esse período. Foi o primeiro a me incentivar a ingressar no curso de Pós-graduação da UFMG e foi quem mais diretamente me deu todo o suporte durante esse tempo, além da enorme devoção e entusiasmo em acompanhar cada etapa cumprida, cada nova ideia que surgia e levava a dar um novo desenho à pesquisa. As infindáveis conversas e discussões que travamos foram indispensáveis para auxiliar-me a ver com mais clareza o objeto formal que emergia.

Por fim, agradeço enormemente minha Orientadora. Professora Fabiana demonstrou o dom de saber extrair de seu aluno o que há de melhor dentro dele, que é o que define efetivamente um Professor Orientador. Por muitos momentos, ela soube compreender melhor do que eu mesma qual era minha busca intelectual, colocando em palavras e em forma inteligível o que eu só antevia ainda intuitivamente, auxiliando-me a discernir o caminho a trilhar. Além disso, a liberdade intelectual dada pela Prof.^a Fabiana foi essencial para que eu pudesse explorar ideias e autores sendo guiada apenas pela busca da verdade, de forma a poder respeitar profundamente minha integridade e honestidade comigo mesma.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1. Relação entre Lei e exclusão econômica.....	1
1.1. Porque pensar nos malefícios da exclusão do mercado? O “caso do queijo” em Minas Gerais.....	1
1.2. Ofensa aos direitos sociais.....	4
1.3. Arcabouço normativo e burocracia como obstáculos ao crescimento econômico e geradores de desigualdade econômica.....	6
2. Efetividade dos Direitos Sociais e sua Dimensão econômica: relação entre lei, inclusão e prosperidade.....	7
2.1. Economia e direitos sociais: Giro fenomenológico.....	9
2.2. Economia de mercado e bem-estar social: relação que se desdobra em níveis.....	11
3. Relação entre Legística e Análise Econômica do Direito.....	14
4. Uma abordagem empírica dos efeitos concretos da lei na sociedade: do Positivismo à Legística.....	15
4.1. Necessidade da Legística para efetividade da norma frente a organicidade do fenômeno econômico.....	18
5. Convergência entre o plano empírico-utilitarista e o plano axiológico.....	20
5.1. Novas formas de garantir a efetividade dos direitos sociais.....	22
5.2. A transversalidade da emancipação econômica como um direito no conjunto dos direitos sociais.....	24
6. Estrutura.....	24

Capítulo 1

DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO COMO SUSTENTÁCULO PARA O DESENVOLVIMENTO HUMANO INTEGRAL.

1. A grande escapada	27
2. A contínua queda da pobreza mundial.....	29
3. Relação entre crescimento econômico e desenvolvimento humano.....	32
3.1 Conexão entre desenvolvimento econômico, proteção da esfera individual e sistema político.....	38
4. Crescimento econômico e sua relação com a queda da pobreza.....	40
4.1. Projeção: Pobreza extrema abaixo de 10% e o projeto de sua erradicação até 2030	44

Capítulo 2

NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL: A COORDENAÇÃO SOCIAL MODULADA POR INSTITUIÇÕES.

1. Economia: das representações à determinação de seu ato concreto fundamental.....	49
2. O Ato Econômico.....	50
3. Coordenação econômica e Alteridade.....	53
3.1. Capacidade de coordenação social como intrínseca ao ser humano.....	56
3.2. Coordenação social econômica: o comércio.....	59
3.3. Economia como coordenação.....	61
4. Nova Economia Institucional.....	62
4.1. Instituições como canalizadores da coordenação social.....	62
4.2. Instituições e Desenvolvimento.....	67
4.3. A inovação da Nova Economia Institucional.....	69
4.3.1. Custos de Transação.....	72

4.3.2. Direitos de Propriedade.....	76
4.4. Análise Econômica do Direito.....	78
4.4.1. Eficiência e Bem-estar social.....	80
4.5. <i>Public Choice</i> e <i>rent-seeking problem</i>	81

Capítulo 3

A INFLUÊNCIA INSTITUCIONAL NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO-SOCIAL NA HISTÓRIA.

1. Teorias sobre “a” causa do desenvolvimento.....	87
1.1. Hipótese geográfica.....	89
1.2. Hipótese cultural.....	90
1.2.1. A relação entre instituições e fenômeno econômico no mundo antigo.....	93
1.3. O papel das instituições políticas.....	97
1.4. Hipótese da ignorância.....	100
2. Relação entre instituições e desenvolvimento econômico-social: evidências históricas....	102
2.1. Inglaterra e a Revolução Industrial.....	105
2.2. Direitos de propriedade intelectual e o processo de “Destruição Criadora”.....	108
2.3. A importância da inovação.....	111
2.4. Veneza como exemplo de ascensão e queda.....	112
3. Instituições extrativistas e instituições inclusivas.....	114
3.1. Papel do Estado para existirem instituições econômicas inclusivas.....	117

Capítulo 4

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O DESAFIO DA CONCRETIZAÇÃO: A RELAÇÃO COM A DIMENSÃO ECONÔMICA.

1. Introdução.....	119
2. PIDESC e Direitos fundamentais sociais.....	121
2.1. DIREITOS HUMANOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS E SUA RELAÇÃO COM O ECONÔMICO.....	122
2.1.1 Breve Histórico dos Direitos Humanos e do PIDESC.....	122
2.1.2 A implementação progressiva dos Direitos humanos econômicos, sociais e culturais.....	125
2.1.3. Referências à Autonomia e à dimensão econômica.....	127
2.1.4. Os níveis de ação do Estado: deveres de <i>meio</i> e de <i>resultado</i>	130
2.1.4.1. Novos desdobramentos: emancipação econômica dos pobres.....	135
2.2. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	136
2.2.2. <i>Posições jurídico-subjetivas nos direitos sociais</i>	136
2.2.2. <i>A eficácia das normas dos direitos fundamentais sociais</i>	139
2.2.2.1. Eficácia técnico-jurídica.....	139
2.2.2.2. Normas programáticas.....	141
2.2.2.3. O Obstáculo da limitação orçamentária: “Reserva do Possível”.....	143
2.2.2.4. Por uma interpretação constitucional compreensiva dos direitos sociais.....	146
3. “Concretização de Direitos Fundamentais Sociais”: do raciocínio abstrato deducionista para uma análise indutiva e empírica.....	147
3.1. Determinação do “o quê” concretizar.	149
3.1.1 A intersecção ontológica entre direitos sociais e economia: giro cognitivo-epistemológico para a conscientização da “fenomenologia” da satisfação das necessidades materiais.	152
3.2. <i>Crise do Estado Social</i> : A complexidade jurídica e ontológica da concretização dos direitos fundamentais sociais e a insuficiência do Legalismo tradicional perante essa fenomenologia social.....	155

3.2.1.O acoplamento da concretização dos direitos sociais a políticas estatais. <i>Capacidades institucionais e questões econômicas em questão</i>	155
3.2.2. Explosão legislativa: choque entre a complexidade da realidade e os pressupostos metafísicos do Legalismo.....	158
3.2.3. O paradoxo do Estado-Social: enfraquecimento da efetividade dos direitos pelo crescimento do Ordenamento.....	160
3.2.Direitos fundamentais sociais e suas diversas <i>dimensões</i> : diversidade de ações e prestações estatais.....	163
4.NECESSÁRIA DENSIFICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA.....	166
4.1.Relação entre Autonomia, trabalho e direitos sociais.....	167
4.2. Questão da titularidade: a ação econômica de cunho social como bem a ser protegido sob a égide dos direitos fundamentais sociais.....	171
5. Tensão entre visões ideológico-filosóficas subjacentes aos direitos humanos e fundamentais.....	173
5.1 As filosofias políticas concorrentes subjacentes aos direitos fundamentais e a (não) integração com o econômico.....	173
5.2. Apontamentos sobre o desafio interpretativo para integração das diferentes filosofias.....	176
5.3. Combinação de diferentes <i>teorias</i> para a mais completa proteção dos direitos fundamentais.	178
6. Novas estratégias de “concretização”: uma abordagem metajurídica.....	181

Capítulo 5

LEI, EXCLUSÃO E POBREZA.

1. Conexão entre lei, exclusão e perpetuação da pobreza.....	185
2. Tornando as regras do jogo mais Justas: “ <i>Legal Empowerment of the Poor</i> ”.....	189
2.1. Teoria do “capital morto” dos pobres.....	195
2.2. Um caso concreto de mudança: Sewa Nagar, Índia	196
3. Emancipação econômica centrada no potencial do indivíduo.....	199
4. Diferentes causas subjacentes ao estado de pobreza.....	200
5. Pilares do Empoderamento Legal dos Pobres.....	202
5.1. Direitos de Propriedade.....	202
5.1.1 Efeitos econômicos.....	204
5.1.2. Como construir uma disciplina eficiente dos direitos de propriedade.....	208
5.1.3. Relevância para comunidades de baixa renda no Brasil.....	211
5.2. Direitos econômicos de empreendedorismo (<i>Business Rights</i>).....	212
5.2.1.Regulamentação Administrativa e poder de polícia.	213
5.2.2.A natureza da economia da informalidade.....	215
5.2.3. <i>Relação com direitos trabalhistas e melhores condições de trabalho</i>	218
5.2.4.Recomendações e efeitos esperados.....	219
5.3.Caso concreto: Peru.....	220
6. Efeitos da Legislação inadequada sobre o restante da economia: micro, pequenas e médias empresas.....	222
6.1. A importância das SMEs como criadoras de empregos.	224
6.2. Dificuldades burocráticas no cenário brasileiro.....	227
6.3. Análise socioeconômica do perfil do micro e pequeno empreendedor brasileiro: a frustrada vocação empreendedora do brasileiro.....	230

Capítulo 6

COMO EFETUAR A REORDENAÇÃO DO SISTEMA NORMATIVO: O PAPEL DA LEGÍSTICA.

1.	Da Racionalidade Lógico-Formal para a Razão Prática.....	233
1.1	Explosão legislativa e inefetividade da lei.....	233
1.2	Giro de perspectiva: do Positivismo à Legisprudência.	239
1.2.1.	Reabilitando a Razão Prática.....	239
1.2.2.	Razão Prática em Aristóteles.....	242
1.2.3.	Reavaliando a Legitimidade estatal na invasão da liberdade: revendo o contrato social e o conceito de soberania.	245
1.2.3.1.	Raízes metafísicas do Legalismo Forte.....	246
1.2.3.2.	Legalismo Forte	250
1.2.4.	Do Legalismo forte à Legisprudência.....	251
1.2.4.1.	Princípios da Legisprudência.....	252
1.3.	Racionalidade Limitada do Legislador (<i>Bounded Rationality</i>).....	254
2.	LEGÍSTICA: OPERACIONALIZANDO PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	255
2.1.	Apresentação: objetivo da Legisprudência é fazer a lei mais racional e mais racionalmente.....	255
2.2.	Noção de Efeito e efetividade da norma.....	262
3.	A moderna técnica de governança de políticas públicas e sua interface com a legislação e o desenvolvimento.....	263
3.1.	Direitos fundamentais: Legística Material como metodologia para concretização <i>eficiente</i> dos fins de normas programáticas.....	266
3.2.	Governança e Complexidade.....	269
3.2.1	Problemas sociais complexos: Exclusão e Pobreza.....	273
4.	PROCEDIMENTO: Para efetividade dos direitos sociais.	
4.1	Procedimento segundo o Relatório Malderkern.....	274
4.2.	Determinando a estrutura do problema.....	276
4.2.1.	Necessidade de problematizar o impulso legislativo.....	277
4.2.2.	Causa do problema.....	277
4.2.3.	Problematizar o impulso legiferante	278
4.2.4.	<i>Principais alternativas às leis</i>	278
4.3.	Instrumentos	
4.3.1	Avaliação de Impacto Normativo.	280
4.3.1.1	<i>Custo de oportunidade (custo-benefício em sentido mais profundo)</i>	283
4.3.1.2	<i>Avaliação retrospectiva</i> :.....	283
4.3.2.	Consulta	284
4.3.3.	Simplificação.....	286
5.	Do paradigma da “regulamentação patogênica” para uma regulamentação inteligente.....	287
6.	Legística e o Papel do Legislativo para regulação dos direitos sociais – judicialização e capacidade institucional adequada.....	290

Capítulo 7

LIBERDADE COMO *PRINCIPIUM* : LIBERDADE DE INSERÇÃO ECONÔMICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

1.	Liberdade como <i>Principium: Limites ao poder estatal</i>	295
1.1.	Introdução.....	295
1.2.	Conceitos e Concepções.....	296
1.3.	Liberdade como <i>principium</i>	297
1.4.	Resgatando a Liberdade dos agentes.....	299
1.5.	Operacionalizando a dimensão teórica com dimensão prática.....	301

2. Proposta de Amartya Sen como “preenchimento” da teoria de Wintgens.....	303
2.1. Desenvolvimento como um processo de expansão de liberdades.....	303
2.2. Qualidade de agente.....	304
2.3.O papel dos mercados e da liberdade econômica.....	306
3. Direitos Humanos e o princípio da Autonomia.....	307
3.1.Direito social e individual ao exercício do trabalho e ofício: intersecção entre a Ordem Social e a Ordem econômica Constitucional.....	309
3.2. Da efetividade do “direito ao trabalho”.....	311
4.Apontamentos sobre Dignidade Humana e a dimensão autorrealizadora do ser humano...313	
4.1. Entre dois pólos em tensão.....	313
4.2. A busca da Autorrealização como constitutiva do ser humano íntegro.....	316
5. Dever de prestação das ferramentas jurídicas para <i>o exercício da condição de agente</i> do indivíduo.....	322
 CONCLUSÃO.....	 325
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	 331

Tabelas e gráficos

Gráfico 1 – representação dos níveis de penetração social <i>prima facie</i> da ação estatal.....	23
Gráfico 2. GDP por pessoa no mundo, 1820-2008.....	29
Gráfico 3. Aumento da renda do trabalhador de Londres desde 1300.....	31
Gráfico 4. Dimensões do desenvolvimento humano.....	33
Gráfico 5. Index 2015 - Países com alto desenvolvimento humano	34
Gráfico 6. Index 2015 - Países com baixo desenvolvimento humano.....	35
Gráfico 7. Crescimento econômico e queda da pobreza mundial.....	44
Gráfico 8. Empregabilidade das SMEs entre os membros da OCDE – 2014.....	225
Gráfico 9. Tipos de atividades econômicas operadas por SMEs, 2012/OCDE.....	225

Introdução

LEI, ECONOMIA E DIREITOS SOCIAIS - Relações e implicações para a interpretação sistemática dos direitos sociais.

1. Relação entre Lei e exclusão econômica.

1.1. Porque pensar nos malefícios da exclusão do mercado? O “caso do queijo” em Minas Gerais.

O Brasil, como sabemos, é um país verdadeiramente multicultural, onde coexistem culturas de diversas imigrações e da cultura autóctone indígena. Cada uma dessas culturas possui suas próprias comidas típicas, que, ao redor das quais, comunidades reproduzem sua forma de vida. No Estado de Minas Gerais, o queijo artesanal mineiro ocupa essa função, como produto final de um conjunto de tradições e saberes que, extraindo dos elementos naturais da geografia suas características, conjuga-os num todo que dará a personalidade final de um queijo da Canastra ou do Salitre, numa verdadeira expressão de *terroir*. Esse *know-how* tradicional é passado de geração em geração, remontando desde as primeiras ocupações humanas de Minas Gerais, constituindo importante fonte de renda e estilo de vida de milhares de famílias.

Todavia, observa-se a diminuição do número de produtores artesanais de comidas típicas no Brasil, fenômeno que atravessa fronteiras estaduais e culturais, atingindo desde produtores indígenas até comunidades típicas alemãs do interior catarinense. No Estado mineiro, a maior parte dos produtores artesanais de queijo mineiro sujeita-se a vender seus produtos a “atravessadores”, auferindo valores irrisórios por seus produtos, de forma que muitas famílias preferem enviar seus filhos à cidade, para arranjar um trabalho qualquer, a passarem adiante uma tradição e um saber centenário.

Qual a causa desse processo, que tem solapado silenciosamente uma cultura e um modo de vida centenários? Uma resposta apressada poderia querer culpar “as leis de mercado”, o “capitalismo”, numa repetição impensada de clichês que, parecendo que explicam muita coisa, na verdade, nada esclarecem concretamente, como é próprio dos clichês; apenas arrefecem a ansiedade da mente que não compreende. Poder-se-ia pensar que esses produtores foram naturalmente cedendo espaço aos produtos industrializados, à indústrias de laticínios; e que, perante esse quadro, os produtos industrializados saíram na frente em questão de qualidade e preço, conduzindo a escolha dos consumidores a recair sobre os últimos, como se efetivamente o consumidor tivesse diante de si o produto artesanal e o industrializado na prateleira do supermercado para sua escolha. E assim, obedecendo às leis da concorrência, da oferta e da procura, nessa escolha do consumidor, na gôndola do supermercado, ali tivesse sido selado o destino dos produtores de queijo artesanal de Minas Gerais.

Certo?

Errado, e muito.

Na verdade, o “mercado” nada ou pouco teve a ver com essa situação; antes, a causa de a quase totalidade dos produtores rurais de queijo mineiro encontrar-se numa situação de *impossibilidade* de oferecer seus produtos ao mercado consumidor – ou seja, excluídos da mera *possibilidade* de poderem concorrer economicamente - repousa sobre um obstáculo legal: o arcabouço jurídico sanitário brasileiro.

No Estado de Minas Gerais, num universo de 30.000¹ produtores rurais de queijo artesanal, uma fração ínfima deles podem vender seus produtos à luz do dia sem temerem a perda de seus produtos pela ação da fiscalização. A grande maioria está impedida de acessar o mercado, de, por exemplo, abrir um ponto de venda, por simples que seja, de forma a oferecer seus produtos aos consumidores². Desta forma, sujeitam-se a venderem seus produtos para “atravessadores”, os quais possuem como grande *know how* o fato de já possuírem uma marca de queijos “regularizada”, revendendo tais produtos sob seu rótulo.

A legislação sanitária brasileira teve como parâmetro a indústria, de forma que sua normativa impõe um universo de obrigações totalmente inadequado para a realidade dos produtores artesanais. O parâmetro industrial e hipersanitarista adotado pelo marco normativo sanitário brasileiro³, somado à desordenada proliferação legislativa que se seguiu, deu origem à uma conflituosa sobreposição de microssistemas normativos e administrativos que levam à confusão até mesmo os representantes da Administração Pública.⁴

¹ Cf: Instituto Mineiro de Agropecuária, disponível em: <http://www.ima.mg.gov.br/agroindustria-familiar>.

² Existem aproximadamente 30 mil produtores de queijo artesanal espalhados pelo Estado de Minas Gerais. Desses, apenas 245 estão registrados no IMA, e apenas 60 em processo de conformidade com as normas sanitárias. E, de todo esse universo, apenas 6 possuem autorização para venderem para outros estados. PRETE, Esther Kùlkamp Eying. *O Fazer Tradicional dos Queijos de Minas Gerais e os Efeitos da má Legislação: Desenvolvimento Econômico-Social Para Quem?* Artigo apresentado no IX Congresso da Rede Latino-Americana de Antropologia Jurídica, ocorrido entre 29/09 e 02/10 de 2015 em Pirenópolis (GO). Ainda, cf: <http://www.ima.mg.gov.br/acontece-no-ima/1891-queijarias-de-medeiros-habilitadas-pelo-ima-podem-vender-para-todo-o-estado->

³ O início dos entraves legais à atividade queijeira artesanal deu-se com a questão sanitária, em 1950, mediante a Lei 1283 e seu decreto-executivo 29651/51 substituído pelo vigente Decreto nº 30.691 de 1952 (Regulamento de Inspeção Industrial e Sanitária dos Produtos De Origem Animal - RIISPOA), cujas normas visavam alterar profundamente a característica da artesanidade da produção dos alimentos de origem animal. A questão sanitária era apenas uma das políticas de um plano governamental mais amplo, concebido então para a transformação da economia brasileira. De caráter desenvolvimentista (SALTE). O governo do então presidente Eurico Dutra ambicionava impulsionar a industrialização, usando para tanto da intervenção estatal. As normas sanitárias então impostas foram concebidas para serem implantadas para indústrias, e tal foi feito sem fazer distinção entre a atividade industrial e as atividades artesanais rurais, em que pese a realidade demográfica brasileira de então (70% habitantes da zona rural).

⁴ O problema de sobreposição de responsabilidades entre distintos órgãos da administração pública somando-se com a falta da atualização da legislação federal, de forma a adequar as exigências quanto às instalações e equipamentos à capacidade de produção dos empreendimentos, tem restringido a instalação de pequenas e médias agroindústrias e o seu acesso ao mercado, desviando-se, desta forma, do enfoque sanitário, objeto precípua de tal regimento. Cf: GOVERNO FEDERAL, *Portaria Interministerial n. 220*, Grupo de Trabalho Interministerial da Inspeção e Fiscalização Sanitária de Alimentos, de 29 de março de 2005.

A visão hipersanitarista⁵ utilizada pelos órgãos responsáveis pela fiscalização de produtos de origem animal não só *não* foi posteriormente adaptada aos pequenos produtores, como foi até mesmo *intensificada*, pela soma de inúmeras novas normas inspiradas na mesma visão, chegando ao ponto de se tentar virtualmente banir os queijos de lei cru tais como os conhecemos⁶. Para se ter uma ideia do que isso significaria, todos os queijos mineiros tradicionais derivam da fermentação natural de leite cru. Foi esse cenário que impediu o livre desenvolvimento econômico e a reprodução cultural plena desses produtores.

Além disso, o sistema sanitário brasileiro é também administrativamente complexo, composto por diferentes subsistemas de inspeção e vigilância e diferentes órgãos responsáveis nos três níveis da federação, com normas que variam de acordo com a origem e o tipo de produto. Na prática, constitui um labirinto de caminhos e dúvidas não apenas para os consumidores e produtores, mas para todos os agentes das cadeias produtivas e, surpreendentemente, até para as próprias equipes dos órgãos reguladores e fiscalizadores, que normalmente não atuam de forma coordenada. Essa situação *“tem restringido a instalação de pequenas e médias agroindústrias e o seu acesso ao mercado, desviando-se, desta forma, do enfoque sanitário, objeto precípua de tal regramento”*.⁷

Dessa forma, muitos produtores familiares passaram a trabalhar na clandestinidade, a serem explorados por atravessadores, desistirem de agregar valor a sua produção, e eventualmente, abandonarem totalmente a atividade rural.⁸

⁵ O estudo das normas sanitárias revela sua filosofia controladora, descrevendo até às minúcias como devem ser as instalações das queijarias, comportamento, normas de higiene, alterando seus processos consagrados, tornando enervante para simples produtores rurais a tarefa de terem que corresponder às exigências de fiscais munidos pela própria lei capazes de poderem barrar sua atividade por praticamente qualquer pretexto, sob o manto justificador da segurança alimentar. Não foi à toa que emergiu assim um muro de desconfiança por parte dos produtores rurais pela figura dos fiscais.

⁶ No ano de 1996 o Ministério da Agricultura emitiu a Portaria 146 que continha, entre outras normas, regulamentação a respeito da identificação e qualidade dos queijos brasileiros. Alegando preocupações sanitárias, a Portaria decreta a proibição da utilização do leite cru para a produção queijeira, nos seguintes termos: *“(…) O leite a ser utilizado deverá ser higienizado por meio mecânicos e submetidos à pasteurização ou tratamento térmico equivalente para assegurar a fosfatase residual negativa (A.O.A.C. 15º Ed. 1990, 979. 13, pg. 823) combinado ou não com outros processos físicos ou biológicos que garantam a inocuidade do produto. Fica excluído da obrigação de ser submetido à pasteurização ou outro tratamento térmico o leite higienizado que se destine à elaboração dos queijos submetidos a um processo de maturação a uma temperatura superior aos 5º C, durante um tempo não inferior a 60 dias.”*(sem destaque no original). Ocorre que a obrigação da pasteurização do leite, assim como a obrigatoriedade de uma maturação mínima de 60 dias, descaracterizam completamente quase todas as variedades de queijos artesanais típicos de Minas Gerais. O queijo minas frescal, que é um dos mais conhecidos, por exemplo, mantém suas características com até 15 dias de maturação, sendo o mais comum o prazo de 8 dias.

⁷ BRASIL, Portaria Interministerial nº 220, Grupo de Trabalho Interministerial da Inspeção e Fiscalização Sanitária de Alimentos, de 29 de março de 2005.

⁸ INSTITUTO SOCIEDADE, POPULAÇÃO E NATUREZA e outros. *Oficina Normas Sanitárias para alimentos de produção artesanal, familiar e comunitária – Relatório Final*, 2012. Disponível em http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/2dc83d80439a05ad9853ddd209e0cb5/Relat%C3%B3rio+ISPN_alimentos.pdf?MOD=AJPERES

O obstáculo jurídico cria também uma desigualdade de acesso ao mercado consumidor entre os poucos produtores queijeiros que possuem uma estrutura física, econômica e social que lhes permita cumprir com as exigências legais draconianas e os que não, constituindo esses últimos a ampla maioria.

A produção artesanal de alimentos da agricultura familiar, dos povos indígenas e comunidades tradicionais e locais constitui uma das mais importantes expressões de cultura autêntica e meio de agregação e continuidade dos laços comunitários históricos, reconhecido como patrimônio cultural em 2002⁹.

Temos então, uma situação peculiar, pois o obstáculo jurídico levou à:

- i) situação de exclusão econômica de populações que vivem da agricultura familiar,
- ii) uma artificial desigualdade de acesso ao mercado consumidor, favorecendo as estruturas industriais, mais aptas a cumprirem com a normativa sanitária;¹⁰
- iii) estrangulamento da reprodução cultural das identidades dessas comunidades, de forma a induzir a procura de outras fontes de renda, dado que seu principal produto não consegue chegar ao mercado consumidor, em que pese a valorização do produto artesanal por parte de uma parcela considerável do mercado consumidor.

1.2. Ofensa aos Direitos Sociais.

Esse caso concreto exemplifica como a própria Legislação atenta contra direitos sociais: do ponto de vista da coletividade, o bem social da “cultura”, na forma de culturas tradicionais, que recebem proteção constitucional (art.215 e II do art. 216 da Constituição Federal); do ponto de vista individual, além do fato de que ao impedir o exercício de tal atividade ofende-se todo um modo de viver, impede-se ainda o livre exercício do *trabalho*, logo, prejudicando o acesso do indivíduo e da unidade familiar aos outros bens constantes no art. 6º da Constituição. Além disso, tem-se a importância social que a cadeia de queijos artesanais

⁹ Processo nº 01450.012192/2006-65, Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais (IEPHA), 2008.

¹⁰ “Três fatos são impeditivos para o sucesso dos sistemas de inspeção e vigilância sanitários vigentes: a) A inadequação do arcabouço normativo à realidade da produção de pequena escala, já que os regulamentos deveriam ser construídos de acordo com as características específicas destes sistemas produtivos, que envolvem normalmente boas práticas de manejo para a obtenção de produção com qualidade e bem estar socioambiental, saberes estes que em muitos casos são transmitidos de maneira geracional.(...)” ISPN e outros, ob.cit, pg. 21.

possui para a manutenção do homem no campo¹¹.

As facetas jurídicas apontadas emanam do mesmo fato concreto: o impedimento arbitrário do exercício da atividade econômica de famílias, e, pior, famílias no mais evidente estado de hipossuficiência: econômica, cultural e jurídica.

Esse tipo de situação repete-se diuturnamente na realidade brasileira: indivíduos e famílias que se encontram excluídos do acesso ao mercado por conta de um conjunto normativo que, aplicado às suas situações peculiares, desdobram-se *concretamente* em obstáculos ilegítimos, relegando-os à estagnação econômica, se não, à perda do meio de sustento econômico. Como trataremos então, diante dessa situação, de “concretização dos direitos sociais”? Esperamos que tais indivíduos recebam um auxílio governamental, como substituto defeituoso de seu trabalho, e então, dar-mo-nos por satisfeitos e afirmarmos que “os direitos sociais dessas pessoas foram atendidos pelo Estado”? Tal configuraria um acinte à dignidade dessas pessoas. Antes, tínhamos indivíduos independentes economicamente e orgulhosos de seu estilo de vida, agora, beneficiários dependentes de auxílio governamental. *Ora, um princípio basilar de hermenêutica é a de que a aplicação do Direito não pode redundar em situações absurdas (argumento ab absurdo ou reductio ad absurdum).*¹²

O tratamento da ofensa ao direito ao sustento econômico impingido pela lei, tal como no ilustrativo exemplo, atrai sua discussão à luz dos direitos sociais, todavia, sob um enfoque ampliado.

Entram em cena duas dimensões factuais: *a primeira*, referente ao direito basilar ao trabalho cujo titular é o *indivíduo*. *A segunda*, refere-se à importância que *a ação combinada de milhões de agentes representa para a concretização dos direitos sociais em sentido coletivo*, pois é a atividade econômica representada pela soma dos esforços sociais que sustenta a satisfação dos direitos sociais da sociedade; seja diretamente pelo fornecimento dos bens

¹¹ “Os queijos artesanais são exemplos clássicos da manutenção da diversidade dos povos e de proteção dos seus costumes, suas tradições e seus valores, ocupando lugar de destaque na economia de diversos países europeus, como: França, Itália, Portugal e Espanha.” PINTO, Maximiliano Soares. *Efeito da microbiota endógena e da nisina sobre Listeria sp. e Staphylococcus aureus em queijo minas artesanal do Serro*. Tese (doutorado em Ciência e Tecnologia de Alimentos). UFV, Viçosa (MG), 2008. Sobre a cultura específica do queijo mineiro, afirma MENEZES: “uma prática, um modo de pensar a vida cotidiana, uma economia da fazenda mineira produtora de queijo, uma vivência familiar integrada ao processo econômico, uma forma de trabalho autárquico essencial para os proprietários, uma significação do saber-fazer por parte dos queijeiros (...) identidade construída em uma longa história de escolhas da produção rural de Minas Gerais, enfim, (...) um modo de fazer que dá origem a um produto de conservação do alimento (o leite) que originou abastecimento, sobrevivência, riqueza, simbologias, identidades regionais.” MENEZES, José Newton. *Modos de fazer e a materialidade da cultura imaterial: o caso do queijo artesanal de Minas Gerais*. Revista Patrimônio e Memória, v. 5, n.2, p.1-15, dezembro de 2009.

¹² “A prova pelo absurdo começa por admitir que a proposição a ser examinada é verdadeira. Aplicam-se a ela, então, todas as regras lógicas da demonstração, para mostrar que, seguindo sua consequencialidade, chegamos a um resultado inaceitável. Passamos, pois, da verdade postulada da proposição a sua falsidade.” FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2003, págs. 336-337.

elencados pelo art. 6º, seja indiretamente, ao fornecer via tributos os recursos que financiarão o Estado em sua tarefa redistributiva (referente aos benefícios conjugados pela Assistência Social, Educação e o atendimento universal garantido pelo SUS) ou “gerencial” (referente aos benefícios administrados pela Previdência Social)¹³. Ou seja, a ofensa sistêmica ao direito *individual* de exercer uma atividade econômica redundante, socialmente, em efeitos negativos a serem suportados por toda a coletividade, tais efeitos ocorrem no plano da atividade econômica global e no *custo de oportunidade* do fortalecimento dos direitos sociais, seja pela menor base de recolhimento de impostos, seja pela menor oferta de bens e serviços.

1.3. Arcabouço normativo e burocracia como obstáculos ao crescimento econômico e geradores de Desigualdade econômica.

Se alterarmos nosso ponto de observação, ampliando a partir do microcosmo dos produtores mineiros para uma observação social mais ampla, expandindo a percepção do conjunto dos efeitos negativos que normas burocratizantes exercem sobre o fenômeno sócio-econômico, chegaremos ao ponto de começarmos a discernir o conjunto de práticas estatais burocratizantes que constituem as elencadas pelo relatório *Doing Business* do Banco Mundial, as quais atravancam o desenvolvimento econômico como um todo e não apenas de um grupo localizado. Entre as quais: dificuldades para criação de empresas, para obtenção de alvarás de construção, complexo e caro sistema de registro de propriedades, peso dos impostos, complexa regulamentação de comércio internacional, além da insana burocracia para pagamento de tributos: uma empresa gasta em média 2600 horas anualmente somente para *pagar* tributos. Desta forma, o marco regulatório do Brasil o coloca numa desconfortável 116ª posição¹⁴ entre 189 economias quanto à qualidade de seu ambiente de negócios, tendo apresentado uma queda de cinco posições em relação ao ano de 2015 (111ª).

Destaca-se que tais obstáculos burocráticos à atividade econômica não representam a totalidade desse tipo de empecilho, apenas *aqueles que são comuns a todos os setores econômicos*, pois se focalizarmos cada atividade econômica, encontraremos outros obstáculos impostos pelo conjunto normativo específico para cada setor, serviço ou produto, até

¹³ A presente diferenciação entre ações redistributivas e gerenciais se fez apenas para exemplificar a diferença entre as ações empreendidas pela Assistência Social – que independem de contribuição pelo beneficiário – e as empreendidas pela Previdência Social, cuja natureza administrativo-orçamentária é determinada pelo art. 201 da Constituição Federal.

¹⁴ INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT / THE WORLD BANK. *Doing Business 2016: Measuring Regulatory Quality and Efficiency: Comparing Business Regulation for domestic firms in 189 Economies*. 13ª ed., Washington DC, 2016.

chegarmos a casos dramáticos como o que ocorre com os produtores de queijo mineiro artesanal. Depende de nosso ponto de observação, se no micro ou no macro fenômeno social.

A burocracia impõe severos *custos de transação* e *custos de oportunidade* às empresas na forma de tempo, energia, trabalho, atenção; em suma: sugando recursos materiais e humanos, tanto internos quanto externos, canalizando muito do trabalho que deveria estar voltado à produtividade, à profissionalização e à inovação. Desta forma, isso impede o crescimento econômico de forma sustentada.

Fora isso, um arcabouço normativo mal desenhado pode levar ainda a *distorções econômicas*, a *desiguais acessos ao mercado* ou a desiguais cargas do impacto legislativo, como o que ocorre entre os impactos econômicos suportados por micro e pequenas empresas frente o sofrido pelas grandes empresas: o peso de conformidade ao arcabouço normativo é maior sobre as primeiras que o suportado pelas segundas.

Se compreendermos que a economia possui uma relação especial com a concretização dos direitos sociais, em sentido amplo, a forma como a *estrutura do ordenamento jurídico-administrativo afeta o desempenho econômico coletivo e individual* (como no exemplo dos produtores de queijo artesanal) *passa a ter relevância para o estudo e planejamento amplo da concretização dos direitos sociais*.

2. “Efetividade dos Direitos Sociais e sua Dimensão econômica: relação entre lei, inclusão e prosperidade.”

Postas essas considerações iniciais, pode-se doravante expor o recorte da pesquisa ora proposta:

Por “*dimensão econômica dos direitos sociais*” tem-se em vista o profundo entrelaçamento entre esses e o fenômeno econômico da sociedade como um todo, sendo uma imbricação que se dá em diversos planos e níveis de profundidade; em alguns ocorrendo praticamente a coincidência entre satisfação de direitos sociais e a fenomenologia econômica; e, em outros, constituindo o econômico o meio de *sustentação* daqueles e possivelmente até de sua *concretização final* após a mediação via Estado. Por exemplo, um benefício como o “Bolsa Família” consiste na transferência de renda mediada pelo Estado da população economicamente produtiva para os que se encontram em situação de hipossuficiência. Os beneficiários então se voltam para o mercado para trocarem tal valor monetário pelos *produtos* dos quais necessitam. Dessa forma, a saúde econômica da sociedade determina o alcance de *duas* etapas essenciais para a concretização desse direito social, em que pese a mediação estatal.

Já no caso de exercício do trabalho temos a verdadeira coincidência entre um fenômeno de importância econômica e social, constituindo o exercício daquele o fenômeno básico para a própria existência tanto do plano social quanto do econômico.

Se por “direitos humanos econômicos” compreende-se o direito ao emprego e a uma certa qualidade de vida – e no padrão esperado pela sociedade contemporânea - *esses só se realizam graças à economia de mercado*. O exercício de um trabalho coincide com o exercício de um legítimo ato econômico e com a inserção econômica do indivíduo numa teia de relações econômicas mais vastas e complexas, as quais, por sua vez, são imprescindíveis para a criação e fornecimento do conjunto de bens e serviços que possibilitam o padrão de vida material considerado “digno”.

Aquela, por sua vez, atrai a necessidade de uma adequada legislação até mesmo para sua existência. Especialmente nas últimas décadas, graças ao aprofundamento das pesquisas históricas na seara econômica, evidenciou-se cada vez mais o papel determinante das instituições – como leis e outras imposições sobre a vontade dos indivíduos – sobre os desdobramentos e a qualidade do fenômeno econômico. Surge, assim, a Nova Economia Institucional, que revela a dinâmica que a lei impõe sobre a *economia*.

Desta forma, pode-se revelar a “relação entre lei, exclusão e pobreza”, de forma a reverter esse processo, pela retirada dos obstáculos que artificialmente impedem os indivíduos e famílias de manterem os frutos de seu próprio trabalho.

As normas exercem um papel preponderante sobre o jogo econômico, pois são elas que estabelecem “as regras do jogo” de forma a permitir a participação mais ampla e equânime possível de todos, ou, ao contrário, a qualidade das normas pode estabelecer desiguais acessos ao mercado. Segundo o Relatório *Making the Law work for everyone*¹⁵ apresentado à ONU, 4 bilhões de pessoas estariam excluídas ou teriam acesso defeituoso ao *rule of law*, de forma que isso estaria dificultando artificialmente o exercício de atividades econômicas produtivas, especialmente as identificadas com a de pequenos empreendedores e agricultores; além da falta de acesso à proteção jurídica dos direitos de propriedade de grandes faixas da população, como ocorre nas favelas brasileiras.

A falta de proteção jurídica causa efeitos econômicos *desiguais* que podem levar à *perpetuação* do estado de pobreza. Além de tal situação constituir uma ofensa à esfera pessoal desses indivíduos e famílias, a sociedade como um todo se vê privada de todo o potencial humano que deixa de se realizar: basta imaginar o potencial produtivo que se encontra

¹⁵ COMMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR, *Making The Law Work for Everyone*. Vol. I, Nações Unidas, 2008, pg. 1, disponível *on line* em: https://www.un.org/ruleoflaw/files/Making_the_Law_Work_for_Everyone.pdf

represado, pela grande intensificação na concorrência que se poderia incentivar, ao permitir que mais um enorme contingente de *players* ascendesse ao mercado.

Somado à exclusão sofrida por pessoas em situação de hipossuficiência, tem-se o fato de que a expansão desordenada da legislação, identificada com a *crise do Estado Social*, causa entraves ao desenvolvimento econômico como um todo, com impactos maiores sobre pequenas e micro empresas.

“*Efetividade dos Direitos Sociais*”: por conseguinte, a **racionalização das leis e das políticas públicas se coloca como tarefa incontornável para a plena efetivação dos fins dos direitos sociais**, quais sejam: a efetiva inserção econômica e gozo de um certo padrão de qualidade de vida mediante o desenvolvimento econômico-social. Foi justamente no rastro da crise do Estado Social (causada pela expansão legislativa desordenada) que se desenvolveu a Legística, como uma nova forma de abordar a intervenção da lei, de forma a recuperar sua plena efetividade e evitar os efeitos negativos trazidos pela explosão legislativa.

É em volta desses três eixos que se articula e desenvolve a presente pesquisa, com vistas a desenvolver os pontos aqui mencionados.

2.1. Economia e direitos sociais: Giro fenomenológico.

A presente dissertação, assim, insere-se no campo mais vasto de investigações a respeito da concretização dos direitos fundamentais. Por “concretização”, compreende-se aqui a realização *fática*, efetiva, do *conteúdo* enunciado originalmente pela norma. Ou seja, o tema “concretização dos direitos fundamentais”, tal como aqui proposto, insere a discussão da efetivação do *conteúdo* da norma *no plano do mundo da vida (Lebenswelt)*¹⁶, da discussão das bases *materiais* e da fenomenologia social que permitem a realização dos mesmos. Só então, ao revelar as condições materiais pressupostas, busca-se articular tal contingencialidade com o plano jurídico-abstrato.

Fazendo, portanto, num primeiro momento, abstração do jurídico, coloca-se a seguinte questão: qual o fenômeno ou condição que tornou possível a conquista de um estado geral de

¹⁶ O “mundo-da-vida” constitui o terreno a partir do qual as abstrações da ciência derivam, é o campo da própria intuição, o universo do que é intuível, ou ainda, o reino de evidências originárias; que para o qual o cientista deve se voltar para verificar a validade de suas idealizações, de suas teorias, posto que, a ciência interpreta e explica o que é dado imediatamente no “mundo-da-vida”. Trata-se do mundo da *doxa* (δόξα), relativo aos propósitos e fins humanos, da intuição sensível não ‘subtraída’ por construções idealizadas. Compõe-se de “teleologias, de corpos, e corpos somáticos, causalidades, significações e indutividades próprias das *práxis* humana” (p.xv.). HUSSERL, Edmund. *A Crise das Ciências Europeias e a Fenomenologia Transcendental: uma introdução à Filosofia Fenomenológica*. De acordo com o texto de Husserliana VI. Tradução Diogo Falcão Ferrer. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

bem-estar material (que abrange os bens enunciados pela norma do art. 6º da CF) observável em países avançados? O que tornou possível a passagem do estado de pobreza material quase universal para o estado de abundância material total ou relativa, a depender do país focalizado?

Muitas razões poderiam ser levantadas, que em maior ou menor medida auxiliaram nesse processo, mas uma emerge como verdadeira *conditio sine qua non*: a emergência da economia de mercado.

Tal constatação constitui fato notório, mas pode-se destacar uma historiografia econômica que bem documenta a premissa básica de que foi o *aperfeiçoamento* das trocas econômicas e especialização do trabalho - levando ao aprofundamento e multiplicação dos braços da teia da coordenação social - que permitiram a produção e distribuição de bens para um número cada vez maior de pessoas, levando a um estado de bem-estar geral nos países economicamente mais desenvolvidos como nunca visto antes na história.

O aperfeiçoamento das trocas econômicas oportunizou aos indivíduos *escaparem do estado de pobreza*¹⁷ de duas formas: i) estado de prosperidade material que se espalha pouco a pouco por toda a sociedade, de forma coletiva (*efeito geral*), por exemplo, pela queda do preço dos alimentos; ii) pela possibilidade de *cada indivíduo em particular* de participar do mercado, podendo, assim, efetivar sua própria emancipação econômica (efeito particular). Observe que foi o acúmulo de ações individuais (ponto ii) que redundou num impacto social coletivo, e tais impactos sociais positivos geram, por sua vez, a oportunidade para que uma nova geração conquiste sua emancipação econômica, na medida em que essa nova geração enfrenta menores obstáculos causados graças aos frutos deixados pela geração anterior¹⁸. Somos assim obrigados a reconhecer que o conteúdo dos direitos sociais descritos pelo art. 6º da Constituição Federal coincide com bens que só se tornaram acessíveis à maior parte da população graças à ascensão da economia de mercado. A economia de mercado sustenta qualquer Estado de bem-estar social.

A intersecção entre economia e concretização dos direitos fundamentais sociais - tendo por liame a lei – constitui uma relação que se apresenta em vários “níveis”, alguns mais difusos, mas nem por isso menos importantes. Por estarem os indivíduos colocados em meio a uma teia de relações que se interconectam com outras, e sendo todas interdependentes, sustentando umas

¹⁷ Em referência à obra do ganhador do prêmio Nobel de economia de 2015, Angus Deaton: *The Great Escape: Health, Wealth, and the origins of Inequality*. Princeton University Press, 2013.

¹⁸ Ver, por exemplo, a relação entre acesso à alimentação e capacidade de trabalho ou de possibilidade de aprendizado; ou ainda, relação entre saúde e seus efeitos econômicos. DEATON, Angus, e PAXSON, Christina. “*Health, Income, and Inequality over the Life-Cycle*”, In: WISE, David A. (editor), *Frontiers in the Economics of Aging*, University of Chicago Press, 1998, ISBN: 0-226-90304-4, capítulo disponível *on line* em <http://www.nber.org/chapters/c7309.pdf>. A satisfação de necessidades materiais básicas (vestuário, alimentação, moradia, saúde) livra o indivíduo de obstáculos que impediriam sua busca pela própria emancipação econômica. Cf: SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

às outras, como se fosse um complexo sistema hídrico cujos fluidos circulam por todo o sistema de forma contínua, *toda mudança tenderá a criar efeitos sistêmicos*.

Num primeiro momento, os efeitos são como os círculos concêntricos num lago, que se propagam a partir do centro da alteração na superfície da água. Mas não para por aí: os efeitos retornam ao centro, já alterados pelas mudanças que colheu no sistema, e nesse retorno ao centro originará novos efeitos sistêmicos. Esse vai-e-vem poderá se tratar de um “círculo vicioso” ou um “círculo virtuoso”¹⁹ a depender do tipo de instituições econômicas e políticas adotadas nesse país, levando a grandes diferenças de *performance* entre os países no longo prazo.

2.2. Economia de mercado e bem-estar social: relação que se desdobra em “níveis”.

Resumidamente, as razões que fundamentam as premissas descritas são as resultantes do imbricamento entre prosperidade material socialmente verificável e economia, aqui aglutinados em quatro “níveis”, de forma a ilustrar a complexidade do fenômeno.

Primeiramente, o fato de quê o estado de abundância material, em especial nos países desenvolvidos, é um produto *histórico*, que em muito deve ao surgimento e aperfeiçoamento de instituições que permitiram a participação das massas no mercado. Tais efeitos são observados também nos demais países, inclusive no continente africano, mas numa velocidade menor que a dos países desenvolvidos.

A queda contínua da pobreza mundial, desde a Revolução Industrial, e de forma mais acentuada em países que adotam economia de mercado (como recentemente pôde ser observado na China e Índia)²⁰ constitui uma das grandes evidências da relação íntima entre economia de mercado e erradicação da pobreza. Esses fatos históricos chocam-se profundamente com a narrativa muito comum em livros jurídicos que desconsidera o papel proeminente do capitalismo no processo de erradicação mundial da pobreza.

Ainda no plano histórico, a economia de mercado desdobra-se em efeitos também *políticos*, ainda que através de várias mediações, conforme demonstraram os professores ACEMOGLU e ROBINSON²¹. Instituições que oportunizaram ampla participação das massas no mercado levaram à separação entre poder político e econômico, de forma a enfraquecer o

¹⁹ ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Por que as Nações Fracassam: As origens do Poder, da prosperidade e da pobreza*. 6º ed. Trad. Cristiana Serra, Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

²⁰ Conforme dados constantes no capítulo 1.

²¹ Cf. a obra de autoria dos mencionados professores, *Por que as Nações Fracassam (Why Nations Fail)*, a qual é resultado de 15 anos de intensa pesquisa histórica comparativa.

poder das elites aristocráticas, graças a principalmente duas mudanças institucionais: a) pela proteção da propriedade da população frente à elite política, permitindo o florescimento das relações econômicas independentemente do “aval” da aristocracia; e b) por conta do ponto “a”, pelo fenômeno da “destruição criativa”, que por sua vez leva a um “revezamento” dos ocupantes da elite econômica, impedindo-as de consolidarem seu poder pela via política além de forçarem que essas, para se manterem nessa posição no mercado, continuem a oferecer bens e serviços de interesse da sociedade.

Esses fenômenos contribuíram, na visão dos pesquisadores, para o estabelecimento das democracias, as quais, por sua vez, contribuem para a criação de efetivos direitos sociais ou para a melhora das condições de vida da população como um todo. Num sistema democrático *funcional*, estabelece-se o dever de *accountability*, que, por sua vez, minimiza a aplicação com desvio de finalidade dos recursos econômicos (controlados pelo Estado) por uma elite político-econômica. Antes, a tendência é esses reverterem progressivamente em bens e serviços à população na forma de direitos sociais (educação, saúde, segurança, infraestrutura, assistência social, etc..) conjugada com *instituições econômicas inclusivas*. Ou seja: a *divisão* entre poder político e econômico, força ambos a efetivamente servirem à população, e isso se dá quando o poder econômico é difundido e fragmentado na sociedade mediante *instituições econômicas inclusivas*.

A destruição criadora (ou criativa) gerada no campo econômico origina, por sua vez, entre muitos outros efeitos, os seguintes na esfera social:

- a) renovação tecnológica, com efeitos na qualidade de vida geral,
- b) aumento de produtividade, barateando pouco a pouco o acesso aos produtos gerados pela inovação tecnológica,
- c) o aumento da produtividade, que por sua vez, gera o aumento da renda²².

O efeito combinado entre aumento geral da prosperidade material e efeitos políticos são os gerados pelo que os professores ACEMOGLU e ROBINSON batizaram de “*instituições*

²² Ser mais produtivo significa fazer mais produtos a partir de uma dada disponibilidade de capital humano e físico disponível na economia, constituindo um caminho promissor para elevar a renda per capita de um país, tendo sido esse um dos processos pelos quais as rendas cresceram continuamente desde a Revolução Industrial nos países onde ela mais floresceu. Constata-se que países mais pobres, em geral, possuem uma baixa produtividade em comparação com países mais ricos, demonstrando a direta relação entre prosperidade e produtividade; portanto, demonstra uma estratégia necessária para o desenvolvimento dos países subdesenvolvidos. “*Sin embargo, este estudio sugiere que el aumento de la productividad en el gran sector de servicios es clave para impulsar el crecimiento económico y reducir la pobreza en América Latina y el Caribe en los próximos años*”. Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID. “*La era de La productividad: como transformar las economías desde sus cimientos*” Editado por Carmen Pagés. 2010, pg. 14, disponível *on line* em: <https://publications.iadb.org/handle/11319/4478?locale-attribute=pt>. Ainda sobre crescimento econômico e produtividade: JONES, C.I. *Introduction to economic growth*. Ed. W.W Norton & Company. 1997. VELOSO, F. *Crescimento econômico brasileiro: desafios e perspectivas*. APUD: GIAMBIAGI, F., PORTO, C. 2022: *propostas para um Brasil melhor no ano do bicentenário*. Ed. Campus-Elsevier. 2011.

político-econômicas inclusivas”. Esses processos, em países subdesenvolvidos como o Brasil, ainda não se desenvolveram plenamente, em parte dadas as persistentes distorções econômicas oriundas de nosso sistema normativo e pelo locupletamento dos recursos públicos para finalidades outras que não o interesse público.

Em terceiro lugar, saindo do plano histórico para a verificação mais específica da concretização do conteúdo de cada direito social, a economia (mesmo que em diferentes graus) ainda revela sua relevância, senão até a preponderância.

Por exemplo, o direito à alimentação requereu amplo desenvolvimento da agricultura e agropecuária no Brasil, de forma a oportunizar alimentos a custo acessível a toda população; ou a necessidade de desenvolvimento econômico para a oferta ampla de emprego (art. 7º), etc. Mesmo o programa Bolsa-Família, que pareceria, a princípio, imune a qualquer consideração econômica, acaba sendo afetado: o valor monetário dado ao beneficiário constitui meramente moeda de troca, portanto, fenômenos como a inflação e o custo dos produtos básicos impactam diretamente o poder aquisitivo do benefício, logo, determinam o seu grau de impacto social.

Em quarto lugar, não se pode olvidar de destacar o fato de que o grau de desenvolvimento econômico de um país determinará a disponibilidade de riqueza passível de ser absorvida pelo Estado para financiamento de todo o aparato governamental que visa, agora pela ação estatal, entregar o conteúdo dos direitos sociais à população vulnerável economicamente. É o limite das reservas orçamentárias que determina um obstáculo incontornável à concretização dos direitos sociais *quando realizada pela ação estatal prestacionista*: a famosa “reserva do possível”.

Ao discutir a atuação estatal, constata-se que existem duas principais maneiras do Estado influenciar a economia e a distribuição de bens e renda no que tange os direitos fundamentais:

i) A primeira, pela absorção da riqueza da sociedade via tributos. A absorção do poder aquisitivo da população ramifica-se na capacidade que lhes resta para consumo e/ou empreenderem a novos investimentos. Significa que uma *excessiva* absorção redundará em aumento da pobreza, via desemprego, estagnação econômica, e diminuição da oferta de bens e serviços essenciais, atingindo de morte o conteúdo de vários dos direitos sociais. Essa situação pode levar a um *círculo vicioso*²³, onde os maiores atingidos são justamente os mais vulneráveis economicamente.

ii) A segunda forma, a qual será objeto de estudo, é através da norma em sentido amplo (legal e infralegal - ou “instituições formais”, na teoria da Nova Economia Institucional),

²³ ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Por que as Nações Fracassam...*ob.cit., nota 19.

pois essas demarcam os caminhos por onde a economia poderá fluir, podendo essa demarcação lavar ao florescimento da economia e à distribuição de renda ou aos efeitos contrários. A má-qualidade do ordenamento causa efeitos como os aludidos: exclusão econômica justamente de populações em situação de hipossuficiência, imposição de custos extras para a atividade como um todo por conta de imposições burocráticas extraordinárias que absorvem o poder de produtividade e atravancam o crescimento econômico, de forma a impedir o pleno desenvolvimento das condições materiais para a satisfação das necessidades materiais representadas pelo art. 6º da Constituição.

Em seu ápice, a perversão das instituições gera o fenômeno nomeado como “capitalismo de Estado”, ou “capitalismo de laços” (que na verdade é a negação total do capitalismo original) resultado do entrelaçamento entre elites econômicas *que passam a utilizar justamente do poder institucional do Estado para garantirem, entre outros, reserva de mercado, de forma a escaparem do ambiente de competitividade necessária para que o capitalismo produza seus efeitos sociais benéficos.*

3. Relação entre Legística e Análise Econômica do Direito

Abordar o tema “economia” e “Direito” logo traz à mente a metodologia da Análise Econômica do Direito. Realmente, ambos os ramos do conhecimento jurídico compartilham alguns traços comuns, como a origem na abordagem benthamiana da lei, de forma analisá-la em sua dimensão *dinâmica* e da utilidade, de forma a aferir o efetivo bem-estar social derivado das mesmas.

Mas também há diferenças. A abordagem da AED segue a metodologia econômica neoclássica *in totum*, utilizando modelos matemáticos de forma a prospectar os efeitos da norma (como a “Teoria dos Jogos”). Já a Nova Economia Institucional problematiza e adapta tal metodologia, como se verá mais adiante.

A Legística igualmente procura prospectar os efeitos das normas, mas sua abordagem não é matematizável, antes, se utiliza de dados e da econometria *juntamente* com outras fontes, de forma a tentar traçar um cenário mais amplo e realista possível, inclusive, com a abertura de meios de comunicação com a população a ser afetada pela norma. Nesse sentido, uma abordagem como a da AED constituiria uma ferramenta auxiliar, não uma abordagem totalmente coincidente com a da Legística. A Legística utiliza a abordagem indutiva e dedutiva, num movimento de *vai-e-vem* entre princípios constitucionais e dados empíricos, de forma a tentar traçar a melhor estratégia para operacionalizá-los; enquanto que a AED é profundamente

dedutiva em sua dimensão normativa.

Nesse sentido, há maiores coincidências entre a Nova Economia Institucional de Coase e North com a Legística, pois ambas tem em vista o cenário institucional *global*, não apenas uma determinada norma, enquanto que a AED desenvolveu sua metodologia para a análise focalizada de uma norma ou um conjunto normativo específico – por exemplo, uma determinada Regulamentação. Como afirma SHAVELL, a análise econômica do Direito no que respeita a análise estrutural do Direito encontra-se ainda numa etapa embrionária.²⁴ Além disso, tanto a abordagem da Legística quanto da Nova Economia Institucional escapam à matematização da economia neoclássica.

Por fim, existem pontos de afastamento entre a Legística e a AED, em especial a abordagem de Richard Posner. Efetivamente, a AED mostrou-se uma ferramenta muito útil para o cenário da *commom law*, dada a maior liberdade de decisão do magistrado. Já a Legística tem entre seus princípios o respeito à coerência *total* do sistema normativo, de forma que o ativismo judicial constitui uma fonte de desequilíbrio da aplicação da norma quando recorrente. Nesse sentido, VERMEULE apresenta uma crítica ao excessivo “ativismo judicial” de POSNER, considerando que a posição institucional dos magistrados os impediriam de ultrapassarem o que determina a literalidade legal, pois os mesmos não se mostram com o aparato necessário para verificarem as consequências *sistêmicas* de seus julgados. Por isso, segundo o autor, agências e legisladores encontram-se na melhor posição e com a estrutura institucional necessária para procederem a tais estudos²⁵. Desta forma, a Legística constituiria a abordagem mais completa e que lida com a lei no momento ótimo: no do seu nascimento. A metodologia da AED é mais adequada para a atividade judicial que para a legislativa, dada a maior amplitude de ação dessa última.

4. Uma abordagem empírica dos efeitos concretos da lei na sociedade: do Positivismo à Legística.

Todavia, as bases que permitem o desenvolvimento econômico ou mesmo sua manutenção em um nível ótimo recebem pouca atenção dos juristas e militantes dos direitos fundamentais sociais, isso quando o desenvolvimento econômico não é colocado até mesmo como algo negativo ou um obstáculo. Por conseguinte, sente-se uma lacuna no tratamento do

²⁴ SHAVELL, Steven. *Fondamenti dell'analisi economica del Diritto*. Edição italiana por Donatella Porrini. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005, pg. 474.

²⁵ VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty – an institutional Theory of Legal Interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

tema “concretização dos direitos fundamentais sociais”, pela ausência de investigações que considerem as imbricações entre direitos sociais e economia, e como tais possíveis imbricações poderiam ser articuladas e aperfeiçoadas no plano jurídico.

Além disso, a constatação da importância da dimensão econômica para a concretização do conteúdo dos direitos fundamentais sociais revela que, em certo nível necessário de interferência na realidade social, o raciocínio jurídico *subsuntivo* mostra-se inadequado ou insuficiente. A economia – especialmente a sofisticada economia de mercado - é um fenômeno que abrange toda a sociedade, pela articulação coordenada da conduta de milhares (até milhões) de agentes, sendo que só por tal coordenação é que se pode chegar até o efeito desejado “entrega de uma casa”, “fornecimento de alimentos”.

Em contrapartida, a forma mais elementar de concretização de uma norma se dá pela modulação da conduta individualizada (individualizável) pela aplicação/ameaça da sanção estatal. Ou seja, os direitos fundamentais, em níveis mais complexos de realização/concretização, não se efetivam mediante simples atitudes atomísticas de ação ou inação, ainda que governamentais; antes, devem ser compreendidos como princípios estruturantes de todo o Ordenamento²⁶, por conseguinte, do Estado, necessitando de um conjunto vasto e articulado de políticas públicas, instituições e ações humanas econômicas que os efetivem. Em certa medida essa constatação já se faz presente pela técnica constitucional de veicular os direitos sociais preferencialmente por normas programáticas, acoplando a satisfação de tais direitos às políticas públicas²⁷ (por exemplo, política de subsídio à aquisição da moradia própria). Todavia, faltava-lhe uma metodologia para sua aplicação, e enxergamos na *Legística* essa metodologia.

Ao se ter em mente o processo histórico de prevalência da economia de mercado para satisfação das necessidades materiais e a dimensão programática dos direitos sociais, emerge a constatação de que ainda resta uma lacuna na articulação entre o debate jurídico e a fenomenologia desta no “mundo da vida”, especialmente quando consideramos que o art. 6º da Constituição impõe deveres ao Estado que são majoritariamente cumpridos mediante políticas públicas, ou seja, *mediados* pelo agir econômico de atores outros que o Estado.

Esse constrangedor *silêncio* ganha especial relevo num momento em que as

²⁶ Ver: “Teoria dos Direitos Fundamentais como Teoria Estrutural”, em ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª edição. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Editora Malheiros. 2011, págs. 42 e ss.

²⁷ “Assim, por exemplo, consagra-se um direito à saúde e uma política de realização da saúde com base num serviço nacional de saúde universal e gratuito; reconhece-se o direito ao ensino mediante uma política de democratização do ensino baseada na gratuidade progressiva dos vários graus de ensino; proclama-se o direito à segurança social com base num serviço nacional e unificado de segurança social.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 1ª ed. Brasileira, 2ª ed. Portuguesa, Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2008, pg. 130.

investigações da ciência econômica chegaram ao estágio de apontarem o profundo imbricamento entre Direito e Economia, tendo como marco a obra de Douglas North (Nobel de Economia de 1993). A lei (juntamente com outras normas sociais) possui um papel essencial para o nível do fluxo das trocas econômicas e a distribuição dos bens e da riqueza. Logo, determinante também na distribuição dos bens materiais necessários para a satisfação das necessidades humanas básicas: moradia, alimentação, vestuário, lazer, entre outros.

Ao mesmo tempo, essa *modulação* dada pela lei à economia não se manifesta apenas diretamente, ou seja, como uma relação simples de causa e efeito diretamente constatável; antes, também sistemicamente, com efeitos concêntricos e com ramificações complexas que retornam ao ponto de origem podendo redundar num círculo vicioso que se retroalimenta.

Se a economia é a forma *essencial* de uma sociedade suprir suas necessidades básicas materiais, e se a prosperidade material gerada pelo capitalismo é o fenômeno social que sustenta economicamente um Estado de bem-estar social, seja pela provisão direta dos bens, seja de forma indireta, via pagamento de tributos que se revertem em serviços públicos; se as Instituições (como a lei e políticas governamentais) modulam, aperfeiçoam, otimizam ou obstaculizam as trocas econômicas, **o estudo sistêmico dos efeitos das leis e das políticas públicas torna-se imperativo para a verificação de como aquelas afetam a *efetividade* de um direito social.**

Tendo em vista que os direitos fundamentais – entre eles, os sociais – justificam o próprio Estado de Direito, de acordo com a Constituição, tudo aquilo que se revele *faticamente* relevante para a concretização daqueles, torna-se também relevante à dogmática, sendo um imperativo sua articulação com o plano jurídico-constitucional, com efeitos que se ramifiquem por todo o Ordenamento.

A economia de mercado já se encontra integrada em nossa ordem jurídica pela Constituição (art. 170); todavia, economia e direitos sociais são costumeiramente representados como subsistemas estanques na realidade, onde, no máximo, aquela (a economia) devesse “compensar” os beneficiários dos direitos sociais. Todavia, não há tal separação fática, mas um imbricamento, entrelaçamento, tal como já descrito. Os mesmos beneficiários dos direitos sociais são também participantes atuais e/ou potenciais atores do fenômeno econômico. Emergeria, assim, um princípio metajurídico que torna *imperativa* a articulação do econômico com os direitos sociais, como necessário para a total concretização dos mesmos.

Nesse sentido, o Min. Luiz Roberto Barroso:

“As garantias sociais consubstanciam-se na capacidade de o Estado prover adequadas condições materiais a seus habitantes, tomados em sua dimensão *individual e coletiva*. Elas estão associadas a dois fatores: a) *a capacidade de geração de riquezas no âmbito da sociedade*, b) a forma de distribuição dessas riquezas pelos indivíduos que a integram. Sobretudo no que concerne ao segundo aspecto, avulta em importância a atuação das forças sociais, formal ou informalmente congregadas, no sentido de conformar o desempenho do Estado ao preenchimento das necessidades essenciais da coletividade e a justa partilha dos frutos do trabalho. Trata-se, como se percebe claramente, de um *plano metajurídico* – timbrado por componentes econômicos e ideológicos – mas que figura, conforme assentamos em outra parte, como *pressuposto de fato* para o exercício pleno dos direitos fundamentais positivados”²⁸

O aprofundamento da pesquisa, em especial no ramo da Nova Economia Institucional, revelou que existem novas formas de se promoverem os direitos sociais através do *aperfeiçoamento* das instituições normativas existentes em uma sociedade. Esses achados convergem com o ramo da Legística, a qual visa justamente o aperfeiçoamento de: i) *institutos jurídicos já existentes*, ii) *estudo prospectivo dos efeitos das futuras normas e das políticas públicas*.

4.1. Necessidade da Legística para efetividade da norma frente a organicidade do fenômeno econômico.

Os fenômenos sociais, sendo especialmente explícito na economia, comportam-se orgânica e sistemicamente. Os desdobramentos sistêmicos podem redundar em “círculos virtuosos” ou “círculos viciosos” a depender dos *inputs* fornecidos. Soma-se à íntima relação entre economia e concretização do conteúdo dos direitos sociais, entendidos esses num sentido amplo de construção de um *padrão mínimo de qualidade de vida e oportunidades econômicas*.

A organicidade/sistematicidade do comportamento dos fenômenos sociais revela a limitação do raciocínio jurídico meramente *subsuntivo* (a saber, premissa maior-premissa menor: adequação/inadequação)²⁹ no que tange a concretização *eficaz* da dimensão programática dos direitos fundamentais sociais, como já apontado. Ações governamentais que tenham como meta declarada a efetivação de um direito social - como leis e políticas públicas – necessitam estar coerentemente articuladas e integradas com as demais ações governamentais, tendo por régua um horizonte mais amplo que tenha em mira finalidades globais e o comportamento orgânico dos fenômenos sociais. Consequentemente, o raciocínio adequado

²⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pgs. 119-120.

²⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6ª ed., rev., atual. e ampliada. Editora Saraiva, 2004, pág. 355.

para tanto necessita ser multifocal, ou “multidirecional”³⁰ (conforme feliz expressão do aludido Min. Barroso). O raciocínio adequado é, portanto, o da *razão prática*. *O exercício da razão prática cabe, precipuamente, ao legislador, pois é ele quem tem diante de si o fato bruto e a total liberdade de decidir por legislar ou não, e o conteúdo da legislação*. Como enfatiza SOARES: “a escolha do conteúdo da lei é um momento de máxima discricionariedade dentre as funções estatais.”³¹

O exercício da razão prática na elaboração de uma nova lei implica a prospecção de seus efeitos concretos na realidade, especialmente os efeitos econômicos. Tal análise prospectivo-econômica que tenha em foco a satisfação de um direito social já se observou na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. No RE nº 407.688-SP, os ministros utilizaram instrumentos de *análise econômica* sistêmica para verificarem se a revogação do art. 3º, VII, da Lei 8009/90 (que excepciona a regra da impenhorabilidade do bem único do fiador em contratos de locação, para a satisfação do crédito do locador). A inteligência da decisão sublinha que tal revogação poderia redundar no encarecimento dos valores de aluguel, logo, na maior dificuldade de satisfação do *direito à moradia* (art. 6º), pois a *ratio* do legislador havia sido a de criar um ambiente econômico que facilitasse o acesso à moradia, ao proporcionar aos proprietários de imóveis uma segurança para os mesmos oportunizarem imóveis para alugar.

O que se destaca é a necessidade para que tal análise seja incorporada sistematicamente como critério prévio a integrar a base fático-legitimadora da ação estatal. A análise das imbricações entre economia e direitos fundamentais faz-se sob o prisma da percepção da necessidade da racionalização da gestão pública e das leis.

Com base nisso, a *Legística* mostra-se pertinente ao tema da concretização dos direitos sociais. A Legística constitui um ramo da pesquisa jurídica dedicada à fase prévia à elaboração legislativa, buscando racionalizá-la, com vistas à *efetividade social* da norma resultante (legística material) e ao aperfeiçoamento tanto da compreensibilidade quanto ao acesso de seu conteúdo (legística formal). Por conta disso, a Legística, ou Ciência da Legislação, inaugura todo um ramo de estudos que visam a “concepção de estratégias em prol da reordenação do sistema”³² e a re-justificação do impulso de legislar. A superação da crise do Estado Social passa pela racionalização da legislação, do tipo que seja sensível ao contexto. Por conta disso, a Legística tem entre seus métodos justamente a interdisciplinariedade, o raciocínio empírico e consequencialista. “*Visando racionalizar a produção normativa, a Legística se apoia nas*

³⁰ BARROSO, idem, idem.

³¹ SOARES, Fabiana de Menezes. *Legística E Desenvolvimento: A Qualidade da Lei no Quadro Da Otimização De Uma Melhor Legislação*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, nº 50, p. 124-142, jan. – jul., 2007, pg. 130.

³² SOARES, Idem, Idem

ciências sociais para apreender a realidade [entre elas a economia] e nas ciências da comunicação e da linguagem para formular as normas.”³³

A Legística insere-se no horizonte mais amplo de racionalização das políticas públicas³⁴. As ambições do Estado Social, as inúmeras responsabilidades acumuladas, sua penetração na sociedade, são desafios cuja implementação, aos poucos, expôs as limitações da racionalidade jurídica positivista, que vê na sanção e na imposição estatal garantia suficiente para a efetivação da norma.

A busca da eficácia legislativa passa igualmente pela reconquista da *legitimidade*³⁵ da norma, a qual se baseia não mais em seu poder impositivo, mas em sua aceitabilidade, receptividade e realizabilidade. A nova concepção de eficácia jurídica repousa também sobre a adesão que ela possa recolher. Como observa SOARES, ambas as dimensões da Legística (material e formal) “*se interessam pela ampliação do círculo de interlocutores entre as prenoções e representações sociais da realidade que compõe o potencial repertório de normas*”.

Nesse novo cenário de busca de re-legitimação, do desafio de concretização da norma frente dado o gigantismo do Estado contemporâneo e o abismo que se criou entre o reconhecimento da legitimidade da norma pelo cidadão, a economia emerge como uma área especialmente suscetível à (in) capacidade das normas de corresponderem às necessidades dos indivíduos, pois nela concentram-se quase todas as relações de cunho potencialmente conflitivo, com reflexos diretos nos direitos fundamentais dos cidadãos. A teia da coordenação social que conecta – por exemplo - desde a produção de uma simples laranja até sua distribuição ao consumidor final é complexa e ao mesmo tempo delicada.

5. Convergência entre o plano empírico-utilitarista e o plano axiológico.

O Estado necessita de recursos para cumprir com suas tarefas de cunho social. A lógica da realidade nos obriga a reconhecer que quanto maior o número de indivíduos envolvidos com a atividade econômica, maior será a base econômica tributável de uma sociedade. No mesmo sentido, também quanto menor o número de indivíduos dependentes dos

³³ DELLEY, Jean-Daniel; FLÜCKIGER, Alexandre, *A Elaboração Racional Do Direito Privado: Da Codificação à Legística*. Cad. Esc. Legislativos, Belo Horizonte, v. 9, n. 14, jan./dez. 2007, pg. 35.

³⁴ CHEVALLIER, Jacques. *A racionalização da produção jurídica*. Legislação: Cadernos da Ciência da Legislação. Instituto Nacional de Administração. Nº 3, Janeiro/Março, 1992,

³⁵ “Longe de caminhar no sentido da restauração da racionalidade jurídica tradicional, racionalização dos processos de produção legislativa não mais do que confirmar a acentuar o seu declínio: não só porque demonstra que a norma jurídica se vê doravante obrigada a *conquistar uma legitimidade*, que já não lhe é inerente, demonstrando, porque essa racionalização é indissociável da norma *concepção instrumental do direito*, de que ela é a concretização.” (grifos do autor). CHEVALLIER, Jacques, ob.cit., pg. 9

benefícios estatais, ou quanto menor o grau de dependência, mais recursos sobram para o melhor atendimento das necessidades dos indivíduos que se encontram em situação de vulnerabilidade, tais como crianças, idosos, doentes e gestantes.

Portanto, temos aqui razões econômico-utilitaristas que não podem deixar de ser levadas em conta, que justificam o enfoque na emancipação econômica dos indivíduos: cada indivíduo que se emancipa economicamente, utilizando, assim, menos recursos governamentais, *torna-se ele mesmo um auxiliador na tarefa socialmente compartilhada de proteção dos mais vulneráveis*. A contribuição desse indivíduo se dá em três dimensões principais: i) por contribuir pessoalmente com pagamento de impostos e taxas, ii) por contribuir com sua força de trabalho e/ou inventividade com a economia, iii) pelo alívio no gasto público. Cada indivíduo ou família que se emancipa economicamente representa para o Orçamento Público um ganho de ordem **geométrica, não meramente aritmética**.

Temos, assim, uma constatação de ordem *utilitarista*. O utilitarismo de Bentham, para lembrar aqui seu idealizador, tomava o Direito como um *instrumento* cuja manipulação se daria pelo critério da utilidade, também denominado *princípio da maior felicidade*.³⁶ Segundo esse critério, o conteúdo de uma lei ou política deveria ser determinado pela verificação de qual seria aquele que contribui para o atingimento do bem-estar do maior número possível de pessoas.

Mas a emancipação econômica do indivíduo repousa também em razões de caráter axiológico, que são, em última análise, as mais importantes para essa mestranda. Não se pode admitir que a manutenção de seres humanos na condição de eternos dependentes realize *integralmente* o princípio constitucional da Dignidade Humana, *especialmente quando as razões de tal situação são oriundas do próprio arcabouço normativo, e não do mercado ou de causas pessoais*. O auxílio, socorro nos casos emergenciais, assim como um sistema previdenciário que sirva como colchão social no caso de doença, desemprego, invalidez e idade são também imperativos, especialmente diante da possibilidade econômica de se ter tal sistema social que o capitalismo criou. Todavia, não se pode parar nesse ponto, especialmente quando o Estado está contribuindo para a perpetuação de desigualdades.

Uma vez conscientes que o processo de erradicação da pobreza, criação e distribuição da prosperidade material e estabelecimento dos direitos sociais possui especial relação com a economia, e que essa é sensível ao desenho jurídico-institucional, não há porque se conformar com a limitação da concretização dos direitos sociais apenas no seu âmbito “prestacionista”.

³⁶ MOTA, Louise Menegaz de Barros. *Jeremy Bentham: Entre o esquecimento e o retorno às ideias de um visionário*. Brasília a. 49 n. 196 out./dez. 2012.

Tomando por empréstimo a tese de Amartya SEN desenvolvida em sua obra “Desenvolvimento como Liberdade”, na qual trabalha o conceito de “liberdades substantivas”³⁷, efetivam-se mediante a coordenação das “capacidades” de forma a não só mirarem a satisfação das necessidades básicas e imediatas, mas a culminarem na efetiva emancipação de cada um, ou seja, a efetivarem a final liberdade plena. A liberdade individual transforma-se num “comprometimento social”³⁸. Indo além, a efetivação da *liberdade* constitui a justificação do *próprio contrato social*, que garante a prerrogativa do próprio Estado de Direito de emitir normas, conforme a teoria do jusfilósofo WINTGENS³⁹.

Observe que o conceito emprestado de Amartya SEN de liberdades substantivas nos auxilia a expor de forma mais precisa a hipótese aqui levantada. Não se está advogando pela *substituição* da teoria dos direitos fundamentais sociais com cunho eminentemente prestacionista por políticas exclusivamente liberais. A hipótese defende, antes, e por força das evidências historiográficas e econômicas coletadas, a necessidade de uma **expansão** da dogmática dos direitos fundamentais sociais, de forma a albergar também aquelas, quando se mostrarem necessárias.

5.1. Novas formas de garantir a efetividade dos direitos sociais.

Ao destacarmos o contexto no qual os direitos sociais se inserem, de forma a constatar os graus de imbricamento e até de coincidência entre conteúdo de direitos sociais e fenômenos econômicos, tem-se em vista *iluminar novos meios de ação mediante os quais o Estado pode atuar ou aperfeiçoar sua intervenção na realidade*, de forma a contribuir para os processos que culminam na satisfação dos direitos sociais.

Como se verá mais à frente, uma parcela dos direitos sociais é veiculada mediante a técnica da *norma programática*, a qual estabelece *fins* a serem alcançados, em detrimento da eleição dos *meios*, de forma que se abre a obrigação de análise de quais meios são mais *eficientes*, estando entre eles instrumentos de ação direta (prestação direta do conteúdo do direito social) ou indireta (ação de fomento) pelo Estado.

Além dessas duas formas, tem-se a análise das formas de promoção da emancipação econômica dos indivíduos. Tendo em vista que a lei pode ser fator de exclusão econômica de indivíduos assim como de obstáculo ao crescimento econômico como um todo (pelo peso burocrático, como se verá adiante), tem-se duas dimensões de ofensa ao direito social ao

³⁷ SEN, Amartya. ob. cit., pgs. 32 a 34.

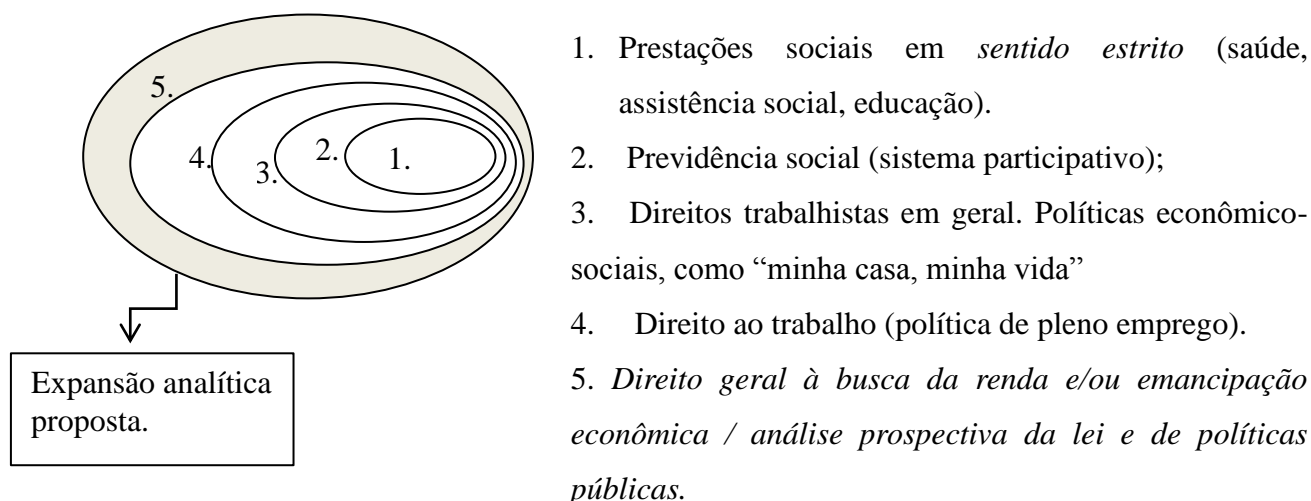
³⁸ SEN Amartya, ob.cit, pg. 359 e ss.

³⁹ WINTGENS, Luc J. *Legisprudence: Practical Reason in Legislation*. University of Brussels, Belgium, 2012.

trabalho e ao exercício de um ofício; assim, à luz da efetividade dos direitos sociais, a retirada de tais obstáculos jurídicos se impõe.

Podemos assim, mediante uma representação gráfica, exemplificar o grau de mediatidade/imediatidade da ação estatal para concretização do direito social, partindo de ações diretas para as indiretas e culminando no plano de garantia da ação dos indivíduos e de análise econômica sistêmica das políticas públicas:

Gráfico 1.



Essa representação da articulação dos níveis de “mediatidade” da ação estatal, culminando na emancipação econômica dos indivíduos, coincide com a teoria já mencionada de Amartya SEN, a qual será exposta em mais detalhes em nosso capítulo final.

As implicações jurídicas passíveis de serem levantadas da aplicação desse princípio meta-jurídico que se impõem são várias, mas no espaço dessa dissertação serão desenvolvidas: a) *princípio geral de emancipação econômica como desdobramento do princípio superior de dignidade humana, que leve ao aperfeiçoamento dos institutos econômicos que permitem os indivíduos a participarem ativamente da economia;* e b) *a verificação sistêmica de como as instituições podem oportunizar ou prejudicar o acesso aos bens sociais pelas vias econômicas.*

Tomando como exemplo os planos macro e microeconômico da ciência econômica, como primeira hipótese, temos implicações que operam microeconomicamente, ou no plano individual, mas que buscam sua fundamentação diretamente dos princípios da República (art. 1º CF), em especial na realização de uma das dimensões da dignidade da pessoa humana (inciso III, art.1º), e secundariamente na cominação com a realização da cidadania (inciso II) e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (IV).

O beneficiário do direito social é também *ator* do fenômeno econômico, como já

mencionado. Se a filosofia liberal mostra-se insuficiente por focalizar o indivíduo apenas sob o enfoque da autossuficiência, sem levar em conta os desafios da realidade social, também uma filosofia de cunho socialista peca por focalizar o indivíduo sob a luz exclusiva da *passividade*, além de incentivar um suposto antagonismo entre economia e prosperidade social. Constitui um erro desprezar a participação econômica *efetiva* e/ou *potencial* mesmo daqueles que hoje são dependentes do auxílio estatal financeiro.

Ou seja, se a dimensão última dos direitos sociais implica também a emancipação econômica do indivíduo, de forma a poder prover por si e como forma de realização da personalidade, todo obstáculo jurídico que esteja dificultando desnecessariamente o exercício desse direito geral de emancipação mostra-se ilegítimo e, até, inconstitucional, sob a luz dos direitos sociais, e em especial à luz do direito-princípio “trabalho” e “livre iniciativa”.

5.2 A transversalidade da emancipação econômica como um direito no conjunto dos direitos sociais.

Além de a emancipação econômica derivar de princípios constitucionais e dos direitos humanos, **há uma convergência entre esse plano axiológico e o plano empírico utilitarista ao focalizarmos a emancipação econômica como um direito no conjunto dos direitos sociais:** no plano axiológico, porque tal exercício é constitutivo da Dignidade da Pessoa Humana, e no plano utilitário, porque o seu exercício pelo melhor número possível de indivíduos contribui para a prosperidade geral da sociedade, e para a satisfação das necessidades dos impossibilitados ao trabalho em particular. Além disso, a “emancipação econômica” do indivíduo constitui o fim imediato do direito social e princípio constitucional do “trabalho”. Tal princípio, além de se tratar de um dos “fundamentos” da República (art. 1º, IV), constitui um primado compartilhado tanto entre a Ordem Social Constitucional (art. 193) e a Ordem Econômica Constitucional (art.170 *caput*).

Esse alinhamento entre o plano *empírico* com o plano *axiológico* constitui uma das metas da Legística, pela articulação de conhecimentos que auxiliem a eleger a melhor *operacionalização de princípios constitucionais*.

6. Estrutura.

A presente pesquisa, ao procurar investigar a efetividade dos direitos sociais de forma

mais aprofundada, culmina na necessidade da verificação dos *efeitos sistêmicos do Ordenamento*. Para tanto, procurou articular como a ação conjunto de três campos do conhecimento podem auxiliar nessa tarefa: Legística, Nova Economia Institucional e os princípios constitucionais. De forma a apresentar o caminho percorrido até tal conclusão, a presente dissertação seguirá a presente ordem:

A primeira parte, consubstanciada nos três primeiros capítulos, busca apresentar alguns *conceitos e fatos econômicos básicos*, oriundos prioritariamente da Nova Economia Institucional, cuja compreensão servirá de base para a perspectiva a partir da qual se procederá à análise da articulação entre efetividade dos direitos sociais, Autonomia e os diferentes tipos dos deveres do Estado.

Nesse íterim, o primeiro capítulo pretende responder sucintamente à seguinte pergunta: por que o desenvolvimento econômico importa para o tema “direitos sociais”? Pois bem, se compreendermos que o fim desses é a garantia de um estado de bem-estar sócio-econômico, deve-se reconhecer que o processo de prosperidade material e econômica que se experimenta desde a Revolução Industrial constitui uma novidade na História Humana, e é graças a esse processo que se pôde construir um “estado de bem-estar social” nas nações desenvolvidas.

Posta essa base, passar-se-á à apresentação de algumas teorias que apontam a relação entre instituições e desenvolvimento econômico-social. A ponte entre Economia e Direito será o foco do segundo capítulo, apresentando os fundamentos da Nova Economia Institucional e os delineamentos dos pontos que mais interessam ao gestor público e aos juristas. No terceiro capítulo, apresentam-se muito sucintamente a compreensão que o “historicismo institucional” tem da relação entre desenvolvimento econômico e instituições que oportunizem níveis de liberdade econômica. Indutivamente, mediante o acúmulo fático que demonstra o persistente paralelismo entre instituições econômicas *inclusivas* e desenvolvimento social, apresentar-se-á a ponte entre instituições e desenvolvimento econômico-social na História.

Postos esses fatos e conceitos fundamentais, passaremos a analisar como a profunda imbricação entre o fenômeno e concretização e efetividade dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais e dos direitos fundamentais sociais *repercute do campo jurídico*. Destacar-se-á também como, em especial na compreensão dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais, a dimensão ativa do indivíduo se apresenta, determinando graus de ação do Estado (deveres de meio, de resultado e de defesa contra terceiros) e a necessidade de se levar em conta do Princípio da Autonomia que inicia o Pacto Internacional dos Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais.

Após, apresentar-se-ão as pesquisas que denunciam a exclusão econômica causada por conjuntos normativos burocratizantes e alienados das necessidades econômicas da população carente. Ou seja, tais estruturas normativas ofendem o princípio da Autonomia e redundam – ou, ao menos, intensificam e solidificam - a exclusão econômica da população hipossuficiente. Para tanto se apresentarão as pesquisas que ocorrem sob o guarda-chuva do “paradigma” do *Economic Empowerment of the Poor*. Essa visão compreende que se faz necessário um repertório amplo e coordenado de ações governamentais e reformas institucionais com vistas a sanar tais obstáculos. Para tanto, indicamos como tais medidas convergem com a racionalidade metodologia da Legística e da Nova Economia Institucional.

O desenvolvimento das hipóteses levantadas e pela demarcação do problema de como a explosão legislativa desordenada redundando na exclusão econômica dos hipossuficientes, nos leva à *conclusão da necessidade de uma reordenação do sistema normativo* para a efetividade dos direitos sociais. A terceira parte (capítulos 6 e 7), assim, procurará apresentar uma proposta inicial de reordenação do sistema normativo. Mediante uma reflexão que procure aliar tanto o plano jusfilosófico quanto o pragmático, apresentar-se-á a racionalidade desenvolvida pela Legística e Legisprudência. Destacar-se-á como os fundamentos filosóficos e a metodologia da Legística furam a dicotomia abstracionismo vs. empirismo na qual caiu a doutrina no que concerne direitos fundamentais, e como sua metodologia absorve juridicamente as complexidades fáticas de forma a dar-lhes maior *efetividade e legitimidade*. Por fim, tendo em vista a organicidade dos fenômenos sociais, conclui-se pela necessidade/obrigação da avaliação prospectiva econômico-sistêmica das políticas públicas e das leis com base na metodologia da Legística, de forma a *completar* a dogmática referente à concretização e proteção dos direitos sociais.

No capítulo final, partindo das premissas jusfilosóficas da Legisprudência, esboça-se uma proposta de um *princípio* para tal reordenação, partindo do princípio justificador do “Contrato Social” sendo o da “Liberdade como *principium*”, tal como construído por WINTGENS. À sua luz, depreende-se a necessidade da *densificação da Autonomia pelo reconhecimento da proteção ao direito ao trabalho de forma expandida*, ou seja, não limitada à relação empregatícia, antes, como princípio que proteja a livre iniciativa individual de forma ampla, uma vez que situações como a exemplificada inicialmente (dos produtores artesanais de queijo mineiro) necessitam serem sanadas de indevidas interferências, sejam de terceiros ou por parte do Estado. Tal princípio deriva do inciso III do art.1º c/c inciso IV, somado ao princípio meta-jurídico implícito pelo conjunto dos direitos sociais, qual seja, a da garantia da satisfação das necessidades materiais essenciais.

Capítulo 1

DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO COMO SUSTENTÁCULO PARA O DESENVOLVIMENTO HUMANO INTEGRAL.

1. A “grande escapada”.

Angus Deaton⁴⁰, ganhador do prêmio Nobel de Economia em 2015, descreve a passagem do estado de pobreza onipresente da Humanidade para o estado de relativa fartura material atual, graças ao desenvolvimento econômico como uma “grande escapada”, servindo de título de uma de suas obras. Em suas palavras: “*a Grande Escapada (...) é a história da Humanidade escapando de privação e morte prematura, e como as pessoas fizeram para fazerem suas vidas melhores, e abriram o caminho para outros seguirem.*”⁴¹ A “abertura do caminho”, segundo Deaton, se efetiva tanto no nível coletivo, quanto individual, repercutindo intergeracionalmente. A geração anterior lega a seus filhos instrumentos para estes obterem melhores condições sócio-econômicas que a de seus pais⁴².

Sendo o nosso meio principal de conhecer a história humana o que nos relatam os registros históricos escritos⁴³, pode-se afirmar que por pelo menos 7200 anos a Humanidade não conheceu um estado de exuberância material, física e de segurança de liberdades políticas tal qual a experimentada pelos países desenvolvidos atualmente. Ou seja, praticamente desde seus primórdios até bem pouco tempo atrás, a pobreza material – com suas características próprias e variações por locais e momentos históricos, obviamente – constituía a regra na Humanidade.

As primeiras nações que começaram a experimentar uma maior exuberância material – e de forma a que essa prosperidade se alastrasse pelas demais nações que as seguiram – foram aquelas que embarcaram no processo de transformações do processo produtivo e econômico como o que se observa primeiramente com o mercantilismo⁴⁴, despontando inicialmente na Holanda.

⁴⁰ *Dwight D. Eisenhower Professor of Economics and International Affairs na Woodrow Wilson School of Public and International Affairs and the Economics Department at Princeton University.* Em 2015 foi distinguido com o Prêmio de Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel “por suas análises do consumo, pobreza e bem-estar”. Fonte: http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2015, acessado em 30.03.2016.

⁴¹ No original: “The Great Escape of this book is the story of mankind’s escaping from deprivation and early death, of how people have managed to make their lives better”. *The Great Escape: Health, Wealth, and the origins of Inequality.* Princeton University Press, 2013

⁴² O Autor utiliza sua própria história familiar para exemplificar o fenômeno. Idem, Prefácio.

⁴³ Os vestígios mais antigos de escrita são as Tábuas Tártaras descobertas na Romênia, com datação estimada de 5500 antes de Cristo.

⁴⁴ Sistema político econômico que evolui com o estado moderno e que procura assegurar a soberania econômica e

Todavia, o primeiro país a experimentar crescimento econômico sustentado de forma destacada foi a Inglaterra. O crescimento iniciou-se gradualmente na segunda metade do século XVIII à medida que a Revolução Industrial, alimentada pelas inovações tecnológicas, engatilhava um “círculo virtuoso” “que se auto alimentava”⁴⁵. As nações que entraram no complexo processo de desenvolvimento econômico-social experimentaram um enriquecimento contínuo que as afastou do patamar de riqueza relativa experimentada pelas demais. A esse processo de diferenciação deu-se o nome de “divergência” ou “descolamento”.

A metáfora utilizada pelo laureado economista, Angus DEATON, para representar a transformação para o estado de relativa abundância atual como uma escapada da “morte prematura, da doença e da pobreza”, exemplifica o que é uma constatação consolidada entre os historiadores. Considera-se um dado de fato incontroverso na historiografia econômica que desde pelo menos a Revolução Industrial a Humanidade tem experimentado um nível de bem-estar material inédito na História. Nas nações reconhecidas como “desenvolvidas” os índices de pobreza econômica são nulos ou mínimos⁴⁶, os níveis de renda dos trabalhadores cresceram continuamente desde a Revolução Industrial, assim como, os níveis de bem-estar material e massificação contínua de bens e serviços, com reflexos nos presentes níveis de “índice de desenvolvimento humano” (IDH), composto por indicadores tais como: longevidade, saúde, e educação.

Essa tendência é observada desde o início do “capitalismo” de forma relativamente estável, com os padrões de vida elevando-se continuamente, de forma que as pessoas “vivem mais e melhor como nunca antes”.⁴⁷ Citando como exemplo dessa melhora contínua das condições de vida, Deaton exemplifica citando que “...for every thousand children born in England in 1918, more than a hundred did not live to see their fifth birthday, and the risks would likely have been higher in Thurocroft. Today, children in Sub-Saharan Africa are more likely to survive to age 5 than were English children born in 1918”⁴⁸

A expectativa de vida de uma mulher norte-americana nascida hoje é de 80 anos, enquanto que se a mesma mulher tivesse nascido em 1910 sua expectativa de vida seria de 54

política de uma nação em sua rivalidade com outras. De acordo com esse sistema, o dinheiro era considerado um depósito de riqueza; o objetivo de um estado era o acúmulo de metais preciosos obtidos através da exportação da maior quantidade possível de seus produtos e a importação do mínimo possível, assim estabelecendo uma balança comercial favorável. Cf.: CUNHA, André Moreira; PAIVA, Carlos Águedo Nagel, *Noções De Economia*, Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2008, pg. 282. A falsidade da identificação entre “riqueza” e moeda ficou evidente tanto teoricamente – pelas críticas lançadas pelos fisiocratas e, após, por Adam Smith - quanto faticamente, com a desvalorização dos metais preciosos, em especial a da prata ocorrida na Espanha.

⁴⁵ ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Por que as Nações Fracassam: As origens do Poder, da prosperidade e da pobreza*. 6º ed. Trad. Cristiana Serra, Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

⁴⁶ Cf. Índices do Banco Mundial.

⁴⁷ DEATON, ob.cit., pg. 23

⁴⁸ Deaton, idem, pg XI.

anos ⁴⁹. No mesmo ano e no mesmo país, cerca de 20% de todas as crianças morreriam antes de completarem cinco anos de idade. Como enfatiza Deaton, “*living standards are vastly higher today than a century ago*”⁵⁰. O que ontem era um “luxo” logo se torna “acessível” e em breve se mostra uma “necessidade”.

2.A contínua queda da pobreza mundial.

Desde o nascimento do que se entende modernamente por economia de mercado o GDP mundial só faz subir, mesmo nas regiões mais pobres. Em 1820, a Europa era o continente mais próspero, seu produto interno bruto era o dobro do resto do globo, despontando então a Holanda (primeiro país que experimentou os frutos da intensificação do comércio) com uma renda per capita de U\$1838,00, e a Grã-Bretanha logo atrás com U\$ 1720,00. Em seguida, vinham algumas das colônias e ex-colônias britânicas (Canadá, Austrália, Nova Zelândia e Estado Unidos) com rendas *per capita*s entre U\$ 1,100 e U\$ 1200,00. O resto do mundo oscilava entre U\$ 500 e U\$ 700,00. A África subsaariana era então a região mais pobre, com U\$ 415,00. De 1820 para cá, os países que já eram mais ricos em 1820 enriqueceram exponencialmente ainda mais. Os países mais ricos atualmente apresentam rendas *per capita*s entre U\$25.000,00 e U\$30.000,00; Ásia e América latina renda média entre U\$5.000,00 e U\$10.000,00, enquanto a África subsaariana manteve-se como sendo a região mais pobre, com renda per capita média atual de U\$ 1.387,00⁵¹.

Gráfico 2. GDP⁵² por pessoa no mundo, 1820-2008

	1820	1913	1940	1989	2008
Grã-Bretanha	1706	4921	6856	16414	23742
Noruega	1838	4049	4832	16695	25695
Europa Ocidental*	1101	3608	4837	16880	21190
Europa Mediterrânea	945	1824	2018	11129	18218
Europa Setentrional	898	2935	4534	17750	25221
USA, Canada, N. Zelândia,	1202	5233	6838	21255	30152

⁴⁹ DEATON, ob.cit, pg. 25

⁵⁰ DEATON, idem, pg XI.

⁵¹ ALLEN, Robert. C. *Global Economic History: A very short Introduction*. Oxford University Press, 2011.

⁵² GDP mede o total de bens de serviços numa economia assim como a renda total gerada. Nessa tabela, o GDP foi atualizada para dólar americano de 1990 de forma a que o valor de produção (renda real) possa ser comparada ao longo do tempo. Dados retirados de: ALLEN, Robert.,ob.cit. idem, pgs 4. e 5.

Austrália					
Europa Oriental	683	1695	1969	5905	8569
USSR	688	1488	2144	7112	7904
Argentina, Chile, Uruguai.	712	3524	3894	6453	8885
Outros países A.Lat.	636	1132	1551	4965	6751
Japão	669	1387	2874	17943	22816
Taiwan&Coréia do S.	591	835	1473	8510	20036
China	600	552	562	1834	6725
Índia sub-continental	533	673	686	1232	2698
Ásia Oriental (outros)	562	830	840	2419	4521
Oriente Médio e Norte da África	561	994	1600	3879	5779
África Subsaariana	415	568	754	1166	1387
Mundo	666	1524	1958	5130	7614

*Demais países.

A tabela já evidencia o fenômeno já comumente designado como a “grande divergência”⁵³, ou seja, o descolamento entre as condições sócio-econômicas usufruídas entre os países desenvolvidos e os que “ficaram para trás”. Obviamente, apenas o GDP não reflete de forma fidedigna a qualidade de vida verdadeiramente usufruída pela população. Fatores como expectativa de vida, nível educacional, efetivo poder de compra, também influenciam o cenário; de forma que necessitam de um “refinamento”⁵⁴ para verificarem seu efetivo impacto na qualidade de vida dos indivíduos.

Para tal verificação, ALLEN cria um padrão mínimo de subsistência, com base na alimentação padrão observada século XV, assim como os custos desses produtos necessários praticados à época⁵⁵ em cada região. A partir desses fatores, compara com a renda média dos trabalhadores de forma a apurar o padrão de vida efetivamente usufruído pelos trabalhadores de Pequim, Florença, Valencia, Deli, Amsterdão e Londres.

Seus cálculos revelaram que a renda média dos trabalhadores elevou-se de forma relativamente equivalente no decorrer do século XIV, quando, a partir de então, a renda do

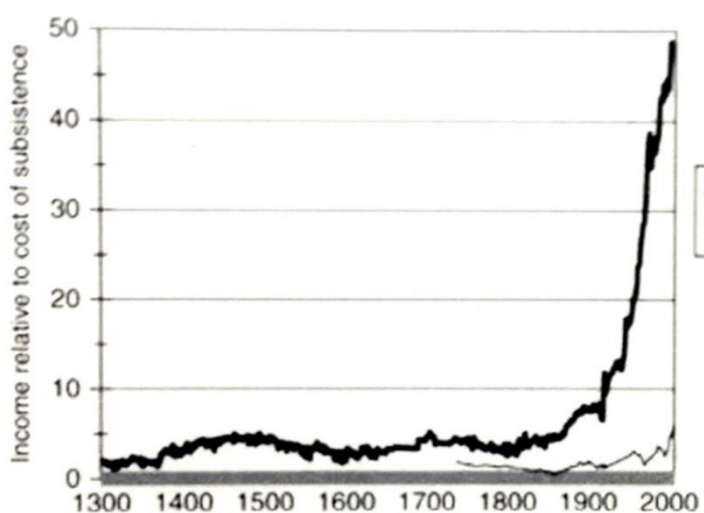
⁵³ Nesse sentido: DEATON, ob.cit, ACEMOGLU e ROBINSON, ob.cit., ALLEN, Robert. C, ob.cit.

⁵⁴ ALLEN, Robert. C., ob.cit., pg 9.

⁵⁵ ALLEN se utiliza de fontes históricas para recuperar, por exemplo, qual a dieta normalmente utilizada pelos trabalhadores britânicos e seus efetivos custos, gastos calóricos médios de um adulto, de forma a calcular sua renda comparada com o mínimo necessário para um padrão mínimo de subsistência .

trabalhador britânico (também a dos trabalhadores de Amsterdã, mas em menor velocidade) eleva-se em maior medida no decorrer do século XVI. Essa elevação começa a se acelerar a partir do século XVII. No século XVII, a elevação da renda média do trabalhador britânico acelera-se ainda mais abruptamente. Em 1825, a renda média do trabalhador britânico era de seis vezes o padrão mínimo de subsistência local e o de Amsterdã era de pelo menos três vezes acima da linha do mínimo para a subsistência, demonstrando o mesmo fenômeno da divergência também no nível individual dos trabalhadores. De forma a melhor destacar essa “divergência”, a tabela a seguir mostra uma comparação entre a renda média do trabalhador britânico e do trabalhador de Pequim desde 1300:

Gráfico 3. Aumento da renda do trabalhador de Londres desde 1300.



Os achados convergem com as evidências históricas aludidas pelo Autor, que relatam a adoção de um estilo de vida de maiores comodidades, com uma alimentação mais variada e a possibilidade dos trabalhadores comprarem itens que até então eram considerados “luxo”, como livros, espelhos, açúcar, chá, pão branco e carne; enquanto que os trabalhadores das outras regiões citadas mantiveram uma renda – com algumas variações – pouco acima do nível da mera subsistência.

O desenvolvimento econômico experimentado pela Inglaterra permitiu que praticamente toda a população - desde as camadas mais baixas, exemplificadas pelos operários - experimentasse uma elevação no padrão de qualidade material de vida, de forma a: i) satisfazerem suas necessidades mais essenciais; ii) abrirem-se a possibilidades de satisfação de necessidade *imateriais*, graças ao excedente da renda. A classe trabalhadora passou a se permitir a compra de instrumentos e serviços com vistas às dimensões humanas não materiais,

como o investimento na educação. Mesmo trabalhadores dos estratos mais humildes passaram a poder investir na educação dos próprios filhos, como relata o Autor.⁵⁶

O desenvolvimento econômico passa a gerar desdobramentos globais e sistêmicos, que se retroalimentam. O filho dos trabalhadores que recebeu uma educação melhor que a dos pais passará a aspirar um trabalho que reflita esse novo nível técnico. A melhoria do nível técnico constitui também um reflexo da especialização do trabalho, das empresas, que, por sua vez, redundam em melhoria de qualidade e de oferta de produtos à população, enriquecendo a gama de escolhas de produtos que as pessoas agora possuem. A continuação desse processo enriquece, por fim, o Estado, pelo aumento da arrecadação, abrindo a possibilidade do financiamento de uma rede de serviços públicos. Desta forma, a relação entre desenvolvimento econômico e desenvolvimento humano é multiforme e constatável.

3. **Relações entre crescimento econômico e desenvolvimento humano.**

A renda e seu efetivo poder de compra influenciam o bem-estar material humano, com reflexos inclusive na saúde e longevidade. A possibilidade de acesso educacional (como a aludida possibilidade de comprar livros), melhor alimentação, e possibilidade de poder transformar o excedente da renda em outras utilidades, à escolha do indivíduo, reverberam em diversas dimensões: culturais, educacionais, físicas e patrimoniais, que por sua vez, permitem alavancar a geração seguinte mais um degrau no nível de bem-estar. Desenvolvimento econômico, portanto, é essencial para o bem estar social, por prover a população com meios econômicos capazes de satisfazerem não só suas necessidades mais essenciais, mas também permitirem o exercício de escolhas que expandam suas potencialidades humanas.

Tal percepção do aumento das capacidades humanas proporcionado pelo desenvolvimento econômico é o entendimento adotado pelas Nações Unidas para verificação do “desenvolvimento humano” entre os países. O “Programa para Desenvolvimento das Nações Unidas” analisa anualmente um conjunto de dados de 191 nações de forma a poder captar o

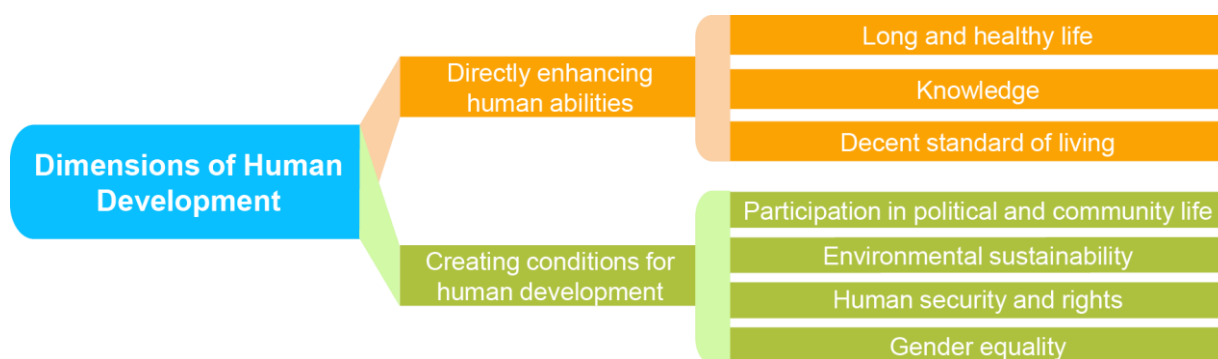
⁵⁶ O autor compara o aumento da altura observada entre os britânicos de 172 cm (XVIII) para 178 atualmente, assim como a queda da altura observada entre italianos, por conta da queda da qualidade da alimentação. Nesse sentido, comenta os efeitos incrementais que a renda mantida acima do nível de subsistência causa em comparação com uma renda mantida no nível de mera subsistência: “*When people’s Heights are stunted for lack of food, their life expectancy is also cut, and their health in general declines. Second, people living at subsistence are less well educated. Sir Frederick Eden, who surveyed labourer’s incomes and spending patterns in England in the 1790, described a London gardener who spent 6 pence per week sending two of his children to school. The family bought wheat bread, meat, beer, sugar and tea, and his earnings (£37.75 per year) were about four times subsistence (just under £10).*” ALLEN, Robert. C., ob.cit.,pg. 13.

desenvolvimento humano em cada uma delas e estabelecer um comparativo entre as nações.

Os dados têm sido aperfeiçoados no decorrer dos anos, de forma a poderem englobar e refletir outras dimensões da vida humana, outrem da verificação da *renda*. Liberdades, capacidades e possibilidade de exercitar escolhas passaram a pautar o conceito de desenvolvimento⁵⁷.

Percebe-se uma profunda convergência entre os princípios adotados pelas Nações Unidas e a obra de Amartya SEN – “Desenvolvimento como Liberdade” – onde o autor identifica o desenvolvimento como um processo de expansão de possibilidade de exercício de escolhas pelos indivíduos.⁵⁸ Segundo tal visão, as liberdades e facilidades econômicas exercitadas individualmente, assim como o desenvolvimento econômico experimentado coletivamente, constituem tanto uma dimensão da liberdade substantiva dos indivíduos, assim como instrumento para suprir as necessidades e possibilidades para satisfação das demais necessidades humanas.

Gráfico 4. Dimensões do desenvolvimento humano segundo Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas⁵⁹:



Enfatizando, o desenvolvimento econômico, segundo essa visão, tem sido compreendido não como *um fim em si mesmo*, mas como *instrumento* para fornecer as condições materiais para o desenvolvimento das *capacidades humanas*. Por conseguinte, procedeu-se a um refinamento na compreensão entre o índice de renda *per capita* e desenvolvimento humano. Em que pese tal relativização, a renda *per capita* ainda revela

⁵⁷ “Human development – or the human development approach - is about expanding the richness of human life, rather than simply the richness of the economy in which human beings live. It is an approach that is focused on people and their opportunities and choices.” NAÇÕES UNIDAS, página de apresentação do *Index 2015*, disponível em: <http://hdr.undp.org/en/humandev>.

⁵⁸ UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME (NAÇÕES UNIDAS). *What is human development?* Disponível on line em: <http://hdr.undp.org/en/humandev>; acessado em março de 2016.

⁵⁹ Idem, idem.

possuir profunda conexão com o processo de desenvolvimento humano global, por se revelar, se não uma condição *suficiente*, uma *conditio sine qua non*. Tal pode-se depreender dos dados dos países com os maiores níveis de desenvolvimento humano. Conforme o *Index 2015*:

Gráfico 5. Index 2015 - Países com alto desenvolvimento humano:

TABLE
1

Human Development Index and its components

HDI rank	Human Development Index (HDI)	Life expectancy at birth	Expected years of schooling	Mean years of schooling	Gross national income (GNI) per capita	GNI per capita rank minus HDI rank	
	Value	(years)	(years)	(years)	(2011 PPP \$)		
	2014	2014	2014 ^a	2014 ^a	2014	2014	
VERY HIGH HUMAN DEVELOPMENT							
1	Norway	0.944	81.6	17.5	12.6 ^b	64,992	5
2	Australia	0.935	82.4	20.2 ^c	13.0	42,261	17
3	Switzerland	0.930	83.0	15.8	12.8	56,431	6
4	Denmark	0.923	80.2	18.7 ^c	12.7	44,025	11
5	Netherlands	0.922	81.6	17.9	11.9	45,435	9
6	Germany	0.916	80.9	16.5	13.1 ^d	43,919	11
6	Ireland	0.916	80.9	18.6 ^c	12.2 ^e	39,568	16
8	United States	0.915	79.1	16.5	12.9	52,947	3
9	Canada	0.913	82.0	15.9	13.0	42,155	11
9	New Zealand	0.913	81.8	19.2 ^c	12.5 ^b	32,689	23
11	Singapore	0.912	83.0	15.4 ^f	10.6 ^e	76,628 ^g	-7
12	Hong Kong, China (SAR)	0.910	84.0	15.6	11.2	53,959	-2
13	Liechtenstein	0.908	80.0 ^h	15.0	11.8 ⁱ	79,851 ^{aj}	-10
14	Sweden	0.907	82.2	15.8	12.1	45,636	-1
14	United Kingdom	0.907	80.7	16.2	13.1 ^d	39,267	9
16	Iceland	0.899	82.6	19.0 ^c	10.6 ^e	35,182	12
17	Korea (Republic of)	0.898	81.9	16.9	11.9 ^e	33,890	13
18	Israel	0.894	82.4	16.0	12.5	30,676	16
19	Luxembourg	0.892	81.7	13.9	11.7	58,711	-11
20	Japan	0.891	83.5	15.3	11.5 ^e	36,927	7
21	Belgium	0.890	80.8	16.3	11.3 ^d	41,187	0
22	France	0.888	82.2	16.0	11.1	38,056	4
23	Austria	0.885	81.4	15.7	10.8 ^d	43,869	-5
24	Finland	0.883	80.8	17.1	10.3 ^e	38,695	0
25	Slovenia	0.880	80.4	16.8	11.9	27,852	12
26	Spain	0.876	82.6	17.3	9.6	32,045	7
27	Italy	0.873	83.1	16.0	10.1 ^d	33,030	4
28	Czech Republic	0.870	78.6	16.4	12.3	26,660	10
29	Greece	0.865	80.9	17.6	10.3	24,524	14
30	Estonia	0.861	76.8	16.5	12.5 ^e	25,214	12
31	Brunei Darussalam	0.856	78.8	14.5	8.8 ^e	72,570 ^k	-26
32	Cyprus	0.850	80.2	14.0	11.6	28,633	3
32	Qatar	0.850	78.2	13.8 ^l	9.1	123,124 ^g	-31
34	Andorra	0.845	81.3 ^h	13.5 ^f	9.6 ^m	43,978 ⁿ	-18
35	Slovakia	0.844	76.3	15.1	12.2 ^d	25,845	5
36	Poland	0.843	77.4	15.5	11.8	23,177	10

A comparação entre países enfatiza a relação entre “desenvolvimento humano” e os valores de renda *per capita*: quanto maiores esses últimos, maior a probabilidade da população do país figurar entre aqueles que gozam de maiores indicadores referentes ao desenvolvimento humano global. A aludida relação fica mais evidente quando contrastada com os países que

apresentam os piores níveis⁶⁰ de desenvolvimento humano:

Gráfico 6. Index 2015 - Países com baixo desenvolvimento humano:

LOW HUMAN DEVELOPMENT							
145	Kenya	0.548	61.6	11.0	6.3 ^b	2,762	9
145	Nepal	0.548	69.6	12.4	3.3 ^a	2,311	16
147	Pakistan	0.538	66.2	7.8	4.7	4,866	-14
148	Myanmar	0.536	65.9	8.6	4.1 ^e	4,608 ^k	-12
149	Angola	0.532	52.3	11.4	4.7 ^y	6,822	-30
150	Swaziland	0.531	49.0	11.3	7.1 ^b	5,542	-25
151	Tanzania (United Republic of)	0.521	65.0	9.2	5.1 ^e	2,411	8
152	Nigeria	0.514	52.8	9.0 ^l	5.9 ^y	5,341	-24
153	Cameroon	0.512	55.5	10.4	6.0 ^e	2,803	-1
154	Madagascar	0.510	65.1	10.3	6.0 ^a	1,328	24
155	Zimbabwe	0.509	57.5	10.9	7.3 ^e	1,615	13
156	Mauritania	0.506	63.1	8.5	3.8 ^e	3,560	-14
156	Solomon Islands	0.506	67.9	9.2	5.0 ^l	1,540	16
158	Papua New Guinea	0.505	62.6	9.9 ^r	4.0 ^e	2,463	-1
159	Comoros	0.503	63.3	11.5	4.6 ^y	1,456	16
160	Yemen	0.498	63.8	9.2	2.6 ^e	3,519	-17
161	Lesotho	0.497	49.8	11.1	5.9 ^z	3,306	-16
162	Togo	0.484	59.7	12.2	4.5 ^y	1,228	17
163	Haiti	0.483	62.8	8.7 ^r	4.9 ^y	1,669	4
163	Rwanda	0.483	64.2	10.3	3.7	1,458	11
163	Uganda	0.483	58.5	9.8	5.4 ^e	1,613	6
166	Benin	0.480	59.6	11.1	3.3 ^e	1,767	0
167	Sudan	0.479	63.5	7.0	3.1 ^b	3,809	-27
168	Djibouti	0.470	62.0	6.4	3.8 ^a	3,276 ^k	-22
169	South Sudan	0.467	55.7	7.6 ^r	5.4	2,332	-9
170	Senegal	0.466	66.5	7.9	2.5	2,188	-8
171	Afghanistan	0.465	60.4	9.3	3.2 ^e	1,885	-7
172	Côte d'Ivoire	0.462	51.5	8.9	4.3 ^b	3,171	-24
173	Malawi	0.445	62.8	10.8	4.3 ^e	747	13
174	Ethiopia	0.442	64.1	8.5	2.4	1,428	2
175	Gambia	0.441	60.2	8.8	2.8 ^e	1,507	-2
176	Congo (Democratic Republic of the)	0.433	58.7	9.8	6.0	680	11
177	Liberia	0.430	60.9	9.5 ^l	4.1 ^e	805	7
178	Guinea-Bissau	0.420	55.2	9.0	2.8 ^r	1,362	-1
179	Mali	0.419	58.0	8.4	2.0	1,583	-8
180	Mozambique	0.416	55.1	9.3	3.2 ^y	1,123	1
181	Sierra Leone	0.413	50.9	8.6 ^l	3.1 ^e	1,780	-16
182	Guinea	0.411	58.8	8.7	2.4 ^y	1,096	0
183	Burkina Faso	0.402	58.7	7.8	1.4 ^y	1,591	-13
184	Burundi	0.400	56.7	10.1	2.7 ^e	758	1
185	Chad	0.392	51.6	7.4	1.9	2,085	-22

Os dados não surpreendem. Reconhece-se amplamente o mérito da economia de mercado⁶¹ para o desenvolvimento das condições materiais necessárias para o desenvolvimento humano. Mediante o mecanismo de mercado produzem-se bens em larga escala e em valores progressivamente acessíveis a toda a população, concomitantemente à inserção econômica dos próprios indivíduos, expandindo-lhes as possibilidades humanas; por fim, a geração de renda permite que os Estados redistribuam a parcela cada vez maior de parcela do excedente na forma

⁶⁰ NAÇÕES UNIDAS, *Index 2015*, disponível em: <http://hdr.undp.org/en/humandev>.

⁶¹ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta, São Paulo: Companhia das Letras, 2010. 2ª reimpressão, pg. 151.

de serviços públicos (como saúde e educação), completando assim a estrutura institucional que garanta as ferramentas para o desenvolvimento dos indivíduos. Esse processo sinérgico e sistêmico que o desenvolvimento econômico dispara foi enfatizado pela insuspeita Organização Internacional do Trabalho:

“Past studies show the potential of economic growth to reduce poverty, measured in both absolute and relative terms. This beneficial effect of economic growth on poverty operates through a number of channels. First, economic growth reduces poverty to the extent that it spurs job creation and fosters labour incomes which, as shown in Chapter 1, represent the main source of income among poor households (see also Islam, 2004). Meanwhile, economic growth can expand both the tax base – assuming that the jobs created are formal in nature – and government revenues, making it possible for governments to fund essential services, such as those related to health, access to water and education as well as employment and social programmes. Moreover, strong economic growth can generate virtuous cycles, whereby prosperity and employment opportunities foster social cohesion and exert upward pressure to improve institutional frameworks and promote more efficient governance, which ultimately spur further economic growth and improve living standards.”⁶²

Um fator que se revela de grande importância para o aumento do bem-estar experimentado atualmente deve-se à inovação tecnológica. Não só a diversificação e contínua melhoria dos processos produtivos permitiram a massificação dos produtos, como ainda pudemos observar o enorme avanço da tecnologia em todas as áreas, desde as mais complexas – como na Medicina – até nos produtos mais banais, mas que influenciam profundamente nosso bem-estar e até nossa saúde.

Pensemos, por exemplo, na melhoria incremental observada no vestuário, que oportunizou a confecção de tecidos mais leves, confortáveis e ao mesmo tempo com maior capacidade de proteção térmica, característica essencial para os severos invernos em regiões frias. A possibilidade de acesso a materiais de higiene íntima, colaborando para a prevenção de doenças; ou, ainda, a maior oferta de alimentos e em maior potencial nutritivo, que pode ser realizada por uma combinação de inúmeros fatores tão diversos como a melhoria dos meios de transporte, mecanização da agricultura, desenvolvimentos na área agrônoma e de nutrição animal.

Na dimensão imaterial, a inovação tecnológica foi fundamental para a possibilidade da massificação do acesso à cultura. Basta lembrarmos que antes da invenção de Gutenberg o acesso a livros constituía um luxo⁶³. Atualmente, graças à internet, observa-se uma nova onda

⁶² INTERNATIONAL LABOUR OFFICE (OIT). *World Employment Social Outlook 2016: Transforming Jobs To End Poverty*. Genebra, pg. 98, disponível on line em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_481534.pdf

⁶³ Barreiras à inovação tecnológica afetam também a educação, como se constata de exemplos históricos. Por exemplo, a invenção da prensa tipográfica baseada em tipos móveis, feito de Johannes Gutenberg em 1445 revolucionou o acesso à cultura e permitiu a universalização da alfabetização, com efeitos sistêmicos na

de massificação de acesso à informação. Cursos *on line* barateiam custos e encurtam distâncias, permitindo que pessoas que habitam fora dos grandes centros possam diminuir grandemente o desnível de acesso à educação e à cultura frente àqueles que habitam em localidades providas das estruturas físicas institucionais de ensino e cultura.

O processo de inovação mostra-se tão profundamente identificado com a emergência da economia de mercado que não passou despercebido dos economistas mais marcantes da história. Karl MARX, ainda que em sentido de crítica, reconhecia que a busca da inovação contínua dirigia e determinava a ação da “burguesia”. A emergência do fenômeno da “concorrência” passa a pautar a luta pela permanência no mercado, redundando na incessante elevação da produtividade sistêmica, redução de custos e melhoria da qualidade dos produtos e busca por inovações. O resultado é “a estruturalização da inovação produtiva”⁶⁴, reconhecida por Marx e Engels.

Por outro lado, SCHUMPETER indentificava no processo de inovação um fenômeno mais amplo e tendencialmente benéfico. Por “*O processo de destruição criadora*”, escreveu

transformação social e melhorias das condições de vida difíceis de se mensurar. Na Europa Ocidental, a prensa espalhou-se relativamente rápido, graças a maior liberdade que já se experimentava. O mesmo não ocorreu no Império Otomano, que pode nos ilustrar como estruturas político-insitucionais podem destruir o processo de melhorias de condição de vida que se dão com a inovação. Conforme ACEMOGLU e ROBINSON, já em 1485 o Sultão otomano Bayezid II emitiu um edito proibindo expressamente os muçulmanos de imprimir em árabe. Somente em 1727, quase três séculos após a invenção da prensa, a primeira dela foi permitida em terras otomanas, e mesmo assim esse exemplar funcionou sob restritos controles sobre o conteúdo das impressões. Como resultado, entre 1729 e 1743 essa prensa imprimiu unicamente 17 livros.” E continuam: “*Tamanha resistência à prensa tipográfica teve consequências óbvias para a alfabetização, escolarização e prosperidade econômica. Em 1800, apenas entre 2% a 3% dos cidadãos do Império Otomano sabiam ler e escrever, comparados aos 60% dos homens e 40% das mulheres em idade adulta na Inglaterra. Na Holanda e na Alemanha, os índices de alfabetização eram ainda mais altos. Já os territórios otomanos estavam muitos atrasados em relação aos países europeus que tinham os mais baixos índices de escolarização dessa época – como Portugal, onde talvez apenas 20% dos adultos sabiam ler*” ACEMOGLU e ROBINSON, ob. cit., 167.

Sobre como uma estrutura de incentivos pode desestimular inovações intrinsecamente positivas, mas que poderiam reverter em um uso negativo do ponto de vista da população, traz em ainda outro exemplo histórico: “*O Reino de Taqali, localizado a noroeste da Somália, nas Montanhas Nuba, Sudão.(...) O Reino de Taqali foi criado, no final do século XVIII, por um bando de guerreiros liderados por um certo Ismail, permanecendo independente até ser amalgamado, em 1884, ao Império Britânico. Seu povo tinha acesso à escrita árabe, mas não a utilizava(...). Segundo o relato tradicional da origem da escrita, na Mesopotâmia, ela foi desenvolvida pelos Estados a fim de fazer o registro das informações, controlar a população e coletar impostos. O Estado Taqali não tinha interesse em nada disso? Essas indagações foram investigadas pela historiadora Janet Ewald em fins dos anos 1970, em sua tentativa de reconstituição da história do Estado Taqali. Em parte, a justificativa é que os cidadãos teriam resistido ao uso da escrita por receio de que ela fosse utilizada para controlar recursos, como a valiosa terra, à medida que possibilitaria ao Estado reivindicar sua propriedade. Temeriam também que a adoção da escrita possibilitasse uma tributação mais sistemática.*” ACEMOGLU e ROBINSON, idem. pg 187.

⁶⁴ “A burguesia não pode existir sem revolucionar incessantemente os instrumentos de produção, por conseguinte, as relações de produção e, com isso, todas as relações sociais. A conservação inalterada do antigo modo de produção era, pelo contrário, a primeira condição de existência de todas as classes industriais anteriores. Essa subversão contínua da produção, esse abalo constante de todo o sistema social, essa agitação permanente e essa falta de segurança distinguem a época burguesa de todas as precedentes. Dissolvem-se todas as relações sociais antigas e cristalizadas, com seu cortejo de concepções e de idéias secularmente veneradas; as relações que as substituem tornam-se antiquadas antes de se consolidarem”. MARX, Karl; ENGELS, Friedrich, *Manifesto Comunista*, Edição Ridendo Castigat Mores, 1999, pg. 12.

Schumpeter, "*é o fato essencial do capitalismo*". Por "destruição criadora" compreende-se o processo de substituição de *estruturas* econômicas ineficientes por outras mais eficientes, levando à melhor alocação dos recursos. Pelo processo de inovação incrementa-se a produtividade, e essa, redundando para o bem-estar geral, inclusive da classe trabalhadora. Como Schumpeter demonstra, observa-se historicamente a evolução do valor dos salários concomitantemente ao ganho de poder de compra.⁶⁵

3.1 Conexão entre desenvolvimento econômico, proteção da esfera individual e sistema político.

Existe ainda uma outra relação entre desenvolvimento econômico e desenvolvimento humano que se refere às estruturas políticas e direitos civis. O desenvolvimento econômico, para ocorrer, necessita de um mínimo de garantia e segurança de um rol de liberdades. Tais garantias tornam-se ainda mais essenciais para o desenvolvimento de economias complexas, sofisticadas e baseadas no conhecimento. As seguidas tentativas fracassadas de implantação de sistemas comunistas, com a deterioração da economia e das estruturas sociais, ao ponto de se utilizar de mão-de-obra forçada,⁶⁶ demonstram de forma dramática como o ser humano

⁶⁵ "(...) é necessário observar que a média de crescimento da produção não decresceu a partir de 1890, data a partir da qual se deve contar a prevalência dos grandes empreendimentos ou, pelo menos, da indústria manufatureira, segundo supomos. Nada existe nas estatísticas da produção total a partir dessa época que sugira uma interrupção da tendência e, sobretudo, que o padrão-de-vida moderno das massas tenha melhorado durante o período da grande empresa relativamente livre de peias. Se observamos as diversas despesas arroladas no orçamento do trabalhador moderno e, a partir de 1899, acompanhamos a evolução dos preços, não em termos de dinheiro, mas em termos das horas de trabalho com que ele compra os artigos de que necessita — isto é, os preços monetários de cada ano divididos pelo valor do salário-hora de cada ano — não podemos deixar de surpreender-nos com o tipo de progresso que, considerando ainda a melhoria espetacular da qualidade, parece ter sido sempre maior e nunca menor do que antes. Se nós, economistas, fôssemos dados menos ao pensamento esperançoso e mais à observação dos fatos, duvidaríamos imediatamente dos méritos reais de uma teoria que nos teria levado a esperar resultado muito diferente. Mas não é somente isso. Logo que descemos aos detalhes; e procuramos verificar em que itens isolados do orçamento foi maior o progresso, a pista não nos conduz às portas das firmas que funcionam em condições de concorrência comparativamente livre, mas exatamente aos portões das grandes empresas — as quais, como no caso da maquinaria agrícola, explicam grande parte do progresso observado no setor da concorrência — surgindo a suspeita chocante de que a grande empresa contribuiu mais para a criação desse nível de vida do que para reduzi-lo." SCHUMPETER, Joseph A. *O processo de Destruição Criadora* (capítulo 7) In: *Capitalismo, Socialismo e Democracia*, Tradução de Ruy Jungmann, Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

⁶⁶ Entre os inúmeros exemplos históricos que ACEMOGLU e ROBINSON trazem, consta o seguinte que retrata como a tortura, ameaças de degredo e até ameaças de morte que enfrentavam os "trabalhadores" na União Soviética não revertia em desenvolvimento econômico: "O foco nas diferentes regras e esquemas de bonificação tende a mascarar os problemas inerentes ao sistema. Enquanto a autoridade e o poder político estivessem nas mãos do Partido Comunista, seria impossível qualquer mudança de fundo nos incentivos básicos com que a população lidava, quer se tratasse ou não de bônus. Desde a sua concepção, o partido usara só cenouras como iscas, mas também chibatadas e porretes para conseguir o que queria. Com a produtividade, na economia, não foi diferente. Todo um conjunto de leis veio criar delitos penais para os trabalhadores que fossem considerados indolentes. Em junho de 1940, por exemplo, uma lei enquadrava o absenteísmo, definido como qualquer ausência não autorizada de 20 minutos ou mesmo a morosidade no trabalho, como delito penal passível de seis meses de trabalhos forçados

necessita de uma garantia ainda que mínima de autodeterminação para ele poder produzir de forma *sustentável*. Conseqüentemente, o nível de desenvolvimento econômico pode indicar *algo* das instituições políticas de um país, ainda que não haja consenso sobre a descrição da dinâmica entre as duas esferas.

ACEMOGLU e ROBINSON, por exemplo, acreditam que o desenvolvimento econômico chinês não será sustentável⁶⁷ no longo prazo se não houver uma expansão das liberdades políticas e econômicas dos cidadãos. SEN defende a existência de uma relação *sinérgica* entre liberdades políticas e econômicas: “*Há fortes indícios de que as liberdades econômicas e políticas se reforçam mutuamente, em vez de serem contrárias umas às outras*”⁶⁸. Qualquer compreensão no sentido oposto seria em consequência de erro na compreensão do quadro maior, de acordo com o economista.⁶⁹ PIPES, de forma mais explícita, defende que direitos de propriedade evitam que estruturas políticas *totalitárias* possam emergir, pois a defesa da propriedade da população confere um limite ao alcance do poder político e de sua

e um corte de 25% na remuneração. Foi introduzida toda sorte de punições similares, aplicadas com espantosa assiduidade. Entre 1940 e 1955, 36 milhões de pessoas, cerca de um terço da população adulta, foram julgados culpados de delitos dessa ordem. Destes, 15 milhões foram presos e 250 mil fuzilados. A qualquer ano dado, haveria um milhão de adultos presos por violações trabalhistas – para não falar dos 2,5 milhões de pessoas exiladas por Stálin nos *gulags* da Sibéria. E, mesmo assim, de nada adiantou. Por mais que você possa transferir alguém para uma fábrica, não há como obrigar ninguém a pensar e ter boas ideias à força de ameaças de morte. A coação nesse nível pode até ter engendrado alta produção de açúcar em Barbados ou na Jamaica, mas não poderia compensar a falta de incentivos em uma moderna economia industrial.” ACEMOGLU, Daron. ROBINSON, James A., ob.cit. pgs. 103,104.

⁶⁷ Os autores diferenciam instituições político-econômicas *inclusivas* das instituições político-econômicas *extrativistas*, essas últimas, ainda que possam eventualmente oferecer uma certa estabilidade institucional para o desenvolvimento econômico, não permitem o desenvolvimento sustentável no tempo, pois as elites político-econômicas do país impedem o processo de “destruição criativa”, que consiste no livre funcionamento do mercado de forma a levar à falência as empresas ineficientes e permitir o surgimento da inovação em sentido amplo, resultando na contínua troca dos ocupantes na posição de elite política e econômica. Nos países extrativistas, as elites usariam a estrutura institucional do Estado para manterem, por exemplo, uma eterna reserva de mercado e, assim, impedirem a real competitividade. No longo prazo esse processo leva à estagnação econômica e enrijecimento da classe política. “*As instituições extrativistas são tão recorrentes na história em virtude de sua lógica poderosa: conseguem gerar uma dose limitada de prosperidade, ao mesmo tempo distribuindo-a entre os integrantes de uma pequena elite. Para que esse crescimento se dê, é preciso que haja centralização política. Uma vez que esta esteja implementada, o Estado – ou a elite que o controla em geral dispõe de incentivos para investir e produzir riqueza, estimulando por sua vez outros a investir de modo a possibilitar que o Estado extraia recursos destes e até simule alguns dos processos que normalmente seriam desencadeados por mercados e instituições econômicas inclusivas. (...) O crescimento proporcionado pelas instituições extrativistas é, porém, de natureza completamente distinta daquele criado sob instituições inclusivas. Acima de tudo, não é sustentável. Por sua própria natureza, as instituições extrativistas não abrem espaço para destruição criativa, propiciando, no máximo, níveis limitados de progresso tecnológico.(...) A China sob o domínio do Partido Comunista é mais um exemplo de sociedade que cresce sob a tutela de instituições extrativistas, e é improvável, do mesmo modo, que venha a gerar crescimento sustentado – a menos que sofra uma transformação política fundamental, rumo a instituições inclusivas de fato.*” ACEMOGLU, Daron. ROBINSON, James A., idem, pgs 117-119.

⁶⁸ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade.*, ob. cit., pg10.

⁶⁹ “Na verdade, há poucas evidências gerais de que governo autoritário e supressão de direitos políticos e civis sejam realmente benéficos para incentivar o desenvolvimento econômico. O quadro estatístico é bem mais complexo. Estudos empíricos sistemáticos não dão sustentação efetiva à afirmação de que existe um conflito entre liberdades políticas e desempenho econômico. O encadeamento direcional parece depender de muitas outras circunstâncias e, embora algumas investigações estatísticas apontem uma fraca relação negativa, outras mostram uma relação fortemente positiva.” SEN, Amartya. Ob. Cit., pgs 197 e 198.

capacidade de modulação da sociedade.⁷⁰

Por outro lado, as liberdades econômicas necessárias para o desenvolvimento econômico requerem a segurança de uma estrutura estatal minimamente desenvolvida, levando a uma contínua tensão entre centralização política e desenvolvimento econômico e social. HAYEK, em obra clássica, já expusera como a concentração do poder político e econômico nas mesmas mãos leva ao estrangulamento das liberdades civis e, por fim, ao empobrecimento material⁷¹, convergindo, em alguns pontos, com ACEMOGLU e ROBINSON.

Por fim, deve-se ter em mente que o bem-estar social necessita ser tomado como um conjunto, de forma a não relativizar ofensas às liberdades políticas e civis, a despeito de alguns dados: *“Nor should we use longevity as a measure of social progress; life in a longer-lived country is better, but not if the country is a totalitarian dictatorship”*⁷²

O Brasil ocupa a 75ª posição de acordo com o mesmo Relatório de Desenvolvimento Humano do ano de 2015, com uma renda *per capita* de 15.175, ou seja, constitui um país de renda “média”, relativamente “adequada” para sua posição quando comparado com o conjunto de índices dos demais países.

Um último grande aspecto a ser destacado que conecta desenvolvimento econômico e melhoria das condições de vida da população refere-se à grande queda da pobreza mundial ocorrida nos últimos 40 anos, e, com destaque para observada durante a década de 90, *“the golden decade between the end of the Cold War and 9/11”*⁷³ na queda da pobreza, como se passará a expor.

4. Crescimento econômico e sua relação com a queda da pobreza.

Se prosperidade material permitiu a satisfação das necessidades materiais mais básicas além de ter aberto novos horizontes de possibilidades a populações inteiras, *contrario sensu*, o estado de pobreza constitui, portanto, um estado que impede a realização das potencialidades humanas. Especialmente no estado de pobreza extrema, o indivíduo se depara com dificuldades para a satisfação de suas necessidades mais elementares, sem mencionar a falta dos instrumentos e meios para o desenvolvimento das demais dimensões de sua pessoa. Por conseguinte, aquilo que efetivamente demonstre diminuir e até sanar a pobreza se impõe como

⁷⁰ PIPES, Richard. *Property and Freedom*. Vintage, 2000.

⁷¹ HAYEK, Friedrich. *O Caminho da Servidão*. Tradução e revisão Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. 5ª edição, Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

⁷² DEATON, ob.cit., pg 8.

⁷³ COLLIER, Paul. *The Bottom Billion: Why the poorest countries are failing and what can be done about it*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2007, pg. 3.

imperativo moral e dos Direitos Humanos.

Muito provavelmente nada na História humana demonstrou maior impacto, foi mais eficaz, testado e aprovado para a redução de pobreza em larga escala do que o crescimento econômico. Países que experimentam uma ou duas décadas de altas consecutivas do PIB veem massas humanas deixarem a miséria e seus níveis de IDH subirem. China: em torno de 680 milhões de miseráveis a menos desde a abertura para o investimento externo, há 35 anos (de 66.6% da população vivendo com menos US\$1,9 para 11,2%, segundo dados de 2010)⁷⁴. Indonésia: redução de mais da metade da população vivendo na extrema pobreza em menos de duas décadas (de 23,4% em 1999 para 11,3% em 2014)⁷⁵. Coreia do Sul: tão pobre quanto a Índia em 1940, virou um dos países mais ricos do mundo depois de crescer em média 8% ao ano entre 1960 e 1980.⁷⁶

Essa receita levou o mundo a superar, *cinco anos antes do previsto (em 2010)*, a meta estabelecida pela ONU em 2000 de cortar pela *metade* o número de pessoas que viviam com menos de US\$ 1,25 por dia⁷⁷ até 2015. Tal conquista se deu principalmente pela abertura de economias até então fechadas, como as citadas. Isso tudo, citando apenas os avanços mais recentes que a economia de mercado pôde proporcionar. As considerações que DEATON traça sobre a brusca queda da pobreza observada também na Índia, exemplificam o processo observado também nos países citados.

A liberalização da economia indiana no começo dos anos 90 foi seguida de “*historically high rates of growth*” nas palavras de DEATON. O eminente economista procedeu à verificação do impacto que tal crescimento econômico exerceu sobre os mais pobres, se eles foram ou não beneficiados e, se sim, em qual medida. Constatou-se que o impacto foi efetivo e benéfico, além do mais, as análises de DEATON confirmaram a acentuada queda da pobreza extrema quase na mesma medida que a dos dados oficiais.⁷⁸

⁷⁴ BANCO MUNDIAL, *poverty data*, disponível em <http://data.worldbank.org/indicator/SI.POV.GAPS/countries?display=map>, acessado fevereiro de 2016.

⁷⁵ BANCO MUNDIAL, *Indonesia: Country Indicators*. Disponível em: <http://povertydata.worldbank.org/poverty/country/IDN>, acessado em abril de 2016.

⁷⁶ YOUNG, Aiwyn. *The tyranny of numbers: confronting the statistical realities of the East Asian growth experience*. Working Paper No. 4680, Nber Working Paper Series, Cambridge: National Bureau of Economic Research, Março de 1994. Disponível *on line*: <http://www.nber.org/papers/w4680.pdf>.

⁷⁷ NAÇÕES UNIDAS. *Millenium Development Goals*, Disponível em: <http://www.un.org/millenniumgoals/poverty.shtml>, acessado em 10.02.2016.

⁷⁸ “Indeed, according to recent calculations by Shaohua Chen and Martin Ravallion (2000) of the World Bank using all of the household survey data since around 1980, and with due recognition of the data’s many inadequacies, the best current estimate is that there are indeed around 200 million fewer people living in poverty now than 20 years ago. India’s economic liberalization in the early 1990s was followed by historically high rates of growth. But did this growth help or hurt the poor? Were their numbers reduced or did economic growth benefit only an increasingly wealthy urban elite? According to the NAS, real per capita consumption has been growing at about 3.2 percent a year since the reforms. (consumption growth based on national accounts statistics (NAS). Over

E os níveis de pobreza só fazem diminuir.

A acentuada queda na taxa da pobreza mundial, que se acelerou especialmente a partir de 1980, é descrita por DEATON como “*perhaps the greatest escape in all of human history, and certainly the most rapid one*”⁷⁹: **cerca de um bilhão de pessoas saíram da pobreza extrema nesse período**. No mesmo sentido, o Banco Mundial também enfatiza a brusca queda da pobreza, de aproximadamente 1% ao ano entre 1990 e 1999.⁸⁰

Até então, três regiões – Leste Asiático e Pacífico, Sul da Ásia e África Subsaariana – concentravam cerca de 95% da pobreza global. No entanto, a composição da pobreza nestas três regiões mudou drasticamente. Por conta do crescimento econômico, em 1990 o Leste Asiático já observava resultados mensuráveis de queda na pobreza, passando a representar metade dos pobres em âmbito global, ao passo que 15% viviam na África Subsaariana; já em 2015 ocorre quase exatamente o contrário: a África Subsaariana representa metade dos pobres em âmbito global enquanto que apenas 12% vivem no Leste Asiático.⁸¹ A pobreza está diminuindo em todas as regiões, mas se torna mais profunda e mais arraigada nos países atingidos por conflitos ou abertamente dependentes de exportações de produtos básicos, exigindo estratégias diferenciadas, dado que tais países não apresentam as mínimas condições político-institucionais para desenvolverem sua economia e, assim, ofertarem empregos dignos à população.

the past year or so, I and others have been working with the data to try to sort out what happened. Although the questionnaire design was changed for most of the goods in the survey, data on an important group of expenditures were collected in the same way in all of the surveys. Fortunately, nearly all households purchase these goods, and the total amount they spend on them is a good predictor of whether a household is poor or not. The latest data show a marked increase in real expenditures on these goods, which indicates a substantial reduction in poverty overall. The extent of the increase also allows us to estimate how much poverty has fallen. Much to my surprise, most of the officially claimed reduction in poverty appears to be real. I estimate that poverty fell from 36 percent in 1993-94, not to 26 percent as in the official numbers, but to 28 percent. These calculations, although necessarily speculative, are supported by analysis carried out by K. Sundaram and Suresh Tendulkar at the Delhi School of Economics, who obtain very similar results using entirely different methods.” DEATON, Angus. *Is World Poverty Falling?* Finance & Development, June 2002, Volume 39, Number 2, disponível em <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2002/06/deaton.htm>, acessado em 16.10.2015

⁷⁹ DEATON, *The Great Escape*..ob.cit., pg 14.

⁸⁰ “The recent decline of global poverty occurs against a backdrop of a decades-long descent. Comparisons with the data available for 1990 and 1999 confirm that the world has made rapid strides forward in poverty reduction since 1990 (table 1). The proportion of global population living on less than \$ 1.90 a day in 2012 was about a third of what it was in 1990. This confirms that the first Millennium Development Goal (MDG) target—cutting the extreme poverty rate to half of its 1990 level—was met well before its 2015 target date. From a broader historical perspective, the global poverty rate has fallen by approximately 1 percentage point a year since 1990, with rapid poverty reduction in China and India playing a central role in this outcome.” CRUZ, Marcio; FOSTER, James, QUILLIN, Bryce and SCHELLEKENS, Philip, *Ending Extreme Poverty and Sharing Prosperity: Progress and Policies*. World Bank, 2015, Pg. 7, disponível em: <http://pubdocs.worldbank.org/pubdocs/publicdoc/2015/10/109701443800596288/PRN03-Oct2015-TwinGoals.pdf>

⁸¹ BANCO MUNDIAL. “O Banco Mundial prevê que a pobreza global caia abaixo de 10% pela primeira vez; obstáculos importantes permanecem na meta de erradicação da pobreza até 2030”, notícia de 4 de outubro de 2015. Disponível em <http://www.worldbank.org/pt/news/press-release/2015/10/04/world-bank-forecasts-global-poverty-to-fall-below-10-for-first-time-major-hurdles-remain-in-goal-to-end-poverty-by-2030>, acessado em 20.04.2016

Em suas previsões para final de 2015 o Banco Mundial afirma que “a pobreza no Leste Asiático e no Pacífico diminuirá para 4,1% de sua população, em comparação com 7,2% em 2012; a América Latina e o Caribe diminuirão para 5,6% em comparação com 6,2% em 2012; o Sul da Ásia diminuirá para 13,5% em 2015, em comparação com 18,8% em 2012; e a África Subsaariana diminuirá para 35,2% em 2015, em comparação com 42,6% em 2012. Não há dados correntes disponíveis para o Oriente Médio e Norte da África em virtude de conflitos e fragilidade em países-chave na região”.⁸²

Ou seja, é certo que a pobreza vem caindo e que tal efeito constitui resultado direto do crescimento econômico, como reconhece o Banco Mundial; o debate real entre os economistas é quanto à sua *quantificação* e qual a intensidade do impacto do crescimento na elevação da qualidade de vida dos mais pobres. Angus DEATON, que foi agraciado com o prêmio nobel 2015 de economia *justamente* por sua “análise do consumo, pobreza e bem-estar”, ou seja, provavelmente o maior especialista vivo nessa seara, **confirma** a relação entre crescimento econômico, queda da pobreza e aumento do bem-estar material experimentado pela população.

Por tal motivo, o desenvolvimento econômico foi assumido como uma ferramenta importante para a continuação do processo de diminuição da pobreza e aumento da renda da população ainda vivendo em estado de pobreza pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), programas de desenvolvimento das Nações Unidas e pelo já mencionado Banco Mundial.

Ainda, à guisa de apontamento, mesmo que não seja o enfoque do presente trabalho discutir sobre se haveria uma relação entre aumento da desigualdade econômica e crescimento econômico, para enriquecer o debate, cita-se aqui a compreensão de DEATON sobre o assunto, o qual afirma não ter encontrado tal relação:

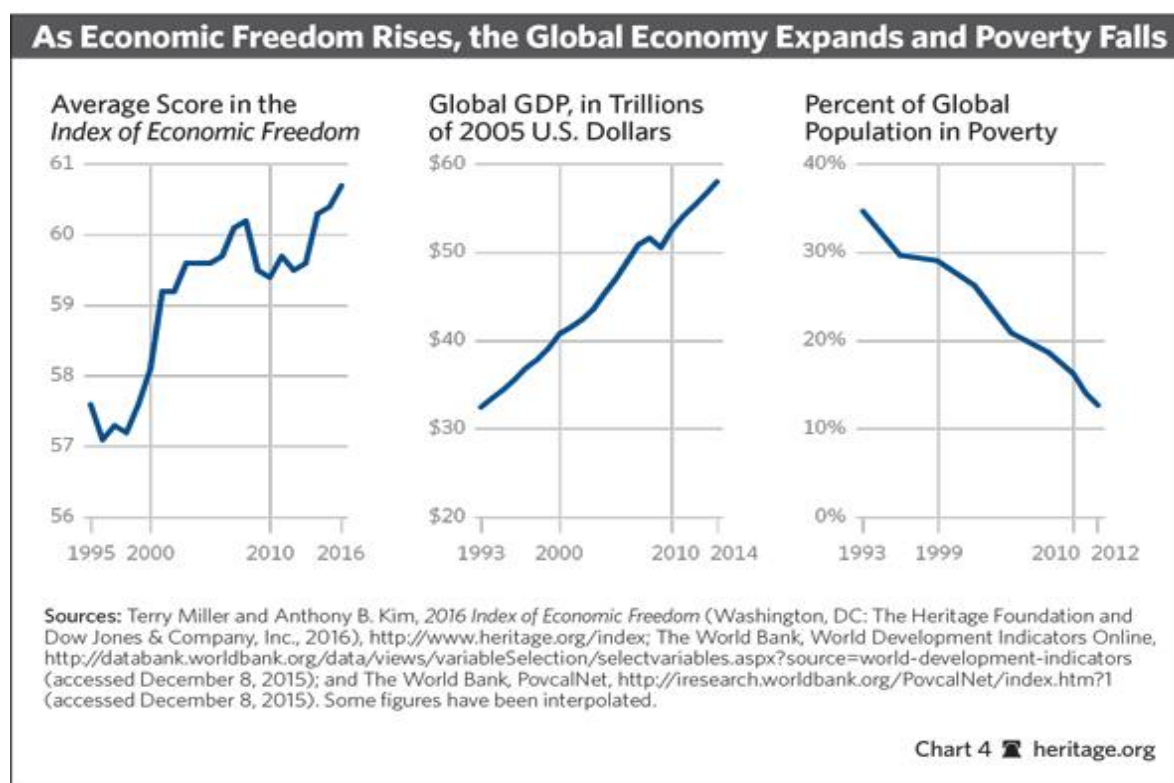
“Yet the controversies are no more settled than they were 30 years ago, although there is certainly more common ground among economists than there is in the world at large. The professional consensus, based on the DS data and on work by them and many others, is that, contrary to Kuznets’s hypothesis, and contrary to beliefs in the 1970s, there is no *general* relationship between inequality and growth, and certainly not one in which growth systematically widens inequality, as would be the case of growth left the poor behind. From this, two important propositions follow. First, at least on average (and much depends on whether we are averaging over countries or people), growth is good for the poor (Dollar & Kraay, 2002; Ravallion, 2001), as is the growth that is arguably generated by greater openness

⁸² BANCO MUNDIAL.ob.cit, idem nota 81. Não foi possível verificar o cumprimento preciso das previsões, todavia, a observação de dados atuais de extrema pobreza de alguns países parece sugerir o cumprimento das previsões. Ver mais em: <http://data.worldbank.org/indicator/SI.POV.GAPS/countries?display=map>. Além disso, já constitui como nova meta das Nações Unidas a “erradicação da pobreza até 2030”, demonstrando a adoção dos dados do Banco Mundial. Veja em: <http://www.un.org/millenniumgoals/poverty.shtml>

(Berg & Krueger, 2003). Second, and again on average, the fraction of people in poverty should decline as if growth were neutrally distributed. In particular, the relatively rapid growth in the developing world from 1980 to 2000 must have brought about a rapid reduction in the fraction of the world's population that is poor. And indeed, calculations using the Penn World Tables combined with inequality measures—the technique first used by Ahluwalia et al. (1979)—show rapid poverty reduction in the 1980s and 1990s; see Bhalla (2002), Sala-i-Martin (2002), and Bourguignon and Morrisson (2002). According to these calculations, not only has the proportion of poor in the world declined, but the decline has been rapid enough to offset population growth, so that the actual number of poor people in the world has fallen.⁸³

O seguinte gráfico ilustra a relação entre crescimento econômico e queda de pobreza, com base nos dados coletados até o presente.⁸⁴

Gráfico 7. Crescimento econômico e queda da pobreza mundial:



4.1. Projeção: Pobreza extrema abaixo de 10% e o projeto de sua erradicação até 2030.

De acordo com projeções do Banco Mundial o número de pessoas que vivem em extrema pobreza⁸⁵ no mundo inteiro deverá cair abaixo de 10% da população global em 2015,

⁸³ DEATON, Angus. *Measuring Poverty In A Growing World (Or Measuring Growth In A Poor World)*, The Review of Economics and Statistics, vol. 87, n° 1, fevereiro de 2005, pgs 1–19, pg. 2.

⁸⁴ HERITAGE FOUNDATION, *Index of Economic Freedom 2016*. Disponível em: <http://www.heritage.org/index/images/book/2016/in-2016-region-map-web-world.jpg>. HERITAGE FOUNDATION constitui um dos mais influentes *think thanks* norte-americanos, sendo especialmente conhecido por seu *Index de liberdade econômica* entre os países.

oferecendo nova evidência de que uma redução sustentada da pobreza daria condições de cumprir a meta histórica de erradicação da pobreza até 2030.”⁸⁶

As principais reduções da pobreza são devidas a “*fortes taxas de crescimento nos países em desenvolvimento nos últimos anos*” combinado com programas sociais tais como “*investimentos na educação das pessoas, saúde e redes de segurança social que ajudaram a impedir que os pobres regressem à pobreza*”. As projeções mostraram ser possível que sejamos “*a primeira geração na história da humanidade que pode erradicar a pobreza extrema*”⁸⁷. Esta nova previsão de uma pobreza diminuindo a um dígito oferece um novo impulso para o combate à pobreza e auxilia no enfoque às estratégias mais eficazes para erradicar a extrema pobreza.

Para atingir tal objetivo, o Banco Mundial possui a perspectiva que novas ondas de redução da pobreza só serão alcançáveis por abordagens amplas e científicas. Os objetivos constam do documento “*Ending Extreme Poverty and Sharing Prosperity: Progress and Policies*” (2015), o qual se integra com o novo Programa das Nações Unidas (*Sustainable Development Goals*), em substituição ao programa “Metas do Milênio” que se encerrou em 2015 (*Millennium Development Goals*).

De acordo com o documento do Banco Mundial, as novas políticas devem ter em mira dois grandes objetivos: a) *crescimento de base ampla que gere oportunidades suficientes de aumento da renda* (tendo em mira um aumento de 40% da renda da camada mais pobre); b) investimento nas perspectivas de desenvolvimento das pessoas por meio de melhoria da cobertura e qualidade da educação, saúde, saneamento e proteção dos pobres e vulneráveis contra riscos repentinos causados por desemprego, fome, doença, seca e outras calamidades. Essas medidas também dariam um grande impulso à “prosperidade compartilhada”⁸⁸, melhorando o bem-estar das pessoas mais desfavorecidas de cada país.

⁸⁵ O Banco Mundial utiliza uma linha de pobreza atualizada de US\$ 1,90 por dia, a qual incorpora nova informação sobre diferenças no custo de vida nos países [taxas de câmbio na paridade do poder aquisitivo (PPP)]. A nova linha preserva o poder aquisitivo real da linha anterior (de US\$ 1,25 por dia a preços de 2005) nos países mais pobres do mundo. Foi usando essa nova linha (bem como novos dados no nível de países sobre padrões de vida), que “o Banco Mundial projeta que a pobreza global cairá neste ano de 903 milhões de pessoas ou 12,8% da pobreza global em 2012 para 702 milhões de pessoas da população global.” ob.cit, comunicado à imprensa de 4 de outubro de 2015. Disponível em <http://www.worldbank.org/pt/news/press-release/2015/10/04/world-bank-forecasts-global-poverty-to-fall-below-10-for-first-time-major-hurdles-remain-in-goal-to-end-poverty-by-2030>, acessado em 20.04.2016.

⁸⁶ BANCO MUNDIAL, idem.

⁸⁷ Ibidem, ibidem.

⁸⁸ “The shared prosperity goal recognizes that the pursuit of well-being among the most vulnerable in a society is a key development objective. Thus, while the average income growth among the B40 has become the agreed-upon indicator of shared prosperity, the goal itself is much broader in that it aspires to sustainably elevate the well-being of the poorer segments of society. Embedded in the goal, therefore, are both intertemporal and multidimensional objectives: shared prosperity requires well-being to be shared across individuals over time. This multidimensional

Todavia, observam-se desafios novos para poder atingir a pobreza extrema remanescente na África subsaariana, onde cada vez a pobreza tem se concentrado com a diminuição da pobreza nas demais regiões do globo, devido a conflitos e à falência político-institucional de tal região, A pobreza está diminuindo em todas as regiões, como já mencionado, entretanto, os pesquisadores do Banco Mundial projetam que as medidas tomadas até aqui serão inócuas ou de baixo impacto para essa região em particular.⁸⁹

Além disso, o crescimento econômico como um todo agora demandará medidas novas, estruturais, dado que dificilmente se repitam as mesmas taxas de crescimento econômico mundial observado até então, segundo o mesmo documento do Banco Mundial.

O último relatório da OIT “Perspectivas sociais e de emprego no mundo 2016 – Transformando empregos para acabar com a pobreza” (*World Employment and Social Outlook 2016: Transforming jobs to end poverty*) toca nesse ponto. O déficit global de empregos de qualidade e a recente deterioração das condições econômicas em diversas regiões “ameaçam desfazer décadas de progresso na redução da pobreza.” Usando os dados mais recentes disponíveis, aponta que ainda mais de 36% do mundo emergente e em desenvolvimento vive na pobreza *relativa* – com uma renda diária de menos de US\$ 3,10 de paridade de poder aquisitivo (PPP). Ao novo desafio de erradicação (ou quase erradicação) da *pobreza extrema* soma-se o de melhorar as condições de vida e de renda daqueles que se encontram na faixa superior de pobreza.

O relatório calcula que cerca de US\$ 600 bilhões por ano – ou quase US\$ 10 trilhões no total em mais de 15 anos – são necessários para erradicar a pobreza extrema e moderada globalmente até 2030, demandando novas ferramentas para a o crescimento econômico. Por exemplo, como aproximadamente 2/3 da pobreza concentra-se em áreas rurais⁹⁰, o relatório

aspect of the goal points to the need for a focus on non-income dimensions of prosperity such as education, health, nutrition, and access to essential infrastructure, as well as on enhancing the voice and participation of all segments of society in the economic, social and, political spheres (World Bank 2013b).” CRUZ, Marcio; FOSTER, James, QUILLIN, Bryce and SCHELLEKENS, Philip, *Ending Extreme Poverty and Sharing Prosperity: Progress and Policies*. Ob.cit., pg. 28.

⁸⁹ “Ending poverty is also complicated by the structural characteristics of the most impoverished nations, particularly those in Sub-Saharan Africa. Taking into account their demographic dynamics, by 2030 a larger share of the world’s impoverished will reside in natural resource–based economies and fragile and conflict-affected states (FCS), primarily in Sub-Saharan Africa. Poverty is less responsive to growth in such economies because the availability of jobs— the main channel through which growth uplifts the poor—is limited (Inchauste and SaavedraChanduvi 2014; Inchauste and others 2014; Loayza and Raddatz 2010; World Bank 1990; IMF 2014b). Capital-intensive, natural-resource sectors may generate growth but are likely to have weak backward and forward links with the rest of the economy, even during commodity boom periods. In the fragile and conflict-affected states (which include several natural resource-based countries), the poverty problem is even more complex. Conflicts, whether they arise because of contested natural resource wealth or are politically motivated, inevitably disrupt or even reverse growth. The impact of conflict is often felt long after peace is restored.” Idem, *ibidem*, pg. 25

⁹⁰ “more than 80 per cent of the moderate or extreme poor in developing and emerging countries are in rural areas and two-thirds of the extreme poor are employed in agriculture”, OIT, *World Employment and Social Outlook*

aponta a necessidade da modernização da agricultura para elevação da renda dessas populações – sobretudo, destacando o enorme impacto que o aumento da produtividade rural possui sobre a redução na pobreza⁹¹.

O relatório conclui ainda que o problema da pobreza persistente *não pode ser resolvido apenas por transferências de renda*; mais e melhores empregos são cruciais para atingir este objetivo: “*improving the quality of employment and incomes of the poor is central to tackling poverty in a sustainable manner.*”⁹².

A continuação do processo de queda da pobreza requer estruturas e políticas institucionalizadas que protejam as condições de trabalho, auxiliem a criação de empregos de qualidade e garantam um piso de proteção social. Concomitantemente, deve-se criar um ambiente que “*also entail providing supportive policies to enable individuals to improve their own labour market outcomes and creating an enabling environment for employers, allowing them to promote decent work.*”⁹³

A diversificação e sofisticação da economia, por exemplo, é apresentada como uma das formas mais eficientes para efetivo desenvolvimento e distribuição de renda. Os países que obtiveram as maiores quedas nos níveis de pobreza foram aqueles que privilegiaram o desenvolvimento da indústria tecnológica, de acordo com os estudos coletados pelos aludido documento da OIT. As políticas de transferência de renda fazem-se necessárias para o curto prazo nos casos mais dramáticos, todavia, devem ter em vista a capacitação e a inserção econômica.⁹⁴

Estima-se que quase um terço dos extremamente ou moderadamente pobres nas economias em desenvolvimento têm empregos. No entanto, seus empregos são vulneráveis por natureza: muitas vezes, estes empregos não são remunerados e estão concentrados em ocupações de baixa qualificação, como em regiões rurais não mecanizadas. Além disso, na ausência de proteção social, estas pessoas dependem quase que exclusivamente da renda de seu trabalho, encontrando-se numa situação de maior vulnerabilidade diante dos ciclos

2016: *Transforming jobs to end poverty*. ob.cit.,pg. 143

⁹¹ “A common finding of existing research has been that agricultural productivity growth has a much greater impact on poverty reduction than productivity growth in industry, manufacturing or services (Timmer, 1997; Ravallion, 2001; Thirtle, Lin and Piesse, 2003; ILO, 2005). Indeed, one study found that agricultural growth has three to four times greater impact on \$1.25 PPP per capita per day2 poverty than non-agricultural growth (Christiaensen, Demery and Kuhl, 2011). Meanwhile, non-agricultural sectors can make a larger contribution to the reduction of less severe poverty, highlighting the importance of diversification of economies from a predominant role for low productivity agriculture to higher productivity sectors in industry and services, including the transfer of labour from agriculture to employment in higher productivity activities. In fact, there is a clear inverse relationship between the percentage of agricultural employment in the labour force and per capita income.” OIT, ob.cit., pg 144.

⁹² OIT, *World Employment and Social Outlook 2016*.... ob. cit., Pg. 24

⁹³ Idem, idem, pg. 24.

⁹⁴ Ibidem, ibidem, pgs. 62 e 63.

econômicos.⁹⁵

Para tanto, acentua o papel da *governança* no processo de melhoria do nível dos empregos, ao oferecer um ambiente seguro e com regras claras ao investimento privado, dado seu relevante papel de “criador de empregos e gerador do crescimento econômico”, incluindo direitos de propriedade, “rule of law”, estabilidade política e um ambiente regulatório moderno:

“ ‘Employers’ organizations have a clear interest in enhancing enabling environments for businesses, which has direct implications for poverty reduction. For instance, the expansion of functioning capital and financial markets not only enhances access to credit for the poor, but helps to streamline business processes and promote economic growth and productivity. Indeed, the private sector is often involved in matters related to poverty reduction, owing to its role as a provider of jobs and driver of economic growth, as recognized in the 2030 Agenda for Sustainable Development and the Addis Ababa Action Agenda of the Third International Conference on Financing for Development. *In this regard, a range of priorities for employers’ organizations are directly tied to poverty alleviation, including macroeconomic and political stability, transparent and sustainable fiscal policy, good governance and rule of law, developed regulatory environments and established property rights, as well as open and transparent markets.* Besides this, social and physical infrastructure development and human capital acquisition have direct implications for establishing enabling environments for business, poverty reduction and expanding productive opportunities for the poor.”⁹⁶ (sem destaques no original)

Organismos internacionais comprometidos com o desenvolvimento humano integral passam a reconhecer a importância do desenvolvimento econômico para esse processo, concomitantemente, as pesquisas econômicas apontam para a importância da qualidade do conjunto normativo para tal. Portanto, constitui de grande importância o fato de mesmo a OIT reconhecer a necessidade de “boa governança e aplicação da lei”, “estabilidade macroeconômica”, “ambiente regulatório desenvolvido”, “mercado abertos e transparentes” e, “direitos de propriedade estabelecidos”; formando um conjunto “diretamente ligados à redução de pobreza”, o que denota a clara adoção das mesmas linhas defendidas pela Nova Economia Institucional.

Desde Adam Smith tem-se um conhecimento, ainda que intuitivo, de que o Estado, mediante as normas, possui um grande poder de modular o desenvolvimento econômico. A compreensão mais específica dessa influência tem sido revelada mais recentemente, especificamente pelo ramo da Nova Economia Institucional. O próximos capítulos procurarão desenvolver esses aspectos: influências institucionais, governança institucional e conjunto normativo.

⁹⁵ OIT, ob.cit.

⁹⁶ OIT, idem, pg. 177.

Capítulo 2

NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL: A COORDENAÇÃO SOCIAL MODULADA POR INSTITUIÇÕES.

1 . Economia: Das representações à determinação de seu ato concreto fundamental.

Entre os vários significados que a palavra “economia” possui, dois emergem à mente. O primeiro refere-se à Economia quanto ciência – “o estudo da forma pela qual a sociedade administra seus recursos escassos”⁹⁷. O segundo significado utilizamos diuturnamente como uma *abstração* correspondente ao fenômeno *das trocas econômicas* no seio da sociedade. Esse segundo sentido de “economia” é o qual nos interessa investigar no momento. Ou seja, procurar-se-á investigar a *onticidade* do *fenômeno social* da economia.

Um primeiro obstáculo constitui as representações enganosas que o termo “economia” pode suscitar, de forma que devemos num primeiro momento colocar os *phantasmatas* (em sentido aristotélico) “entre aspas”. A representação inicial de “economia” necessita, assim, ser problematizada, de forma a substituir uma enganosa familiaridade com o tema por uma abordagem analítica efetiva. Operadores do Direito, como leigos em Economia, normalmente compartilham da representação “popular” do fenômeno. Deixam implícita a suposição de que compreendem “economia” como sinônimo de “grande capital”, “mercado financeiro”, ou seja, remetem-se prioritariamente a fatores relevantes à <<macroeconomia>>, mas sub-representam as microrrelações, ou <<a microeconomia>>⁹⁸, tornando-se inconscientes até de sua *própria* participação no fenômeno econômico.

Por tal motivo, nenhuma das aludidas representações captam inteiramente o fenômeno, apenas algumas facetas. Por exemplo, quando se diz que determinado indicador econômico encontra-se em determinado patamar (por exemplo, taxa de desemprego), esse representa apenas um recorte do fenômeno global, correspondente a um dado mensurável; exige-se uma certa reflexão para tomarmos consciência que o dado é apenas resultado da aglutinação de milhões de outras ações, que se influenciam sistemicamente. MANKIW, em sua definição de economia quanto fenômeno, ressalta que os recursos são alocados “pelas ações *combinadas* de milhões de famílias e empresas.”⁹⁹

O fenômeno econômico mais elementar antecede a própria sociedade, estando

⁹⁷ MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia. Princípios de Micro e Macro Economia*. Tradução Maria Jose Cyhlar Monteiro. Ed. Campus:Rio de Janeiro, 1999, pg 4

⁹⁸ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 5ª ed. Nova Iorque: Aspen Law, 1998, pgs. 3 e 4.

⁹⁹ MANKIW, N. Gregory. *Ob.cit.*pg 4

presente na conduta do indivíduo ou unidade familiar isolada e autossuficiente. O termo economia vem do grego οικονομία - de οἶκος, translit. oikos, 'casa' + νόμος, translit. nomos, 'costume ou lei', ou também 'gerir, administrar': daí "regras da casa" ou "administração doméstica". Refere-se à arte de gerir recursos. Quando o primeiro *homo sapiens* compreendeu a dificuldade de obter alimentos, e desenvolveu formas mais eficientes de obtenção do alimento ou de estocagem, esse já era um raciocínio econômico.

O fenômeno econômico pode ser rastreado desde antes da sociedade, mas ele se *aperfeiçoa* continuamente no seio dela. O desenvolvimento de *técnicas* cada vez mais elaboradas de produção e distribuição integram-se nas culturas, favorecendo a aglutinação social, assim como o desenvolvimento da sociabilidade humana; nessa expansão, abrem-se possibilidades de aquisição de novos conhecimentos:

“Adquiridas as experiências iniciais, tanto da sobrevivência como da coexistência, tanto da vida do indivíduo como da sociedade, tudo o mais se afirma, daí por diante, como aperfeiçoamento desta própria aprendizagem. Desenvolve-se o que se pode chamar a técnica da realização dos seus interesses. Amplia-se o conhecimento do modo pelo qual o homem domina o ambiente que o cerca. E a ampliação destes conhecimentos, por sua vez, possibilita a elaboração dos ensinamentos que a comparação favorece e que tentam antever ou predeterminar os próprios fatos.”¹⁰⁰

E ainda:

“Bastaria dizer que o *homem* é o sujeito do ato econômico, para termos exposto toda a razão de ser da importância do conhecimento econômico na cultura moderna. Mas, além desse simples registro, torna-se necessário destacar que o *homem*, considerado na Economia, é justamente aquele que tem a serviço da satisfação de suas necessidades individuais e sociais, tudo quanto a cultura possa haver conquistado nos demais ramos do conhecimento. É o homem em sua universalidade de indivíduo, posto e vivendo em sociedade.”¹⁰¹ (Sem sublinhado no original).

A “organicidade” do fenômeno econômico ramifica-se e envolve a sociedade, sendo-lhe, inclusive, um dos seus sustentáculos. É absorvida por ela, ao mesmo tempo que pauta aperfeiçoamentos sociais posteriores. A economia é imanente à sociedade ao mesmo tempo que influencia seu desenvolvimento como um todo.

2. O Ato Econômico

Tentaremos, então, isolar qual a conduta humana original e individual que densifica o

¹⁰⁰SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Do Econômico nas Constituições Vigentes*. Vol. 1. Edições da Revista Brasileira de Estudos Políticos: Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, 1961, pg. 22.

¹⁰¹ SOUZA, idem, pg. 15.

fenômeno social global, dado que seu autor primário é o ser humano quanto *indivíduo*, “*como sujeito do ato, de modo geral e, portanto, do ato econômico*”¹⁰². Desta forma, é precipuamente sobre esse ato originário que o Direito agirá, estabelecendo a ligação entre economia e a lei, tal como já afirmava Prof. Washington Peluso, para quem o ato econômico é “como ponto de partida, e elemento mais simples na compreensão da atividade econômica”¹⁰³.

Ainda que a definição ôntica do Direito não tenha sido plenamente delimitada¹⁰⁴, o âmbito de sua fenomenologia, entretanto, o é. O Direito só pode “existir em função do homem”¹⁰⁵ e de sua inerente “necessidade de coexistência”. Em virtude disso estabelecem os indivíduos entre si “relações de coordenação, subordinação, integração e delimitação”¹⁰⁶, relações essas que não se dão sem o concomitante aparecimento de normas de organização social. O fenômeno normativo surge, por conseguinte, como corolário da sociabilidade humana. Para tanto, o Direito age precipuamente mediante a conformação das condutas *individuais* com vistas à organização social mencionada, agindo *sobre* a ação racional humana, enquanto que o ato econômico emerge *da* ação racional humana. Abstraindo o fenômeno econômico primordial do seu entorno poder-se-á, então, aclarar como o Direito pode influenciar a economia como um todo, pela sua atuação sobre as condutas individuais.

Como mencionado, o ato econômico surge *da* ação racional humana:

“o sentido mentado, deste ato, que se manifesta no discernimento e na justificativa de determinado interesse; a condição de eleição entre alternativas da escolha, que está na manifestação da vontade, são elementos que irão informar definitivamente os estudos da relação Economia-Direito”.¹⁰⁷

Max Weber define *ação* como a conduta humana na qual o sujeito age movido por um sentido subjetivo.¹⁰⁸ A ação econômica é aquela na qual o sujeito utiliza os conhecimentos à sua disposição para satisfação de uma necessidade. É a ação humana qualificada por estar balizada por um raciocínio de cálculo dos *meios disponíveis* e qual sua melhor aplicação para a satisfação de um *interesse*. A ação é ‘economicamente orientada’ quando, de acordo com o seu significado subjetivo, preocupa-se com a satisfação do desejo por ‘utilidades’, segundo aquele

¹⁰² SOUZA, ob.cit., pg. 46

¹⁰³ SOUZA, idem., pg 46.

¹⁰⁴ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 24ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2013,pg. 259

¹⁰⁵ DINIZ, Maria Helena. idem.,pg. 260.

¹⁰⁶ MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Liv. Martins, Ed. 1972, pgs. 363,364.

¹⁰⁷ SOUZA, ibidem, ibidem, pg 46.

¹⁰⁸ “Por “acção” entender-se-á um comportamento humano (consista ele num fazer externo ou interno, num omitir ou permitir), sempre que o agente ou os agentes lhe associem um sentido subjectivo”. WEBER, Max. *Conceitos Sociológicos Fundamentais*. Tradutor: Artur Morão, Covilhão, Portugal: LusoSofia Press, 2010, pg. 7.

autor¹⁰⁹. A ação econômica relaciona-se com a questão da *escassez* (meios disponíveis), procedendo à escolha racional sobre a melhor conduta a ser implementada para atingimento do fim almejado. A ação econômica consubstancia-se na tomada de consciência dessa tensão entre meios existentes na realidade concreta (*escassez*) e *interesse*. Prof. Washington Peluso, explicando o pensamento de Weber, comenta:

“Para aquele sociólogo e economista, a satisfação dos interesses está ligada a uma condição *externa* que orienta as próprias reações individuais; subjetivamente, através de experiências adquiridas e pela intensidade das necessidades sentidas, o indivíduo mede as disponibilidades dos meios capazes de removê-las.”¹¹⁰ (sem destaque no original).

Observe que dessa definição de ação econômica emergem suas principais características: conduta humana animada por um objetivo (*interesse*), a qual utiliza conhecimento acumulado individual ou comunitariamente compartilhado (*técnica*) para aplicar os meios disponíveis para atingir aquele fim (*ação racional*). Do conceito também está implícita a situação de *escassez* – a “condição externa”, da qual faz menção Washington Peluso - que impõe ao indivíduo a aplicação racional de meios para satisfação dos interesses.

Por *escassez* entende-se a não satisfação plena de todas as necessidades – ou interesses – pela limitação de recursos. Por “racional” também não se compreende um raciocínio matematicamente perfeito, mas à *tomada de consciência da tensão* existente entre os <<meios disponíveis>> e os <<fins almejados>>. É a consciência da *contingencialidade*. Nesse sentido o ato econômico precede a sociedade, pois ele se observa em um único agente, independentemente da construção de uma relação entre indivíduos. O personagem Robinson Crusóe, isolado em sua ilha no Caribe, realizava atos econômicos para satisfazer suas necessidades (ou, interesses) como conforto e alimentação, ao avaliar os bens disponíveis (*madeira, ferramentas, expertise*) e o interesse (*construção de uma casa*).

A ação econômica *individual* passará a constituir o fenômeno *social* mediante o fenômeno *da troca* econômica, quando então dois ou mais indivíduos estabelecem relações de fim econômico. A divisão do trabalho deriva do contínuo aperfeiçoamento desse fenômeno primordial, o qual incentivará as trocas econômicas entre indivíduos e famílias. O resultado global das trocas mostrar-se-á mais eficiente que a autossuficiência, levando ao desenvolvimento de ferramentas que auxiliem tais trocas.

Nessa transmutação da ação econômica individual para um fenômeno social, mediante trocas econômicas, o Direito passará a ter grande relevância, dado que as trocas são,

¹⁰⁹ WEBER, Max. *Historia Económica General*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 3

¹¹⁰ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *ob.cit.*, pg 28.

antes de tudo um *acordo de vontades*, cuja forma de operacionalizar-se será demarcada pela normatividade socialmente aceita.

3. Coordenação econômica e Alteridade.

Toda definição de Economia quanto ciência afirma que seu objeto é o estudo “*de como las sociedades utilizan recursos escasos para producir bienes valiosos y distribuirlos entre diferentes personas*”¹¹¹, com vistas a verificar o melhor nível de eficiência¹¹² tanto na produção quanto na distribuição desses bens de forma a suprir o melhor possível as necessidades materiais dos indivíduos de uma determinada sociedade. Abstraindo-se da questão da escassez, o cerne do objeto traz a ação da “produção” e “distribuição” de bens.

Tanto a produção quanto a distribuição são resultantes de *trabalho* humano. Realmente, “trabalho” significa “a atividade humana aplicada à produção da riqueza”¹¹³. Essa “riqueza” pode ser a contraprestação salarial, monetária ou os próprios bens que satisfazem as necessidades materiais do indivíduo (*in natura*). O caráter definidor da “riqueza” é a “utilidade”, e a utilidade, por sua vez, é determinada tanto individualmente quanto *socialmente*¹¹⁴. O ouro, por exemplo, é valioso por ser *socialmente* acordada a destinação de se prestar à *medida de troca*, gerando aumento de sua *utilidade* para além de sua intrínseca beleza e durabilidade. Um bem imóvel (como um terreno) tem seu valor fortemente influenciado pela sua localização urbana por conta da *utilidade* que a localização ofereça em relação ao contexto *socialmente* ali construído. Mesmo o trabalho doméstico tem seu caráter econômico por lidar com a *escassez*. Seja qual for a atividade, ainda que intelectual, será “trabalho” se através dela o indivíduo cria *riqueza*, determinada essa pela sua *utilidade*, ou seja, por aquilo que socialmente possa-se realizar a partir do produto do trabalho ou pela necessidade satisfeita.

“Decimos que una actividad es económica cuando está orientada a procurar ‘utilidades’ (bienes y servicios) deseables o las probabilidades de disposición sobre las mismas. Toda actividad puede orientarse económicamente, aun la del artista y la del guerrero, esta última em cuanto los fines y medios económicos son de interés para la preparación y realización de la guerra. Sin embargo, em sentido estricto, ‘economía’ implica sólo el ejercicio *pacífico* de um poder de disposición que, de *modo primordial*, está económicamente orientado.”¹¹⁵

¹¹¹ NORDHAUS, William D. SAMUELSON, Paul A. *Economia*. Tradução: Manuel F. C. Mira Godinho. 12ª ed. Portugal: McGraw-Hill, 1988, pg. 29.

¹¹² NORDHAUS, idem, idem, pg. 29.

¹¹³ FERNANDES, Francisco; LUFT, Celso Pedro; F. Marques Guimarães. *Dicionário Brasileiro GLOBO*. 52ª edição. São Paulo: Editora Globo, 1999.

¹¹⁴ A dimensão social da utilidade se dá quando diante de uma sociedade permeada por interrelações econômicas, caso contrário, a utilidade seria determinada apenas na dimensão individual ou da unidade familiar autossuficiente.

¹¹⁵ WEBER, Max. *Historia Económica General*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 3.

A partir desses delineamentos, emergem duas características do fenômeno econômico quando *social*: a *voluntariedade* e a *troca*. Voluntário¹¹⁶, no sentido do agente atuar intencionalmente voltado para a produção e/ou troca de bens. Troca, como a relação social essencial da economia, porque envolve trocas entre indivíduos, unidades familiares ou outras unidades produtivas ou distribuidoras (como as *firmas*).

Envolve atividade humana aplicada para a produção de riqueza que não fica restrita ao indivíduo produtor, mas destinada à troca – troca entre produtos (escambo), troca entre trabalho e um valor monetário (o qual por sua vez representa um certo *poder aquisitivo* para ser trocado por outros produtos). Temos então que o fenômeno *social* econômico decompõe-se em *atos* econômicos, *voluntários*, os quais imbuíram a *troca* como forma de aumentar a *utilidade* dos recursos originais na posse do agente. A *troca* – a relação econômica entre dois ou mais indivíduos - constitui o elemento essencial da economia quanto fenômeno social.

Da sofisticação crescente do entrelaçamento entre cadeias de “trocas” constroi-se uma “economia”. Emerge dessa análise que estamos tratando de uma *coordenação* entre agentes, e a depender do nível de eficiência da mesma, resultará na satisfação material geral, por conta aumento de ganho de utilidade gerado pela troca (gerando melhor alocação dos bens e maior produtividade). Os agentes são individualmente motivados por suas próprias necessidades, mas o resultado geral alcançado assemelha-se a uma teia de relações que se entrelaçam e influenciam-se mutuamente, correspondendo a uma *co-ordenação*.

Pensemos, por exemplo, em como um produto simples como um fruto chega à nossa mesa. Cada etapa como “produção”, “colheita” e “distribuição” envolve um grande número de agentes e de insumos, que por sua vez são frutos de muitas outras cadeias produtivas. Na fase de produção, por exemplo, as plantas talvez necessitem de poda e adubação, como no caso de pés de laranja que requer a poda manual, envolvendo trabalhadores rurais sazonais. A adubação utilizará insumos e equipamentos, diferenciando-se se aérea ou terrestre. Se aérea, a adubação dependerá da contratação de um piloto e da compra/aluguel de um avião monomotor, sendo esse, por sua vez, resultado de uma complexa e longa cadeia produtiva. A correta adubação dependerá da avaliação de um engenheiro agrônomo. Por sua vez, o adubo é fruto de desenvolvimento tecnológico que depende do trabalho de um número imenso de pesquisadores e de infraestrutura que lhes forneça os instrumentos de pesquisa. Após a colheita, que envolve mais um infindável número de agentes, ocorre a distribuição, a qual é realizada primordialmente em nosso país por caminhoneiros, os quais dependem dos fatores de infra-

¹¹⁶ A escravidão, como fenômeno econômico, não constitui base de nossa economia, não se apresenta como caráter *essencial* do ato econômico e nem do fenômeno econômico social atual. Weber, igualmente, já o descartava expressamente de sua conceituação do fenômeno econômico. In: WEBER, Max. Ob.cit, idem, 1997.

estrutura (estradas e facilidades) e custo do insumo “caminhão” e “combustível”. Dependemos ainda da existência de pontos de distribuição, os quais os repassam para os “revendedores” finais, sendo esses desde supermercados a pequenos hortifrutis espalhados nos bairros, e, esses por sua vez, têm seus empreendimentos sustentados pela demanda da vizinhança.

Enfim, para que uma simples fruta chegue até nossa mesa, ela depende da efetiva e eficiente interconexão entre inúmeras cadeias produtivas, as quais se materializam pelas ações de milhares de indivíduos. Nenhuma das cadeias produtivas aqui mencionadas foi formada de cima para baixo. Ninguém obrigou o plantador, o agrônomo, o cientista, o fazendeiro, o piloto ou o caminhoneiro a exercerem exatamente aquela atividade e naquele determinado local. Todavia, em meio ao aparente caos e à multiplicidade de fatores e pessoas envolvidas, eis que o fruto chegou à nossa mesa. Eis a *coordenação social* econômica.¹¹⁷

“A despeito do papel importante das empresas e do dinheiro na nossa economia atual, e a despeito dos problemas numerosos e complexos que levantaram, a característica central da técnica de mercado para obter a cooperação está completamente representada na simples economia de troca, que não contém nem empresas nem dinheiro. Tanto no modelo simples, quanto na economia mais complexa com empresas e uso de dinheiro, a cooperação é estritamente individual e voluntária, desde que: a) as empresas sejam privadas, de modo que as partes contratantes sejam sempre, em última análise, indivíduos; b) os indivíduos sejam, efetivamente, livres para participar ou não de trocas específicas, de modo que todas as transações possam ser realmente voluntárias.”¹¹⁸

A realização de *trocas* como forma de obter o que se necessita materialmente constitui um diferencial humano, uma especial forma de relacionamento e dependência mútua não observável entre animais. Um felino, por exemplo, que queira um pedaço de carne de outro, caso se sinta capacitado fisicamente, irá simplesmente tomar à força ou através da intimidação. Fundamentalmente, não há *trocas* voluntárias entre animais. Como disse Adam Smith: “Ninguém jamais viu um cachorro fazer uma troca justa e deliberada de um osso por outro, com um segundo cachorro”¹¹⁹. Sem a possibilidade de troca, não há especialização, logo não

¹¹⁷ “O problema básico da organização social consiste em descobrir como coordenar as atividades econômicas de um grande número de pessoas, Mesmo em sociedades relativamente atrasadas, são necessárias a divisão do trabalho e a especialização de funções para fazer uso efetivo dos recursos disponíveis. Em sociedades adiantadas, a necessidade de coordenação, para usar de maneira totalmente conveniente as oportunidades oferecidas pela ciência e tecnologia modernas, é muito maior. Literalmente, milhões de pessoas estão envolvidas em fornecer diariamente um ao outro o pão necessário - além dos automóveis. O desafio para o que acredita na liberdade consiste em conciliar essa ampla interdependência com a liberdade individual. Fundamentalmente, só há dois meios de coordenar as atividades econômicas de milhões. Um é a direção central utilizando a coerção - técnica do Exército e do Estado totalitário moderno. O outro a cooperação voluntária dos indivíduos - a técnica do mercado” FRIEDMAN, Milton, *Capitalismo e liberdade*, ob.cit, pg. 21.

¹¹⁸ FRIEDMAN, Milton, *idem*, pg. 22.

¹¹⁹ SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações: Investigação Sobre sua Natureza e suas Causas*. Vol.I, Apresentação de Winston Fritsch, Tradução de Luiz João Baraúna, São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 1996, pg. 73.

há a diversificação e desenvolvimento social. Já entre seres humanos ocorre algo muito peculiar, uma original maneira de cooperação, que pode ocorrer entre completos estranhos, entre indivíduos que não possuam laços de sangue ou deveres tribais.

Já um ser humano, mesmo nas mais remotas eras, já procedia à *troca*, como consequência do reconhecimento do *outro*. Caso quisesse obter um *tacape* de outro, espontaneamente procede à troca, ao oferecimento de outro bem que seja útil ao primeiro, daí por que o furto é universalmente reprovado, mesmo entre as mais primitivas sociedades humanas¹²⁰. Nessa pequena ação – da troca - fenômenos muito profundos ocorrem, mesmo que irrefletidamente. “*Eu sei que você <<é>>, que esse tacape é seu, sua obra, e para eu tê-lo necessito de seu consentimento*”. Esse reconhecimento do outro, com o reconhecimento desse <<outro>> quanto indivíduo criador, logo, “dono” de sua obra, constitui a pedra angular para a possibilidade de uma sociedade. Quanto mais uma sociedade desenvolve essa impressão inicial, mais diversificadas e fluidas serão as relações, e mais ela (a sociedade) se desenvolverá em todos os aspectos. Desse reconhecimento do “outro” advém que a troca consiste num fenômeno eminentemente *jurídico*, pois apresenta-se como o primeiro rudimento de um negócio jurídico. HARARI, tratando da coordenação humana nos seus primórdios, enfatiza como as relações econômicas que parecem rudimentares na verdade derivam de fenômenos sócio-cognitivos sofisticados, que por sua vez têm por base o reconhecimento mútuo entre agentes e laços de *confiança* ou num terceiro agente que ambos reconhecem como digno de confiança.¹²¹

Por conta da relação da troca ser imanente à alteridade, é que podemos encontrar o fenômeno econômico de forma quase universal entre os mais diversos povos e desde as mais remotas eras, correspondendo ao demonstrado pelos resquícios históricos.

3.1.Capacidade de coordenação social como intrínseca ao ser humano.

A capacidade de coordenação social de forma aparentemente “espontânea” constitui um dado que intriga os cientistas. Segundo HARARI, a capacidade de coordenação de grandes corpos sociais constitui resultado de uma diferenciação entre o *Homo sapiens sapiens* dos

¹²⁰ PIPES, Richard. Ob.cit. 2007.

¹²¹ “O comércio pode parecer uma atividade muito pragmática, que não requer nenhuma base fictícia. Mas o fato é que nenhum outro animal além do *sapiens* pratica o comércio, e todas as redes de comércio dos *sapiens* sobre as quais temos informações detalhadas se baseiam em ficções. O comércio não pode existir sem confiança, e é muito difícil confiar em estranhos. A rede de comércio global de nossos dias se baseia em nossa confiança em entidades fictícias tais como o dólar, o Federal Reserve Bank e as marcas registradas das corporações. Quando dois estranhos em uma sociedade tribal querem fazer comércio, eles geralmente constroem confiança mútua recorrendo a um deus, ancestral mítico ou animal totêmico em comum.” HARARI, Yuval Noak. *Sapiens: Uma breve História da Humanidade*. 7ª ed., Tradução de Janaina Marcoantonio, Porto Alegre: L&PM, 2015, pg. 44.

outros animais, e inclusive das outras espécies Homo¹²².

Enquanto outras espécies animais desenvolveram outras ferramentas para sua sobrevivência, caracterizadas especialmente pelo incremento *físico* (como força, ferocidade, visão, capacidade de vôo, olfato aguçado, entre outros), os *sapiens* desde os primórdios destacaram-se pelas suas habilidades sociais cada vez mais elaboradas, até mesmo frente outras espécies do gênero Homo. Os neandertais, por exemplo, individualmente eram mais fortes e exímios caçadores frente a um *sapiens* isolado. Todavia, *sapiens* desenvolveram técnicas de coordenação social que podiam garantir comida farta para grandes agrupamentos. Enquanto *neandertais* caçavam sozinhos e viviam em pequenos núcleos familiares, diferentes grupos de *sapiens* reuniam-se, por exemplo, para a caça de rebanhos de cavalos selvagens, acoçando-os em um desfiladeiro. Conforme explica HARARI “Se tudo saísse bem, a coordenação de dezenas (quem sabe, centenas) de indivíduos conseguiria numa única tarde de esforço coletivo, alimento e couro para ser estocada e suprir muitas das necessidades do bando por um longo período.”¹²³

Outros animais também formam agrupamentos, mas são limitados em número de membros e *possibilidades comunicativas*. Um formigueiro pode ter milhares de formigas, mas sua coordenação é mediante uma padronização inflexível. Já as sociedades humanas destacam-se pela enorme variedade de papéis que seus membros podem exercer, pela diferenciação de suas funções e flexibilidade adaptativa. A inventividade de *cada membro*, que se apresenta pela descoberta do *mundo abstrato* e a extraordinária capacidade comunicativa, garante essa flexibilidade do organismo social, ou seja, a *individualização* garante que o grupo como um todo seja beneficiado. Mas, para que cada membro do grupo fosse inventivo, era necessário surgir o reconhecimento do outro como *indivíduo relativamente independente e co-criador*.

Assim, a *proteção mútua* e a *coordenação* entre os membros do grupo enriquecia-se, tendo sido esse o grande segredo do sucesso humano em sua corrida evolucionista. Tal habilidade única provavelmente tenha sido o grande resultado da chamada *Revolução Cognitiva*. Ocorrida 70 e 30 mil anos atrás aproximadamente, a capacidade imaginativa humana surgiu, ou seja, a capacidade única de conceber ideias e conceitos não existentes materialmente. Isso aumentou enormemente sua capacidade de linguagem, fundamental para o

¹²² Há 100 mil anos, existiam ao menos seis espécies do gênero *Homo* habitando a Terra: *sapiens*, *neanderthalensis*, *floresiensis*, *denisova*, *ergaster* e *rudolfensis*. Delas, apenas a *sapiens* sobreviveu, dando origem à Humanidade Moderna. O diferencial de nossa espécie, de acordo com as ciências evolutivas, foi nossa especial capacidade de coordenação, que se mostrou superior a quê qualquer espécie animal havia apresentado até então, incluindo as demais espécies do gênero *Homo*. Essa especial capacidade expandiu-se com a *Revolução Cognitiva*, a qual já foi chamada de “o começo da História”. HARARI, Yuval Noak. “Superando o Genoma” in: ob.cit., pgs. 41 e ss..

¹²³ HARARI, idem, pg 44.

desenvolvimento de relações sociais mais sofisticadas. Ao compartilharem os mesmos conceitos abstratos (mitos), as mesmas crenças, grandes grupos poderiam agir de forma coordenada, coesa e ao mesmo tempo *flexível*.

“Toda cooperação humana em grande escala – seja um Estado moderno, uma igreja medieval, uma cidade antiga ou uma tribo arcaica – se baseia em mitos partilhados que só existem na imaginação coletiva das pessoas. (...) Os Estados se baseiam em mitos nacionais partilhados. Dois sérvios que nunca se conheceram podem arriscar a vida para salvar um ao outro porque ambos acreditam na existência da nação sérvia, da terra natal sérvia e da bandeira sérvia. Sistemas judiciais se baseiam em mitos jurídicos partilhados. Dois advogados que nunca se conheceram podem unir esforços para defender um completo estranho porque acreditam na existência de leis, justiça e direitos humanos (...)”¹²⁴

A coordenação social sofisticada foi o que definiu o surgimento do homo *sapiens* e nos diferencia de todos os animais, *prima facie*. Não por coincidência, Aristóteles via o ser humano como um “animal político” (*Zoon Politikon*), “*mais social do que as abelhas e os outros animais que vivem juntos*”¹²⁵. A Revolução Cognitiva criou, assim, um abismo entre os seres humanos e os animais, surgindo a partir daí o mesmo “animal racional” da definição aristotélica, que, por ser o único a ter o domínio do mundo abstrato e, por conseguinte, da palavra, desenvolve uma extraordinária profundidade em suas relações sociais, que juntas, criam uma impressionante e única capacidade de coordenação social¹²⁶.

Desenvolvemos *sociedades* que evoluíram a partir dos grupos humanos mais simples (mas não menos sofisticados internamente), criamos um mundo paralelo abstrato conceitual que se expandiu enormemente, ao ponto de dar-nos a impressão de até ter se sobreposto ao mundo concreto imediato. Doravante, construirmos ideias e conceitos cada vez mais sofisticados que canalizem as ações humanas de forma a emergirem teias organizativas cada vez mais complexas e eficientes constitui uma tendência ditada pela nossa estrutura mais essencial. Olhando por este ângulo, a contínua sofisticação do comércio e certas facetas da globalização talvez constituam o capítulo culminante de um processo iniciado há 70 mil anos.

¹²⁴ HARARI, Yuval Noah, *ibidem*, pg. 36

¹²⁵ ARISTÓTELES, *A Política*. 3ª ed., São Paulo : Martins Fontes, 2006.

¹²⁶ (...) é um erro procurar as diferenças no nível do indivíduo ou da família. Nas comparações entre indivíduos, ou mesmo entre grupos de dez, somos embaraçosamente similares aos chimpanzés. As diferenças significativas só começam a aparecer quando ultrapassamos o limite de 150 indivíduos, e, quando chegamos a mil ou 2 mil indivíduos, as diferenças são assombrosas. Se você tentasse agrupar milhares de chimpanzés na praça Tiananmen, em Wall Street, no estádio do Maracanã ou na sede da ONU, o resultado seria um pandemônio. Já os sapiens se reúnem regularmente aos milhares em tais lugares. Juntos, criam padrões ordenados – tais como redes de negócios, celebrações em massa e instituições políticas – que jamais poderiam criar de forma isolada. A diferença real entre nós e os chimpanzés é a cola mítica que une grandes quantidades de indivíduos, famílias e grupos. Essa cola nos tornou os mestres da criação.” HARARI. *Ob.cit.* pgs. 46-47.

3.2. Coordenação social econômica: o comércio.

O comércio é uma das arenas onde a inventividade humana e sua capacidade de coordenação revela-se mais claramente.

Sítios arqueológicos em cavernas que foram habitadas por *Homo sapiens* há 30 mil anos demonstram que o escambo já era utilizado, estimulando trocas que abrangiam inúmeros grupos humanos e centenas de quilômetros de distância entre eles.¹²⁷

Na Antiga Mesopotâmia, já há quase 5 mil anos, o comércio floresceu grandemente. Plaquetas de argila demonstram registros de transações de diversos produtos desde cevada, lã e até metais. Chama a atenção que inclusive existia um sistema de notas de crédito, utilizando as mesmas plaquetas de argila com a função de uma nota promissória atual ou de uma confissão de dívida¹²⁸. Uma delas, especialmente bem preservada, vinda da cidade de Sippar (atualmente Tell Abu Habbah, no Iraque) datando do reinado de Ammi-ditana (1683-1647 a.C.) declara que seu portador deve receber uma quantia específica de cevada na época da colheita¹²⁹. Outra, datada do reinado de Ammi-saduqa, declara que seu portador deverá receber uma quantia de prata ao final de uma jornada¹³⁰. Mostra-se simbólico que alguns dos registros mais antigos da escrita sejam títulos de crédito sumérios de mais de 5 mil anos.

A arqueologia tem confirmado que elementos ‘modernos’ do comércio já eram bastantes conhecidos e amplamente utilizados na Mesopotâmia no terceiro milênio a.C., tendo sido constatado também que o arranjo institucional e governamental de então era indutivo do crescimento econômico. O comércio expandiu-se sobremaneira nessa época, com efeitos gerais de prosperidade, observáveis, entre outras evidências, pelo crescimento populacional e elevação do padrão de vida da população.¹³¹

‘It is now recognized that most of the techniques that would become basic commercial practices in classical antiquity were already developed in the third millennium BC in the temples and palaces of the Bronze Age Near East—money, alongwith the uniformweights,measures, and prices needed for account-keeping and annual reports (Hudson and Wunsch 2004), the charging of interest (Van De Mieroop 2005; Hudson And Van De Mieroop,2002), and profit-sharing arrangements between public institutions and private

¹²⁷ HARARI, ob.cit., pgs. 43 e 44.

¹²⁸ DAMEROW, Peter; ENGLUND, Robert K.; NISSEN, Hans J., *Archaic Bookkeeping: Early writings and Techniques of Economic Administration in the Ancient Near East*. Londres, 1993, In: FERGUSON, Niall. *A ascensão do Dinheiro: a história financeira do mundo*. Trad: Cordélia Magalhães, São Paulo: Ed. Planeta, 2009.

¹²⁹ FERGUSON, Niall. *A ascensão do Dinheiro: a história financeira do mundo*. Trad: Cordélia Magalhães, São Paulo: Ed. Planeta, 2009, Cap. 1

¹³⁰ Localizadas no British Museum, as escritas cuneiformes foram traduzidas pelo dr. John Taylor à FERSUSON, autor de “A ascensão do Dinheiro”, ob. cit.

¹³¹ HUDSON, Michael. *Entrepreneurs: From the Near Eastern Takeoff to the Roman Collapse*. pgs. 8-39, In: BAUMOL, William; LANDES, David S.; MOKYR Joel (org.). *The Invention of Enterprise: Entrepreneurship from Ancient Mesopotamia to Modern Times*. Princeton University Press, 2010, pg 17.

merchants ranging from long-distance trade to leasing land, workshops, and retail beer-selling concessions (Renger,1984,1994,2002). Assyriologists now apply the term *entrepreneur* broadly to Assyrian And Babylonian tamkarum “merchants” from early in the second millennium BC down to the Egibi and Murashu families of Babylonia in the seventh through fifth centuries BC, Who created novel commercial strategies to manage estates and provision the palace and its armed forces.”¹³²

Diante das descobertas arqueológicas ocorridas no decorrer do século XX, a interpretações tradicionais do surgimento do fenômeno econômico sofisticado - tais como identificação weberiana da economia como um fenômeno essencialmente moderno - têm sido bastante relativizadas, senão até abandonadas. WEBER compreendia os indivíduos da Antiguidade como necessariamente ingênuos, incapazes de procederem ao moderno pensamento econômico – retratados como uma “*massas aturdidadas e ignorantes, fanáticas e irracionais, dominadas por uma pequena elite de “magos e apóstolos”*”¹³³. Todavia, diante do cenário que se depreende dos registros cuneiformes, revelando traços modernos de empreendedorismo e de instrumentos econômicos avançados, tem se alterado significativamente a percepção da economia do ponto de vista antropológico¹³⁴ e cultural.

HUDSON et al, com base em registros históricos, afirma que o empreendedorismo foi amplamente exercido no Oriente Médio no III milênio a. C., assumindo um importante papel social; todavia, as estruturas que o permitiram florescer encontraram seu colapso com o Império Romano, levando a um período prolongado de estagnação comercial durante a Idade

¹³² HUDSON, Michael. Ob.cit.,pg 9.

¹³³ WEBER ,Max. *Historia Económica General*. Tradução e prefacio Manuel Sánchez Sarto. Fondo de Cultura Económica. 3ª ed. Eletrônica, 2012.

¹³⁴“A century ago economists could only speculate on the origins of enterprise. It seemed logical to assume that entrepreneurial individuals must have played a key role in archaic trade, motivated by what Adam Smith described as an instinct to “truck and barter.” When a Mycenaean Greek site from 1200 BC was excavated and storerooms with accounting records found, the building accordingly was called “a merchant’s house,” not a public administrative center. There was little room for Max Weber’s idea that a drive for social status might dominate economic motives. Materialist approaches to history both by Marxist and by business-oriented writers assumed that economic factors determined status and political power, not the other way around. The basic context for enterprise was deemed to consist of timeless constants: money, account-keeping to calculate gains, credit, and basic contractual formalities. To the extent that public institutions were recognized as economic actors, they were assumed to be an overhead, incurred at the expense of enterprise, not as means of promoting it. There was little idea of temples and palaces playing a catalytic role, much less a key one in production or providing money and provisioning commercial ventures. There was even less thought of rulers regulating markets, canceling personal debts, and reversing land transfers as a way to enhance prosperity. Translation of cuneiform records over the past century has changed these attitudes. A veritable explosion of colloquia over the past decade has analyzed the emergence of enterprise in Mesopotamia and its neighbors (in particular Dercksen 1999; Bongenaar 2000; Zaccagnini 2003; Manning and Morris 2005; and, earlier, Archi 1984, in addition to the compendious *Civilizations of the Ancient Near East* [Sasson et al. 1995]). Our own working group, the International Scholars Conference on Ancient Near Eastern Economies, has held colloquia dealing with the public/private balance (Hudson and Levine 1996), the emergence of urban and rural land markets (Hudson and Levine 1999), debt practices and how societies handled the economic strains they caused (Hudson and Van De Mierop 2002), account-keeping and the emergence of standardized prices and money (Hudson and Wunsch 2004). These conference volumes have been bolstered by many books and articles presenting a complex view of the emergence of commercial enterprise.” HUDSON, Michael.idem, pg 8.

Média¹³⁵. O desenvolvimento de tais práticas comerciais – comércio, moeda, crédito, juros e preços - sugerem que as atividades comerciais foram protegidas e até certo ponto patrocinadas pelas estruturas institucionais e governamentais de então na Mesopotâmia. Os templos e palácios sumérios teriam sido os primeiros locais onde a ideia de investimento visando lucro, cobrança de juros, criação de um mercado de propriedades surgiram e foram modulados de forma a sustentarem a prosperidade da sociedade, a qual teria durado longo período. Até mesmo o funcionamento de um mercado financeiro se inicia, pela atividade dos mais ricos mercadores, estimulando maior desenvolvimento do comércio.¹³⁶

3.3. Economia como coordenação.

Temos, portanto, que a *coordenação social* constitui o próprio “*fato social*”¹³⁷ da atividade econômica. O que diferencia essa coordenação social de outras – como, por exemplo, de uma associação esportiva ou comunidade religiosa – é o fato de que os indivíduos se organizam em torno da produção e circulação de bens e serviços. *Toda* troca entre indivíduos que possua um fundo utilitário, onde haja uma alocação de recursos entre indivíduos mediante a troca de propriedade constitui o fenômeno econômico, de forma que isso revela a abrangência e a profundidade da economia na vida cotidiana: diuturnamente realizamos *trocas* econômicas.

Tudo que um indivíduo necessita - a não ser que ele mesmo o produza como ocorria parcialmente com a agricultura de subsistência – será obtido mediante trocas com seus semelhantes. A economia, assim, auxilia a fornecer oxigênio à evolução social, ao seu desenvolvimento não só material, mas também cultural, mediante o fortalecimento das relações

¹³⁵ O empreendedorismo cairia numa “era de trevas” próximo ao colapso de Roma. De acordo com os mesmos autores, o ponto chave está na mudança que transformou o empreendedorismo de “produtivo” para “expropriatório”, por conta da progressiva mudança do arranjo institucional da Idade do Bronze para o da Antiguidade clássica na Grécia e Roma. O colapso da Antiguidade estaria relacionada também com o colapso da atividade econômica empreendedora – ou, produtiva - resultante da atividade parasitária (*rent-seeking*) das elites: da elite romana em particular. HUDSON, Michael.*ob.cit*, primeiro capítulo.

¹³⁶ “Opportunities for making Money evolved as a by-product of this mercantile role. In Old-Sumerian documents, Leemans (1950,11) notes, “damkara are only found as trades. But when private business began to flourish after the beginning of the third dynasty of Ur [2112-2004 BC], the *tamkarum* was the obvious person to assume the function of giver of credit”. By the time of Hammurabi’s Babylonian laws, in many cases ‘tamkarum cannot denote a traveling trader, but must be a maney-lender”. Leemans concludes (22): ‘The development from merchant into banker [that is, a moneylender or investor backing voyages and similar partnerships] is a natural one, and there is no essential difference between these two professions – surely not in Babylonia where in principle no distinction was made between silver (money in modern terms) and other marketable stuffs. In a society whose commerce is little developed, trade is only carried on by merchants, who buy and sell. But when commerce increases, the business of merchant assumes larger proportions”. HUDSON, idem. pgs 21-22

¹³⁷ DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Tradução Paulo Neves, São Paulo: Martins Fontes, 2007.

sociais.¹³⁸ A divisão do trabalho leva à intensificação das trocas, que por sua vez, intensificam a interdependência social. Não por outra razão que KANT já havia intuído que o desenvolvimento do comércio constitui um importante ingrediente para evitar guerras entre países, graças ao “espírito comercial”. Todavia, tais efeitos dependerão da qualidade das relações que se efetuam em meio à teia da coordenação social. Por sua vez, o que determinará a qualidade de tais relações constitui o próprio objeto da ciência econômica.

Compreende-se assim o fenômeno econômico social como uma especial organização de indivíduos que estabelecem laços de interdependência e segundo determinadas regras que oportunizem a cooperação mútua, cuja raiz antropológica imiscui-se na própria natureza humana social e na sua relação com o ambiente.

Todavia, raramente os indivíduos se veem totalmente livres para estabelecerem as relações e as ações econômicas que desejarem, pois esses estão inseridos numa estrutura social, sobre a qual em geral se impõe uma estrutura política e normativa (seja jurídica, religiosa ou cultural) *que modula a escolhas dos indivíduos tanto quanto (ou mais) que as condições de escassez e necessidades que conformam as escolhas econômicas*. A compreensão dessas estruturas e como elas atuam no fenômeno econômico constitui objeto de estudo da Nova Economia Institucional.

4. Nova Economia Institucional

4.1. Instituições como canalizadores da coordenação social.

O problema da compreensão da dinâmica da *coordenação social* para análise mais precisa do fenômeno econômico constituiu uma questão que sempre chamou a atenção de cientistas sociais. Como sublinha FRIEDMAN:

O problema básico da organização social consiste em descobrir como coordenar as atividades econômicas de um grande número de pessoas, Mesmo em sociedades relativamente atrasadas, são necessárias a divisão do trabalho e a especialização de funções para fazer uso efetivo dos recursos disponíveis. Em sociedades adiantadas, a necessidade de coordenação, para usar de maneira totalmente conveniente as oportunidades oferecidas pela ciência e tecnologia modernas, é muito maior. Literalmente, milhões de pessoas estão envolvidas em fornecer diariamente um ao outro o pão necessário - além dos automóveis. O desafio para o que acredita na liberdade consiste em conciliar essa ampla interdependência com a liberdade individual.¹³⁹

Essa questão se tornou ponto de partida para uma das mais amplas obras sobre o tema,

¹³⁸ KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua*. Prefácio Marco Zingano, L&PM Editores, 2011.

¹³⁹ FRIEDMAN, Milton, *Capitalismo e liberdade*, ob.cit., pg. 21.

e um dos interesses do pesquisador que se tornou referência do que veio a ser chamada de “Nova Economia Institucional”: Douglas North. Laureado com o prêmio Nobel de Economia de 1993, NORTH apresentou uma das mais abrangentes teorias analíticas sobre os elementos estruturais que condicionariam a coordenação social econômica e seus resultados.

NORTH observou que existia um contraste entre as implicações da teoria neoclássica e os resultados concretamente observáveis entre as diferentes economias¹⁴⁰. A teoria neoclássica fornecia valiosas contribuições que permitiam compreender o funcionamento da economia em países desenvolvidos, todavia, não se mostrava adequada para a realidade de economias de países subdesenvolvidos e, nem mesmo, para compreender o funcionamento econômico de outros períodos históricos.¹⁴¹

Via de regra, o objeto da ciência econômica é “o comportamento de agentes racionais na alocação de recursos escassos entre fins alternativos”¹⁴²; ou seja, pressupõe a ação de um “agente racional-maximizador”. Trata-se do recorte formal empreendido pela ciência econômica do sujeito do ato econômico já descrito. O “agente-racional” constitui uma abstração que servirá para a construção de modelos econômicos que procurem explicar o funcionamento das economias reais.

A teoria neoclássica de certa forma radicalizaria a racionalidade do agente, desconsiderando em seus modelos teóricos as limitações contextuais enfrentadas pelos indivíduos reais. Evidentemente que os economistas neoclássicos, enquanto indivíduos e em suas vidas cotidianas, conhecem as limitações impostas sobre os agentes que afetam suas escolhas econômicas; ocorre que eles não chegaram a desenvolver uma *teorização* que abrangesse a enorme variedade de situações que nas quais os agentes econômicos se encontram, daí o grande enfoque dado à racionalidade do agente.

Para NORTH, tal abordagem mostrava-se limitada, pois não explicava como a coordenação econômica sofisticada e envolvendo grandes grupos humanos ocorreria. A própria Teoria dos Jogos – que se desenvolveu a partir da teoria neoclássica - já teria demonstrado que em geral os indivíduos tenderão a cooperarem num estado anárquico (ou seja, sem a presença do Estado) apenas quando presentes as seguintes condições: a) quando o “jogo” é repetido, b) quando eles se encontram na posse de todas as informações, c) quando o jogo é composto por um número relativamente pequeno de outros “jogadores”. Ora, essas não são as condições reais nas quais muitas das transações econômicas ocorrem, muito menos o conjunto global da

¹⁴⁰ NORTH, Douglas. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, 1990, capítulo II.

¹⁴¹ NORTH, Douglas. *idem*, capítulo II.

¹⁴² CUNHA, André Moreira; PAIVA, Carlos Águedo Nagel, *Noções de Economia*, Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2008, pg. 15

economia capitalista.

“But at the other extreme, realizing the economic potential of the gains from trade in a high technology world of enormous specialization and division of labor characterized by impersonal exchange is extremely rare, because one does not necessarily have repeated dealings, now know the other party, nor deal with a small number of other people. In fact, the essence of impersonal exchange is the antithesis of the condition for game theoretic cooperation. But the modern *Western world does in fact exist. How come ?*¹⁴³

Qual seria então o fator que possibilitaria a coordenação de grandes grupos humanos, cujos indivíduos raramente possuem prévios laços entre si?

A resposta residiria na rede de *instituições* - formais e informais - que teriam canalizado a coordenação econômica dos indivíduos de forma a suplantarem a tendência à coordenação econômica sub-ótima – prevalente na história humana - devido a um longo processo evolutivo de tentativa e erro¹⁴⁴ que se desdobraram em instituições¹⁴⁵ mais eficientes, observáveis nos países desenvolvidos. “Internamente”, os indivíduos são movidos pelo agir preponderantemente racional na decisão de seus atos econômicos, mas tais condutas necessitam de “regras” que “ultrapassem” a esfera individual de forma a servirem de ponte em comum para a ação de vários agentes. Essas seriam as “instituições”, que se apresentam como um elemento a mais para a conformação da conduta individual.

Por “instituições” NORTH compreendia “*the rules of the game in a society or, more formally, are the humanly devised constraints that shape human interaction*”¹⁴⁵. O arcabouço institucional operando em uma sociedade humana desenha, por sua vez, a “estrutura de incentivos” na qual se circunscreveria o ato econômico individual. *As limitações ou possibilidades desenhadas por esse arcabouço institucional* constituem, portanto, um elemento a mais a integrar o fator escassez – ou seja, integram o ambiente e os meios disponíveis - a ser considerado pelo agente, sujeito do ato econômico¹⁴⁶.

Instituições, quando eficientes, mimetizam as condições “ótimas” reveladas pela Teoria dos Jogos. Instituições, em geral, reduzem a “incerteza” na interação humana, provendo

¹⁴³ NORTH, Douglas Cecil. *Institutions...* ob.cit. pg. 12

¹⁴⁴ Cf: AXELROD, Robert; HAMILTON, William D. *The Evolution of Cooperation*, Science, New Series vol 211, n 4489, mar 1981, pgs 1390-1396.

¹⁴⁵ NORTH, Douglas, *Institutions.....*idem, pg. 3.

¹⁴⁶ “Separating the analysis of the underlying rules from the strategy of the players is a necessary prerequisite to building a theory on institutions. Defining institutions as the constraints that human beings impose on themselves makes the definition complementary to the choice theoretic approach of neoclassical economic theory. Building a theory of institutions on the foundation of individual choice is a step toward reconciling differences between economics and the other social sciences. The choice theoretic approach is essential because a logically consistent, potentially testable set of hypotheses must be built on a theory of human behavior. (...) At the same time, the constraints that institutions impose on individual choices are pervasive. Integrating individual choices with the constraints institutions impose on choice sets a major step toward unifying social science research.” NORTH, Douglas, *ibidem*. pg.5.

uma “estrutura” que circunscreve um rol de opções disponíveis aos indivíduos, de forma a restringir os comportamentos para uma certa gama previsível de condutas. Tal estrutura é formada tanto pelas determinações formais – leis, regulamentos, contratos – quanto as informais – valores éticos socialmente compartilhados, normas de conduta socialmente exigíveis – que, combinadas, condicionam o comportamento individual, dando origem a uma coordenação. A efetividade dessas instituições dependerá de um terceiro elemento: sua executoriedade (*enforcement*), ou seja, a resposta social ou estatal ao descumprimento das instituições, informais ou formais, respectivamente.

Um ponto importante a destacar é que toda sociedade apresenta um arranjo institucional, desde as sociedades mais arcaicas às sociedades contemporâneas desenvolvidas. Uma sociedade, para existir, implica necessariamente uma “co-ordenação” entre as condutas dos indivíduos. Ocorre que não necessariamente essa coordenação resultará numa resultado “ótimo” para todos, antes, majoritariamente o que se encontrará na História humana é a canalização dos esforços sociais para o beneficiamento de um grupo sobre os demais membros, redundando, por sua vez, numa estrutura de incentivos que estimula os membros prejudicados dessa sociedade a manterem seus esforços abaixo do seu efetivo potencial individual. Em termos de “teoria dos jogos”, a interação entre os agentes nessa sociedade reproduzirá continuamente um “Dilema do Prisioneiro”¹⁴⁷, enquanto que instituições eficientes, por seu lado, criam uma estrutura de incentivos que retira os indivíduos dessa situação, suplantando o “dilema do prisioneiro”, conduzindo à cooperação e coordenação em níveis com melhores resultados para todos.

¹⁴⁷ “Dilema do Prisioneiro” constitui provavelmente o modelo mais conhecido da Teoria dos Jogos, tem enorme aplicabilidade nas ciências sociais, ao colocar em foco a questão da escolha do agente entre cooperação x interesse próprio. No caso, suponha que dois prisioneiros presos, parceiros de um crime, são isolados em salas separadas pela polícia para serem interrogados. Caso nenhum deles delate o companheiro, ambos serão soltos, todavia, se um delatar, esse será solto e o outro será condenado. Como nenhum dos dois sabe que se cooperarem ambos serão soltos - portanto, trata-se de um jogo de informação incompleta – a “estratégia dominante” – aquela com maior probabilidade de ser tomada pelas pessoas – será “delatar”, dado que cada prisioneiro acredita que o outro irá delatá-lo primeiro, de forma que ambos os prisioneiros serão condenados. Ou seja, a busca do interesse próprio ao invés da cooperação leva a que ambos caiam numa situação pior. Esse dilema retrata também o que ocorre no caso de ausência de direitos de propriedade: cada indivíduo tenderá a utilizar de forma irracional os recursos, de forma a exaurir ou destruí-los, assim como à impossibilidade de cooperações econômicas, redundando numa pior situação econômico-social para todos, como representada no conceito exposto no artigo “*The tragedy of the commons*” de Garret Hardin, inicialmente aplicado às questões ambientais. Nele, apresenta como uma situação onde indivíduos agindo de forma independente e racionalmente de acordo com seus próprios interesses se comportam em contrariedade aos melhores interesses de uma comunidade, esgotando um recurso comum. A hipótese levantada pela “tragédia dos comuns” declara que o livre acesso e a demanda irrestrita de um recurso finito termina por condenar estruturalmente o recurso por conta de sua superexploração. HARDIN, Garret. “*The tragedy of the commons*, *Science*, vol. 162, 13 Dec. de 1968, pp. 1243-1248. O mesmo conceito possui aplicações políticas, de forma a explicar como populações inteiras são mantidas sob o domínio de governos ditatoriais: depor uma ditadura traz um bem evidente para todos, mas aqueles que se colocam tal tarefa expõem-se a tamanho perigo individual que a tendência é que poucos assumam tal atitude, ou seja os payoffs são incertos e dispersos, enquanto que as perdas são quase certas e eventualmente ultrapassam os incentivos.

Historicamente, o uso da força revelou-se uma forma rotineiramente adotada de imposição da vontade de um grupo sobre outro. O prolongamento da situação de abuso cria, então, todo um arranjo institucional que *estabiliza* e reproduz a dinâmica das forças em oposição. A interação entre os agentes torna-se previsível, permitindo a continuação da vida social, *mas não necessariamente eficiente socialmente*. Pensemos, por exemplo, na dinâmica cultural e política que sustenta a interação entre a máfia siciliana e a população local, ou os arranjos que sustentam o narcotráfico nas favelas cariocas, como exemplos extremos. Isso ocorre porque a implantação das normas – ou parte delas – é prioritariamente voltada para o interesse daqueles que as impõe. Existirá uma barganha entre os diversos interesses opostos, mas raramente o resultado será eficiente.

Para compreender o quão importante são as instituições, devemos proceder ao exercício imaginativo do que constituiria sua total ausência. Na ausência de qualquer norma, o *outro* torna-se uma completa *incógnita*, impedindo a fluidez das interações. Deparar-se com um completo e absoluto estranho, num estado de total ausência da civilização – logo, de normas, culturais e legais – e estando completamente afastado de qualquer forma de sociedade humana, levanta imediatamente dúvidas sobre qual será a conduta desse outro: representa um perigo? Serei assaltado? Morto? Ou tratar-se-á de alguém amistoso? Poderei contar com seu auxílio no caso de perigo? SCHOFIELD, em artigo que analisa as principais teorias que tentam explicar a coordenação em sociedades primitivas, ressalta esse ponto:

"The fundamental theoretical problem underlying the question of cooperation is the manner by which individuals attain *knowledge* of each other preferences and likely behavior. Moreover, the problem is one of common knowledge, since each individual, is required not only to have information about others preferences, but also to know that the others have knowledge about it's own preferences and strategies."¹⁴⁸

Para existir a *coordenação* entre os indivíduos, se impõe, portanto, a *previsibilidade recíproca* de suas condutas, o que implica uma ordem, a qual pode ser estabelecida pela violência, força, intimidação, ou por outros tipos de sanções à medida que a sociedade se torna mais sofisticada – como sanções sociais, morais, e a diversidade de diferentes sanções estatais, diversas das punições físicas primitivas.

O problema da previsibilidade recíproca torna-se mais premente quanto maior for a sociedade, quanto mais “anônimos” forem os indivíduos em seu seio¹⁴⁹: maior será a necessidade da segurança dos indivíduos da aplicação forçada da sanção no caso de

¹⁴⁸ SCHOFIELD, Norman. *Anarchy, Altruism and Cooperation*. Social Choice and Welfare, Vol. 2, No. 3, dez.1, 1985; p. 207-219, pg 12.

¹⁴⁹ SCHOFIELD, Norman, *idem*. 1985, pg 12-13.

descumprimento das normas *intitucionalizadas*, seja a sanção moral e/ou estatal. A *executoriedade* das normas constitui a terceira dimensão das mesmas na teoria northiana: “*Parties to an exchange must be able to enforce compliance at a (transaction) cost such that the Exchange is worthwhile to them.*”¹⁵⁰

A capacidade das sociedades em criarem instituições que oportunizem mediante baixos custos um eficiente sistema de executoriedade dos acordos e da defesa dos direitos constituiria um dos maiores entraves ao desenvolvimento sócio-econômico. Diante de tal cenário, opera-se uma desigual proteção institucional entre os indivíduos na sociedade, a qual redundará em desiguais aproveitamentos econômicos que os indivíduos auferirão de seus bens, perpetuando – ainda que informalmente – o status sócio-econômico dos indivíduos. “*The inability of societies to develop effective, low-cost enforcement of contracts is the most important source of both historical stagnation and contemporary underdevelopment in the Third World.*”¹⁵¹

4.2. Instituições e Desenvolvimento

Em *Structure and Change in Economic History* (1981), North abandona a teoria da “eficiência” como princípio exclusivo de mudança institucional para centrar-se na motivação daqueles que detém o poder de imposição de regras: “*Rulers devised property rights in their own interests and transaction costs resulted in typically inefficient property rights prevailling.*”¹⁵²

As instituições influenciam o resultado global de uma economia em razão dos chamados *custos de transação* e de produção que ela impõe, que representam as “ineficiências” nas trocas entre os indivíduos.¹⁵³ Todos os países apresentam concomitantemente instituições eficientes e ineficientes, formando um “pacote”. Os indivíduos identificam oportunidades oferecidas tanto por instituições eficientes como pelas ineficientes, e procuram tirar vantagem delas. O que determinará o crescimento ou estagnação econômica será se o conjunto institucional induz preponderantemente os indivíduos a procederem atividades “produtivas” ou “redistributivas”¹⁵⁴. Isso dependerá do arranjo dos *pay-offs* oferecido pela estrutura

¹⁵⁰ NORTH, Douglas, ob.cit., pg. 54.

¹⁵¹ Idem, idem, pg. 54

¹⁵² NORTH, Douglas, idem, pg.7

¹⁵³ “*Institutions affect the performance of the economy by their effect on the costs of exchange and production.*” NORTH, idem, pg. 5

¹⁵⁴ “Atividade redistributiva”, para a economia, consiste no oposto da atividade produtiva, como atividades criminosas e *rent-seeking*s.

institucional (cultural e formal) presente.

Segundo NORTH, nos países subdesenvolvidos o arranjo institucional penaliza as atividades produtivas, induzindo a que um número demasiado de agentes escolham obter lucros mediante atividades redistributivas. Circunscrita à moldura do arranjo institucional, surgem organizações que se especializam cada vez mais na obtenção de vantagens oferecidas pelas instituições ineficientes – que canalizam a renda dos agentes produtivos para os improdutivos. Quanto maiores vantagens e maior “segurança” existir na obtenção de tais vantagens, maior é o incentivo para o surgimento de tais organizações e cada vez mais especializadas serão na extração dessas vantagens. Tal estrutura induz, assim, à estagnação econômica e à desigualdade social. Tais organizações – algumas empresas, políticos, crime organizado, funcionalismo público com altos salários e vantagens, entre outros – tenderão a impedir as mudanças institucionais necessárias para a correção de tais distorções, baseadas em parte nos seus interesses e em parte em valores culturais já arraigados (instituições *informais* ineficientes) que “justificam” a manutenção de suas vantagens indevidas.

Os demais indivíduos dispersos na sociedade dificilmente compreenderão completamente a origem da distorção que causa a ineficiência do arranjo institucional que rege a vida da sociedade, por conta da *assimetria de informações*¹⁵⁵. Poucos agentes procederão ao tempo e esforço de busca das informações que esclareçam completamente o cenário no qual se inserem. A maior parte dos indivíduos necessita operar com base em *modelos mentais* necessariamente *incompletos*. A assimetria das informações, somada à dispersão dos indivíduos leva a que dificilmente a ineficiência do arranjo institucional seja alterada¹⁵⁶. Isso explicaria a raridade do aparecimento de instituições eficientes na História.

¹⁵⁵ "(...) that version of the rational actor model has simply led us astray. The actors frequently must act on incomplete information and process the information that they do receive through mental constructs that can result in persistently inefficient paths. Transaction costs in political and economic markets make for inefficient property rights, but the imperfect subjective models of the players as they attempt to understand the complexities of the problems they confront can lead to the persistence of such property rights." NORTH, Douglass C. *Political Economy of Institutions and Decisions*, In: *Institutions, Institutional ...* ob.cit., pg. 8.

¹⁵⁶ "But on balance nineteenth-century U.S. economic history is a story of economic growth because the underlying institutional framework persistently reinforced incentives for organizations to engage in productive activity however admixed with some adverse consequences. Now if I describe an institutional framework with a reverse set of incentives to those described in the above paragraph, I will approximate the conditions in many Third World countries today as well as those that have characterized much of the world's economic history. The opportunities for political and economic entrepreneurs are still a mixed bag, but they overwhelmingly favor activities that promote redistributive rather than productive activity, that create monopolies rather than competitive conditions, and that restrict opportunities rather than expand them. They seldom induce investment in education that increases productivity. The organizations that develop in this institutional framework will become more efficient – but more efficient at making the society even more unproductive and the basic institutional structure even less conducive to productive activity. Such a path can persist because the transaction costs of the political and economic markets of those economies together with the subjective models of the actors do not lead them to move incrementally toward more efficient outcomes." NORTH, Douglass C. *idem*, pg.9.

4.3.A inovação da Nova Economia Institucional.

O reconhecimento do peso das instituições na ação dos agentes não constitui uma novidade para os economistas, obviamente, podendo ser observado desde Adam Smith e John Stuart Mill que demonstravam estarem conscientes do impacto institucional sobre as trocas econômicas, como demonstra essa passagem:

"El comercio y las manufacturas pocas veces pueden florecer durante mucho tiempo en un estado en que no se disfrute de una ordenada administración de justicia, donde el pueblo no se sienta seguro en la posesión de sus propiedades, en el que el cumplimiento de los contratos no sea amparado por la ley y en el que su autoridad no se ocupe de forma permanente de obligar a que paguen sus deudas todas aquellas personas que se hallan en condiciones de hacerlo."¹⁵⁷

A inovação trazida por NORTH foi a de oferecer *uma teoria analítica estrutural* que abrange a instituições e explica sua influência sobre as escolhas racionais do agente, permitindo uma ampla *modelização causal* da dinâmica das interações políticas, sociais e econômicas.

De acordo com NORTH, a limitação da teoria neoclássica residiria na presunção de que as transações ocorrem sem custos ou outros obstáculos, sendo determinadas unicamente pela “escassez” e concorrência¹⁵⁸ num estado de custos de transação de montante insignificante. Usando uma metáfora, se as transações econômicas fossem um líquido, elas estariam correndo através de canais sem atritos ou impedimentos. MARTÍN explica que a beleza e a força da analogia smithiana da “mão invisível” levaram os economistas a concentrarem sua atenção na compreensão da dinâmica das transações econômicas sob a moldura da formação dos preços, relegando a influência da estrutura institucional.

NORTH, em que pese sua enorme importância, ao ponto de ter fundado uma nova Teoria do Estado¹⁵⁹ e da História¹⁶⁰, não foi o criador da escola de pensamento econômico

¹⁵⁷ SMITH, Adam, *Lecciones de Jurisprudencia* (Curso 1763 – 1764). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pg. 937 APUD: MARTÍN, Nieves San Emeterio. *Nueva Economía Institucional*. Madrid: Editorial Síntesis, 2006.

¹⁵⁸ "The simple fact is that the theory employed is not up to the task. The theory is based on the fundamental assumption of scarcity and hence competition; its harmonious implications come from its assumptions about a frictionless exchange process in which property rights are perfectly and costlessly specified and information is likewise costless to acquire. Although the scarcity and hence competition assumption has been robust and has provided the key underpinnings of neoclassical theory, the other assumptions have not survived nearly so well." NORTH, Douglass C. *Institutions, Institutional ...* ob.cit., pg. 11.

¹⁵⁹ CUNHA e PAIVA, ao se referirem à Douglas North e à escola do Institucionalismo Histórico, assim introduzem o papel desempenhado pelo laureado economista: “Em respeito ao este objeto e método é que optamos por denominá-los institucionalistas históricos. De quebra, homenageamos aquele que é, do nosso ponto de vista, o maior de todos os institucionalistas históricos vivos: Douglass North. A despeito de, decepcionado com a União Soviética, haver renegado o marxismo, nunca abandonou o objeto dos hegelianos. A partir de um conjunto de contribuições valiosas e originais para a teoria pura do desenvolvimento econômico (marcadas pelo resgate de contribuições teóricas de Smith; North, 1955 e 1959), esse autor se voltou à análise de processos históricos concretos de desenvolvimento (North, 1961 e 1981), que confirmaram a centralidade das instituições na

institucional, antes, simbolizaria talvez o seu ápice. Esta corrente tem suas origens no velho institucionalismo, sobretudo americano, com Veblen e Galbraith. Todavia, foi Ronald Coase, ganhador do prêmio Nobel de 1991¹⁶¹, o fundador da *Nova Economia Institucional* com seu trabalho *The Nature of the Firm* (1937). Coase percebe a incongruência entre a teoria neoclássica sob uma moldura institucionalista, afinal, onde estariam os “canais” na teoria por onde fluiria a riqueza? Em um artigo onde resume a Nova Economia Institucional (NEI), utiliza versos para explicar qual a inspiração desse novo ramo:

*Veo perfectamente las bridas y el bocado,
Pero, ¿ donde está el caballo ensangrentado?*¹⁶²

A mecânica dos fluidos dos seres vivos servia de inspiração para os economistas de meados do sec. XX¹⁶³. Todavia, antes do enorme impacto acadêmico que obra de Coase causou, os economistas estavam fixados em estudar a “circulação do sangue, todavia sem o corpo”. Ou seja, sem levar em consideração os atritos ou caminhos que o “sangue” tenha à disposição para percorrer o corpo, sobretudo, o funcionamento dos demais sistemas do organismo que aparentemente não possuem relação direta com a circulação sanguínea, mas que poderá comprometer senão a circulação, a “qualidade do sangue”, como os “órgãos” que cumprem funções específicas. Como explica MARTINS: “los economistas em su discección social han omitido el estudio del tejido social”¹⁶⁴. Eis o corpo do cavalo desaparecido da vista, o qual se referia Coase.

“Toda la obra de Coase y de aquellos que siguieron sus investigaciones há tratado de recuperar

determinação da trajetória econômica. Tratou, então, desenvolver uma teoria econômica das instituições (North, 1991), que acabou por se desdobrar em uma nova Teoria da História (North, 2005). Por esta notável produção, que o transformou na principal referência mundial contemporânea do institucionalismo e da história econômica, North ganhou o prêmio Nobel de 1993. Não houvesse inúmeras outras razões para fazê-lo, a atualidade e relevância da obra deste grande hegeliano já nos autorizaria a denominar “institucionalistas históricos” ao paradigma inaugurado por Adam Smith.” Carlos Águedo Nagel Paiva, André Moreira Cunha, *Noções de Economia*, ob.cit. pgs 32-33.

¹⁶⁰ O “Institucionalismo Histórico” constitui uma abordagem empírica que busca compreender grandes processos históricos sequenciais de comportamentos sociais, políticos, culturais e econômicos através de grandes períodos históricos, mediante a focalização das instituições políticas, inspiradas pelas demonstrações de DOUGLAS NORTH. Tal abordagem vem sendo bastante utilizada em especial na ciência política, além da já aludida abordagem econômica. Cf: Sven Steinmo, *What is Historical Institutionalism?* In: *Approaches in the Social Sciences*, Donatella Della Porta and Michael Keating eds., Cambridge UK: Cambridge University Press, 2008. Adam Sheingate, Tulia G Falleti, Adam Sheingate, *The Oxford Handbook of Historical Institutionalism*, Oxford University Press, 2016; Sven Steinmo, Kathleen Thelen, *Structuring Politics: Historical Institutionalism in Comparative Analysis*; Princeton University, New Jersey, 1992.

¹⁶¹ Ronald Coase recebeu o prêmio Nobel de 1991 por suas descobertas e esclarecimentos a respeito da relevância e funcionamento dos custos de transação e dos direitos de propriedade para a estrutura institucional e para o funcionamento da economia.

¹⁶² COASE, Ronald. 2001, pg. 73 apud: MATÍN, Nieves San Emeterio. *Nueva Economía Institucional*, Madrid: Editorial Síntesis, 2006, p. 1

¹⁶³ MARTÍN, ob.cit. *introdução*.

¹⁶⁴ Idem, idem.

para la economía parte del sistema económico que no figuraba em el mecanismo coordinado del mercado que representaba el flujo circular; um entramado de instituciones sin el cual sería imposible que circulara ni una sola gota em el cuerpo social”¹⁶⁵

Com isso, surge a Nova Economia Institucional como o resultado do esforço de trazer a economia neoclássica do seu mundo abstrato para a realidade concreta enfrentada pelas empresas e indivíduos. Coase resumiu a insatisfação dos economistas com as teorias econômicas até então desenvolvidas: “*The essential objection is that the theory floats in the air. It is as if someone studied the circulation of the blood but without having a body. Firms have no substance. Markets exist without laws and therefore without any clear specification of what is bought and sold.(...)*”.¹⁶⁶

Foi realmente de Coase o apelo para que a Economia retornasse ao mundo real, que se constituiria de imbutir em suas análises as *reais restrições e limitações* de escolha às quais os indivíduos e empresas se encontram submetidos. Referindo-se ao “agente maximizador” da economia, por exemplo, Coase observa “*maximizing what?*”¹⁶⁷. Segundo MARTÍN, Coase foi um economista incomum, em razão de sua abordagem “concretista”. Ele desdenhava das modulações matemáticas como método de análise da economia, referindo-se a elas como “*economics of blackboard*”, preferindo a crua observação da realidade.

“Until comparative recently economists tended to devise their proposals for economic reform by comparing what is actually done with what would happen in an ideal state. Such a procedure is pointless. We can carry out the operations required to bring the ideal state on a blackboard but they have no counterpart in the real life. In the real world, to influence economic policy, we set up or abolish an agency, amend the law, change the personnel and so on: we work through institutions.”¹⁶⁸

Após os primeiros trabalhos de COASE, foi WILLIAMSON quem desenvolveu as implicações das intuições presentes nos primeiros trabalhos de Coase, notabilizando-se sobre seus trabalhos referentes aos *custos de transação e teoria da firma*, esse último rendeu-lhe o prêmio Nobel em 2009, juntamente com Elinor Ostrom, "pela análise da governança econômica, especialmente dos limites da firma". Foi ele quem cunhou o termo “nova economia institucional” em seu livro “*Mercados e Hierarquias*” (1975).

As revelações e esclarecimentos sobre o funcionamento da economia, em especial da microeconomia, e como o agente é afetado pelas instituições, revolucionaram o pensamento

¹⁶⁵ MARTÍN, ob.cit., *introdução*.

¹⁶⁶ COASE, Ronald. *The New Institutional Economics*. Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft/Journal of Institutional and Theoretical Economics, 140, 229 – 231, pg. 230.

¹⁶⁷ COASE, Ronald. *idem*, pg. 231.

¹⁶⁸ COASE, Ronald. *Ibidem*, pg. 230.

econômico de vanguarda. Iniciam-se trabalhos voltados ao desenvolvimento de uma metodologia que pudesse englobar dialeticamente as variáveis das limitações institucionais na análise econômica. Para tanto, a NEI utiliza algumas metodologias da economia neoclássica, mas adaptadas a sua abordagem, tais como: o individualismo metódico, a estabilidade das preferências, o comportamento maximizador dos agentes econômicos e a racionalidade individual. Esse último quesito, por exemplo, baseando-se nas ideias de Herbert Simon¹⁶⁹ é problematizado: entende-se que o indivíduo possui uma racionalidade limitada por sua situação, a qual determina seu acesso imperfeito às informações necessárias para sua tomada de decisão. No mesmo sentido, a utilização do individualismo metodológico na NEI é aplicado em uma esfera distinta: às instituições e como elas alterariam as decisões dos agentes.¹⁷⁰

O Novo Institucionalismo coloca em evidência o papel da lei e do Estado para a existência de uma economia mais sofisticada. Isso eleva a um novo patamar a velha discussão Estado intervencionista vrs. Estado Liberal, efetuando uma síntese dialética entre as duas posturas. O Estado sempre está presente, e em algum nível é até essencial, pois é ele quem garante os direitos, especialmente os direitos de propriedade e a segurança para as transferências, desde a de um lote na “favela” até às referentes a grandes transações financeiras. Instituições jurídicas definem a viabilidade, facilidade ou a dificuldade na alocação dos recursos. Ao mesmo tempo, ainda que as instituições sejam essenciais, dependendo do desenho delas, elas poderão estrangular as relações, e impedir as trocas e o florescimento de novos empreendimentos, estreitando o espaço ou liberdade necessária para o agente econômico poder agir criativa e eficientemente.

Se devêssemos resumir os fundamentos que caracterizam mais fortemente a Nova Economia Institucional, e que podem ser encontrados como pontos em comum entre as suas mais variadas vertentes, desde a análise econômica do Direito do juiz Richard Posner até o institucionalismo Histórico de NORTH, seriam a incorporação dos conceito de *custo de transação* e dos *direitos de propriedade* para a análise econômica das instituições. Vejamos:

4.3.1.Custos de Transação

Considere um exemplo: a compra de um carro usado. Para proceder a sua compra o

¹⁶⁹ Herbert Alexander Simon, agraciado com o Nobel de Economia em 1978, entre tantas outras contribuições, destacou-se no campo da teoria organizacional. Tinha como motivação principal a preocupação com o real comportamento do ser humano junto às organizações. Entre as suas principais contribuições no campo organizacional, a que lhe rendeu maior reconhecimento foi defender a tese da racionalidade limitada (*bounded rationality*), a qual passou a ser utilizada em outras áreas, inclusive na Legística.

¹⁷⁰ MARTÍN, *Nueva Economía Institucional*, ob.cit, cap I.

agente precisará investir tempo, esforço e recursos para procurar um veículo que se adeque a suas necessidades e dentro do valor que pretende pagar. Muito provavelmente, empreenderá também pesquisas para verificar a confiabilidade do *vendedor*, pois isso dará indícios da qualidade do bem e de eventuais riscos de descumprimento da transação. Para se assegurar, pode ser que o eventual comprador leve o veículo para um mecânico de sua confiança, por exemplo, ou peça por um tempo de teste. Tudo isso geram custos, diretos e indiretos. Um ambiente de maior confiabilidade social pode diminuir o tempo, custos e esforços em tais pesquisas, ou, o contrário, pode induzir à retração dos indivíduos, induzindo a maiores esforços para se assegurarem, ou levando-os a realizarem tais transações apenas entre indivíduos que já façam parte de seu círculo social em alguma medida – diminuindo a eficiência alocativa.

Todavia, por maiores que sejam os esforços empreendidos pelo comprador na verificação da qualidade do bem, o vendedor ainda estará na posse de informações mais completas. Essa diferença inspirou que SIMON defendesse a limitação da racionalidade do agente: o agente é racional; todavia, suas escolhas são efetuadas com base no conjunto (limitado) de informações à sua disposição. Pessoas em diferentes posições possuem acesso a diferentes níveis de informações, de forma a oportunizar diferentes níveis de maximização dos bens.

Todos os custos empreendidos na compra e venda do veículo que não derivam diretamente da utilidade do veículo em si, mas que derivam do ato da transação são *custos de transação*. Estes derivam de três principais esferas¹⁷¹: custos impostos pelo mercado, custos impostos pelo Estado e os custos que se efetuam no interior de uma unidade produtiva (no caso, a NEI dedicou grandes estudos para compreender como eles se efetuam no interior das corporações empresariais).

Os custos de transação que se oriundam do mercado são descritos por Coase em seu famoso artigo “*O problema do Custo Social*” (1960):

“Para que alguém realize uma transação, é necessário descobrir quem é a outra parte com a qual essa pessoa deseja negociar, informar às pessoas sobre sua disposição para negociar, bem como sobre as condições sob as quais deseja fazê-lo, conduzir as negociações em direção à barganha, formular o contrato, empreender meios de inspeção para se assegurar que os termos do contrato estão sendo cumpridos, e assim por diante. Tais operações são, geralmente, extremamente custosas. Custosas o suficiente para evitar a ocorrência de transações que seriam levadas a cabo em um mundo em que o sistema de preços funcionasse sem custos.”¹⁷²

¹⁷¹ Cf. Classificação proposta por MARTÍN, em *Nueva Economía...* ob.cit., cap.II

¹⁷² COASE, Ronald. *O problema do Custo Social*. Tradução por Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla, Revisão técnica de Antônio José Maristrello Porto (FGV DIREITO RIO) e Marcelo Lennertz (FGV DIREITO RIO). Pg 13, disponível on line em: <http://www.pucpr.br/arquivosUpload/5371894291314711916.pdf>. Ensaio publicado originalmente sob o título *The Problem of Social Cost*, no *Journal of Law and Economics*, vol III, University of Chicago Press, Outubro, 1960.

Como vemos, teremos custos referentes tanto à busca quanto à divulgação de informações, custos para eventualmente assegurar a transação, para verificar sua viabilidade, entre outros, que podem ser exemplificados em: *elaboração e negociação dos contratos, mensuração e fiscalização de direitos de propriedade, monitoramento do desempenho, organização de atividades, busca de informações.*

Custos de transação dentro da esfera da empresa são os que ocorrem para o cumprimento dos contratos que já foram estabelecidos com terceiros no mercado, que se referem aos custos administrativos internos. A teoria dos **custos de transação** teve origem com os trabalhos seminais de Ronald Coase (1910-2013); inicialmente, justamente para compreender qual a causa do aparecimento das firmas. Elas teriam surgido como uma forma de diminuição de custos de transação pela absorção das atividades responsáveis pela própria produção de bens e serviços e correlatas, mediante uma “planificação” microscópica ao interno da unidade produtiva da empresa. Todavia, há um limite para a expansão das empresas, ao menos economicamente. WILLIAMSON demonstrou que as empresas podem crescer – eficientemente - até certo ponto, após, os custos de transação internos mostram-se superiores aos externos. Por conta da racionalidade limitada dos agentes, o próprio tamanho de uma empresa pode ser fonte de custos de transação extraordinários, pois monitorar, organizar, planejar¹⁷³, administrar grandes organizações geram custos elevados. Ou seja, seus custos burocráticos internos de coordenação administrativa chegam a um ponto em que não compensa mais a realização de determinadas atividades internamente, tornando economicamente racional a terceirização de serviços.¹⁷⁴

NORTH e THOMAS¹⁷⁵ utilizam a mesma análise econômica para desvendar os custos de transação que ocorrem internamente ao Estado. Esse, assim como uma empresa, organiza-se mediante uma estrutura hierárquica e administra bens, no caso, inteiramente de terceiros.

¹⁷³ "Según la clasificación de Furubotn y Richter, se computan como costes de transacción en la gerencia de la empresa por un lado los costes de establecer, mantener y cambiar el diseño de la empresa, como los derivados de la gestión de personal, la inversión en tecnología de la información, la defensa contra absorciones, las relaciones públicas, etc. Por otro lado, y de naturaleza más variable, están los costes de llevar el negocio, tales como los de asumir decisiones y controlar la ejecución de las órdenes dadas, así como el grado de cumplimiento de los trabajadores. En esta literatura este tipo de costes se han denominado “costes de agencia” 11. También cabe aquí incluir los costes asociados a la transferencia física de bienes y servicios dentro de la estructura interna de una empresa, como por ejemplo el tiempo perdido en la manipulación de productos semiacabados.” FURUBOTN, E.; RICHTER, R. *Institutions and Economic Theory: The contribution of the New Institutional Economics*. University of Michigan Press, 1997, pg. 46, APUD: MARTÍN, *Nueva Economía Institucional*, ob.cit.

¹⁷⁴ WILLIAMSON, O. E. *The mechanisms of governance*. New York: Oxford University Press, 1996.

¹⁷⁵ NORTH, Douglas C.; THOMAS, Robert Paul. *The Rise of the Western World: A New Economic History*, Cambridge University Press, 1976.

NORTH posteriormente desenvolve essa teoria analisando o surgimento do Estado¹⁷⁶, numa abordagem ontológica semelhante à empreendida por Coase sobre a “Firma”, e, semelhantemente a este, conclui que inicialmente o estabelecimento do Estado se justificava por traduzir a absorção de custos de transação e por reverter em utilidades públicas, como segurança; todavia, também há um limite para o crescimento do Estado, depois do qual seus custos internos superam os custos de transação se as mesmas atividades fossem operadas por terceiros. Além disso, a organização estatal possui uma fragilidade superior à de estruturas privadas: a maior probabilidade de aparecimento de grupos de interesse que suguem as riquezas estatais (*rent-seeking*), pois o Estado pode impor sobre os cidadãos a obrigação de continuarem pagando impostos, enquanto que uma empresa – a não ser que seja protegida por laços estatais – corre o sério risco de perda de mercado e até a falência caso aumente seus custos de transação internos muito acima dos de seus concorrentes e acima dos valores que os consumidores estiverem dispostos a pagarem por seus produtos ou serviços.

NORTH enriquece essa compreensão dos custos de transação ao destacar como as instituições – formais e informais – aumentam ou diminuem os custos para a concretização de transações pelos agentes, em especial os custos que as instituições formais impõem. NORTH afirma que sua teoria constitui a combinação de uma teoria do agente racional (mas de racionalidade limitada) com a teoria dos custos de transação, de forma a tornar explícito como as instituições determinam o comportamento dos agentes e, conseqüentemente, das organizações¹⁷⁷.

A especificação dos custos de transação permite, assim, reavaliar a aplicação da teoria microeconômica. A maior e menor presença de custos de transação numa economia determinará o grau de eficiência de uma economia. WALLIS e NORTH, em 1986, calcularam que 45% de toda a economia norte-americana era absorvida por custos de transação (custos bancários, taxas, impostos, honorários advocatícios, seguros, custos de distribuição, entre outros; com especial explosão no crescimento da máquina pública e sua absorção da economia de aproximadamente 7% do PIB em 1902 para mais de 34% em 1970)¹⁷⁸ e que os mesmos haviam crescido exponencialmente no decorrer do século passado. Os custos de produção, por conseguinte, constituem a *soma* dos custos de transformação com os custos de transação.

Retomando a sua abordagem tridimensional das instituições, NORTH inova ao

¹⁷⁶ NORTH, Douglas, *Structure and Change in Economic History*, W. W. Norton & Company, 1982.

¹⁷⁷ NORTH, Douglas. *Institutions, Institutional Change....* ob.cit, cap IV.

¹⁷⁸ NORTH, Douglass C.; WALLIS, John Joseph. “Measuring the Transaction Sector in the American Economy, 1870-1970” In: ENGERMAN, Stanley L.; GALLMAN, Robert. (ed.). *Long-Term Factors in American Economic Growth*. University of Chicago Press, 1986, disponível on line em: <http://www.nber.org/chapters/c9679.pdf>, dados nas páginas 115 e 116.

focalizar os custos para a executoriedade das transações – seja de um contrato ou para a defesa de direitos de propriedade - custo que até então não era computado pela teoria econômica.¹⁷⁹ Devido a isso, ao planejar e escolher entre arranjos sociais alternativos, a análise deve recair não só sobre os efeitos marginais, mas, também, sobre o efeito total a ser gerado: “*when it is costly to transact, institutions matter*”¹⁸⁰

4.3.2. Direitos de Propriedade

A questão dos “direitos de propriedade” na visão da NEI é compreendida à luz do problema das *externalidades*, isto é, os efeitos involuntários derivados da ação de um agente – indivíduo, empresa, Estado – refletidos sobre outro, os quais, por sua vez, podem ser positivos ou negativos. A questão das externalidades e sua relação com direitos de propriedade foi sublinhada por Ronald Coase em seu artigo *O problema do Custo Social*, onde ele analisa a questão das externalidade negativas geradas por agentes econômicos, como a poluição gerada por uma fábrica, e qual seria a melhor maneira de veicular tal questão.

Até então, esse tipo de problema somente poderia ser tratado com um aumento de regulação estatal. Coase desafiou a sabedoria convencional ao argumentar que os custos sociais originavam-se da *indefinição de direitos de propriedade*, não a partir de *falhas de mercado*. Em um problema de externalidades, a solução tradicionalmente dada era mudar o comportamento do agente que causava um dano a outrem. Já Coase demonstra que num cenário hipotético de onde os custos de transação fossem *zero*, a *barganha* entre os agentes alocaria de forma mais eficientemente as externalidades, de forma que, a solução estatal (se implantada) deveria considerar não só o custo da intervenção *em si*, mas também os custos gerados *sistemicamente*, de forma a verificar qual seria a solução mais eficiente (a estatal ou a privada). Quanto maior a *internalização das externalidades* nos direitos de propriedade do agente causador, mais eficiente seria a conduta do agente. Na presença de custos de transação *positivos*, portanto, a alocação dos recursos será alterada de acordo com o desenho dos direitos de propriedade.

Por “direitos de propriedade”, na forma compreendida pela NEI, estão implicados *todas* as possíveis e efetíveis restrições que a propriedade sofre assim como os direitos

¹⁷⁹ "Indeed, as long as we maintain the fiction of a unidimensional good transacted instantaneously, the problems of policing and enforcement are trivial. But when we add the costs of acquiring information and, specifically, of measuring, the problems become major ones. It is because we do not know the attributes of a good or service or all the characteristics of the performance of agents and because we have to devote costly resources to try to measure and monitor them that enforcement issues do arise." NORTH, Douglas. *Institutions, Institutional Change....* ob.cit, pg. 32

¹⁸⁰ NORTH, Douglas. *idem*, pg. 12.

substantivos de auferir os resultados econômicos da mesma, determinados pela estrutura institucional total.¹⁸¹ “Direitos de propriedade” pela perspectiva econômica não coincidem totalmente com o seu correspondente desenho jurídico. Para verificar a eficiência do desenho jurídico, deve-se analisar o fenômeno econômico efetivamente observável na realidade, qual o uso econômico que o proprietário efetivamente poderá fazer com aquelas ferramentas jurídicas. Daí porque a necessidade de se analisar como o *custo de transação* e *externalidade* afeta o valor final que o proprietário efetivamente auferirá da propriedade concreta.

Por exemplo, a presença de violência em uma determinada vizinhança refletirá nos valores dos imóveis ali situados. Tal reflexo não constitui parte do direito de propriedade desenhado juridicamente, mas tal circunstância social refletirá no valor de mercado do bem, ou seja, representará um custo de transação a ser suportado pelo vendedor por conta de uma externalidade gerada por terceiros que não estão sendo responsabilizados por esses específicos efeitos econômicos de suas ações.¹⁸²

Os “direitos de propriedade” desenhados juridicamente não capturam totalmente o fenômeno econômico dos direitos de propriedade, e, com a evolução da economia somada ao aumento dos custos de transação na sociedade, aqueles se mostram cada vez mais distantes desses últimos, de forma que uma parcela considerável da sociedade não está recebendo a devida proteção *jurídica* de seus direitos de propriedade quanto fenômeno *econômico*.

A eficiência econômica da proteção institucional é determinada pelo quão efetivamente ela consegue capturar e proteger todo o resultado econômico do trabalho e dos bens concretos possuídos pelo indivíduo ou unidade familiar, assim como os benefícios econômicos extraíveis desse bem.

Vejamos, por exemplo, a diferença entre duas famílias que empreendem a construção de uma casa sobre os respectivos terrenos de sua propriedade. Digamos que as duas famílias apliquem o mesmo valor da construção das casas, com o mesmo grau de esforço; digamos ainda que as duas famílias possuam níveis de renda similares. As construções resultantes oferecem o mesmo grau de qualidade e a localização do imóvel oferece o mesmo nível de

¹⁸¹ "Property rights are the rights individuals appropriate over their own labor and the goods and services they possess. Appropriation is a *function* of legal rules, organizational forms, enforcement, and norms of behavior – that is, the institutional framework. Because with any property rights structure transaction costs are positive, rights are never perfectly specified and enforced; some valued attributes are in the public domain and it pays individuals to devote resources to their capture. Because the costs of transacting have changed radically throughout history and vary equally radically in different contemporary economies, the mix between the formal protection of rights and individual attempts to capture rights or devote resources to individual protection of their own rights varies enormously." NORTH, Douglas, ob.cit. pg. 33.

¹⁸² "As a generalization, the more easily others can affect the income flow from someone's assets without bearing the full costs of their action, the lower is the value of that asset. As a result, the maximization of an asset's value involves the ownership structure in which those parties who can influence the variability of particular attributes become residual claimants over those attributes." NORTH, Douglas, idem, pg.31.

facilidades (comércio, acesso a transporte, distância dos principais pontos da cidade, etc..). Esperar-se-ia que, descontadas algumas diferenças referentes à localização ou preferência dos compradores, que as duas construções obtivessem o mesmo valor de mercado. Todavia, se uma estiver sobre um terreno sem a formalização jurídica (considerando que se trate de posse justa e legítima) e a segunda sim, tal circunstância, por si só, poderá redundar em até 50% de desvalorização da primeira em relação à última¹⁸³.

Esse é um caso extremo de diferença de *performance* econômica determinada não pelas ações dos agentes, mas pela diferença da proteção jurídica gozada pelas respectivas propriedades. Outros casos, referentes às externalidades, referem-se a, por exemplo, o aumento dos impostos sobre certa vizinhança em relação às demais, impostos de transmissão, custos burocráticos, seguro, pagamento de comissões, honorários advocatícios, entre tantos outros. A tendência é que, quanto mais inseguros os direitos de propriedade – ou, quanto mais distante o desenho institucional da realidade do fenômeno econômico – maiores custos de transação surgirão, levando a uma alocação econômica ineficiente e desigual.

Outro ponto importante a ser destacado dos custos de transação consiste nos custos de *execução forçada* de um contrato – ou transação – ou a expectativa da necessidade de empreender a tal recurso – ou seja, riscos de descumprimento. Tais custos mostram-se especialmente pesados para as partes hipossuficientes, que, por insuficiente acesso à proteção estatal – segurança pública, acesso ao judiciário, etc – pode aceitar arranjos informais abusivos.

O papel do Estado é, assim, “ambíguo”¹⁸⁴, sublinha NORTH, pois ao mesmo tempo que é impossível uma economia sofisticada sem a proteção de regras jurídicas protegidas por uma terceira parte mais forte que a dos dois contratantes – assegurando os direitos de propriedade - o Estado também se mostra como uma constante fonte de insegurança e de severos custos de transação que ameaçam a própria atividade econômica, enfraquecendo e esvaziando o valor econômico dos mesmos direitos de propriedade.

4.4. Análise Econômica do Direito

Como visto, a Nova Economia Institucional dá grande ênfase às instituições e como elas afetam o comportamento econômico dos indivíduos, revelando-se uma fusão de microeconomia e análise institucional. Tal enfoque coincide com o mesmo ponto de observação do jurista sobre o efeito da lei na conduta individual, de forma a não ser uma surpresa o

¹⁸³ Conforme dados a serem apresentados no capítulo 5.

¹⁸⁴ NORTH, Douglas. *Institutions...* ob. cit. cap iv.

surgimento da metodologia da Análise Econômica do Direito concomitante ao desenvolvimento da Nova Economia Institucional.

A Análise Econômica do Direito hoje é aplicada em áreas como contratos, propriedades, responsabilidade civil, direito penal, processo e até direito constitucional. Com efeito, *cum grano salis*, sua abordagem permite sua aplicabilidade a praticamente qualquer área jurídica. Sua metodologia consiste na adoção da microeconomia neoclássica aplicada às leis, de forma poder explicar ou prever a influência das normas sobre a conduta individual. Dessa forma, a análise econômica do Direito preenche uma lacuna: até então se utilizava apenas a intuição e regras de experiência, dando azo à subjetividade, enquanto que agora pode-se contar com uma metodologia rigorosa e científica, sendo provavelmente essa a razão da enorme adesão à Análise Econômica do Direito.¹⁸⁵

Toma-se uma lei ou texto normativo como uma “estrutura de incentivos” diante das quais responderá o indivíduo (agente racional maximizador) de forma a *antever* seus efeitos futuros (análise normativa) ou a explicar a razão pela qual são observados os efeitos já consumados (análise descritiva). Para tanto, utilizam-se modulações matemáticas como as da *Teoria dos Jogos*, a qual constitui uma sofisticada área da matemática voltada ao cálculo de tomada de decisões estratégicas nas interações (jogos) entre agentes, *de forma a traçar como as decisões de uns afetam as dos outros agentes*¹⁸⁶. No campo jurídico, revela forte afinidade com áreas onde os acordos de conteúdo econômico entre os indivíduos assumem especial preponderância, como no direito *antitruste* e contratual.¹⁸⁷

A análise normativa (prospecção dos efeitos futuros) é condicionada a um critério de bem-estar coletivo cujo conteúdo é exposto claramente no próprio raciocínio da análise, o que constitui um ponto positivo de transparência da Análise Econômica do Direito frente a julgamentos mais subjetivos de bem-estar social: “as noções de bem social utilizadas para avaliar uma política vêm explicitamente articuladas”.¹⁸⁸

¹⁸⁵ COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Law & Economics*. 6ª ed. Addison-Wesley, 2012, pg. 3

¹⁸⁶ BIERMAN, H. Scott, FERNANDEZ, Luis. *Teoria dos Jogos*. Trad. Arlete Simille Marques; revisão técnica Décio Katsushigue Kadota, 2ª ed., São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2011. FIANI, Ronaldo. *Teoria dos Jogos: com aplicação em economia, administração e ciências sociais*. 3ª ed, Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

¹⁸⁷ Originalmente, a Teoria dos Jogos foi primeiramente aplicada às decisões estratégicas econômicas entre agentes que interagem entre si, mas seu grande avanço levou à expansão de sua aplicação, para áreas como a militar, estratégia nuclear, administração, ciências sociais e até às ciências biológicas, como na teoria dos jogos *evolucionária* que verifica a possível evolução das espécies. Seus teóricos já foram agraciados com o prêmio Nobel em duas ocasiões (1994 e 2005). Entre seus formuladores figura John F. Nash (1928-2015) um dos mais importantes matemáticos do século XX. Cf. BIERMAN, H. Scott, FERNANDEZ, idem, pgs. 17-19. FIANI, Ronaldo, idem, pgs 34-39.

¹⁸⁸ O trecho completo no original: “L’analyse economica del diritto, tuttavia, viene caratterizzata da un generale punto di vista sociale della disciplina dell’economia, secondo il quale gli attori sono considerati come previdenti e razionali, e le nozioni di bene sociale utilizzate per valutare una politica vengono explicitamente articolate.”SHAVELL, Steven. *Fondamenti dell’analisi economia del Diritto*. Edição italiana por Donatella Porrini.

SHAVELL define o critério de bem estar social da aplicação de um determinado conjunto de normas, de forma simplificada, como “os benefícios que os indivíduos obtêm dos atos menos os danos infligidos por eles e descontados os custos da aplicação das leis”.¹⁸⁹ Esse critério pode ser especificado, sendo muito utilizados os fornecidos pela “*Economia do Bem-estar*”, adotando-se em grande medida o *ótimo de Pareto* e critério de Kaldor-Hicks.

Um ponto que necessita ser esclarecido é a falsa noção de que a abordagem da AED sentencie sempre seja contra qualquer intervenção estatal. De forma alguma. Tendo em vista o fato de sua abordagem estar totalmente condicionada ao resultado de bem-estar coletivo, há situações que os próprios modelos adotados pela AED demonstram que a intervenção estatal é mais eficiente na alocação de recursos que a coordenação social, como no caso de monopólios naturais ou acesso a bens raros e essenciais.¹⁹⁰

4.4.1. Eficiência e Bem-estar social.

A Análise Econômica, como mencionado, traz de forma exposta o conceito de bem-estar social com o qual trabalha, e, acima de tudo, seu raciocínio é rigorosamente submetido a tal conceito, de forma a poder evitar os eventuais sofismas que podem ocorrer quando se raciocina com valores abstratos.

O bem-estar social estaria intimamente ligado à eficiência das instituições, de forma que a Análise Econômica do Direito adota em sua metodologia conceitos básicos de economia, sendo eles: *equilíbrio*, *eficiência e maximização*. Tendo em vista que os indivíduos são tomados como agentes racionais e maximizadores do próprio bem-estar, e os mesmos interagem entre si, o ponto de equilíbrio consiste naquele onde o padrão de interação não se alterará a não ser que forças externas alterem esse cenário. O papel das instituições é levar esse ponto de equilíbrio ao mais próximo possível da *eficiência*, a qual é constatada segundo o melhor nível possível de bem-estar a todos. Um padrão de verificação da eficiência constitui o chamado *ótimo de Pareto*. Afirma-se que uma situação atingiu uma eficiência de Pareto quando é impossível alterar o quadro alocativo para melhorar a situação de um indivíduo sem piorar necessariamente a de outro.

Todavia, como o padrão ótimo de Pareto é quase impossível de ser atingido em situações dinâmicas reais, adota-se também o critério de Kaldor-Hicks¹⁹¹, assim designada

Torino: G. Giappichelli Editore, 2005, prefáceo.

¹⁸⁹ SHAVELL, Steven. ob.cit., pg. 455.

¹⁹⁰ Ver, nesse sentido, SHAVELL, Steven. Ob.cit., “estrutura ottimale dell'intervento legale”, pgs. 455 e ss.

¹⁹¹ POSNER, Richard. *Economic Analysis* ... ob.cit., pgs. 14-15.

devido aos autores Nicholas Kaldor e John Hicks. Segundo esse critério, uma re-alocação é uma melhoria de Kaldor-Hicks se aqueles que ficam melhor podem hipoteticamente compensar aqueles que foram prejudicados e, assim, por essa soma global, atingir um resultado de melhoria de Pareto. Uma situação é dita eficiente segundo Kaldor-Hicks se não existe uma potencial melhoria.

O ponto positivo de se adotar tal critério para a análise de um conjunto normativo é o fato dela romper com a abordagem *estática* do Direito, fornecendo uma metodologia para nos revelar a influência da norma em situações *dinâmicas* e o mais próximo das reais condições enfrentadas pelos indivíduos. Efetivamente, o bem-estar social depende em grande medida da coordenação entre os indivíduos e da qualidade de suas interações.

4.5. Public Choice e *rent-seeking problem*.

Para completar o cenário de principais teorias que revelam o papel das instituições na coordenação social e o resultando bem-estar social, faz-se necessário mencionar como o paradigma institucionalista passou a ser aplicado na seara política. Desde os anos 60, os estudos econômicos passaram a ser utilizados nessa área, dando origem à teoria da Escolha Pública, a qual contribuiu para a compreensão do comportamento dos gestores públicos. HOULE afirma que exame metucioso do funcionamento da organização da Administração Pública revela que existem conexões entre a “regulamentação patogênica” (regulamentação de baixa qualidade) e a má-utilização da máquina pública para o beneficiamento daqueles grupos que a controlam. Esses se utilizam da máquina pública não só para a busca de vantagens econômicas, mas diferentes órgãos ou pessoas públicas também buscam incessantemente seu aumento do campo de influência, derivando na emissão conflituosa de normas por conta da sobreposição de responsabilidades, contribuindo para os problemas de inflação normativa.¹⁹²

A teoria da Escolha Pública constitui uma teoria econômica que procura, pela utilização da metodologia da microeconomia, explicar o comportamento e decisões dos eleitores, grupos de pressão, gestores públicos e políticos. Os trabalhos de NISKANEN¹⁹³ e de seus sucessores, por exemplo, analisaram o comportamento desses agentes em diferentes posições de poder e como tal circunstância afetava suas decisões, ou a eficácia de certas normas de conduta na Administração Pública.

¹⁹² HOULE, France, *Analyses d'impact et consultations réglementaires au Canada – Étude sur les transformations du processus réglementaire fédéral : de la réglementation pathogène à la réglementation intelligente*. Canadá : Édition Yvon Blais, 2012, pg. 40.

¹⁹³ NISKANEN, William. *Bureacracy and Representative Government*, Chicago: Aldine, Atherson, 1971, pg. 241.

O Estado, e em especial a Administração Pública, possui um poder econômico e social sobre a sociedade que lhe é exclusivo, tanto em profundidade quanto em extensão, induzindo os gestores a tratarem os recursos públicos como ilimitados. Entre as consequências, constatou-se, por exemplo, o comportamento concorrencial entre diferentes organizações no seio do Estado por recursos públicos, levando ao escalonamento do orçamento. Grupos, agências, órgãos, agem tais como os indivíduos racionais da teoria microeconômica: buscando maximizar seu próprio “bem-estar”, ou interesses, constituído de maior orçamento ou maior poder político, ainda que em detrimento do bem-estar público. Efetivamente, as pesquisas da Teoria da Escolha Pública demonstraram que aqueles que ocupam cargos públicos agem prioritariamente na busca dos próprios interesses, tais como os agentes privados, mas com o problema que de aqueles o fazem utilizando recursos públicos, enquanto esses são limitados aos próprios recursos.

Enquanto no caso da economia a soma das escolhas individuais que busquem maximizar os próprios interesses tenderá a um estado de equilíbrio concorrencial, gerando bem-estar social, tal comportamento no caso do uso de recursos públicos tenderá a um efeito contrário. Na verdade, a situação criada pela organização estatal cria uma estrutura de incentivos que tende ao problema dos bens públicos descritos pelo conceito “*the tragedy of the commons*”.¹⁹⁴

No caso do Estado, a proliferação de indivíduos e grupos procurando subtrair vantagens particulares toma a forma de grupos concorrendo pelos recursos estatais, e tal “concorrência” é “regulada” pelo poder de pressão ou de influência entre os grupos. Esse comportamento na Teoria da Escolha Pública ganhou a denominação de *rent-seeking*. No caso brasileiro, identificamos esse comportamento pela busca do primeiro escalão do funcionalismo público em manter ou até mesmo aumentar seus já altos salários e regalias, de forma que o gasto com o funcionalismo público está em contínua ascensão.¹⁹⁵ Estudo da OCDE demonstrou que péssima alocação dos gastos com funcionalismo público no Brasil: apesar de termos a *metade* do número relativo de funcionários frente o observado em nações desenvolvidas, o

¹⁹⁴ Ver nota 147, parte final.

¹⁹⁵ Os gastos do Governo Federal só com funcionalismo público federal atingiram o patamar de 39,2% do total dos gastos federais. No país, existem no total 11,1 milhões de funcionários públicos, 600 mil em cargos comissionados. Marcos Coronato, Aline Imércio. *Brasil gasta demais com funcionários públicos*. ÉPOCA, reportagem de 02.10.2014., disponível *on line* em: <http://epoca.globo.com/ideias/noticia/2014/10/brasil-gasta-demais-com-bfuncionarios-publicosb.html>. Murilo Rodrigues Alves Brasília, *Governo gasta 39,2% de suas receitas no pagamento de servidores públicos*. Jornal o Estado de São Paulo, reportagem de 26 de março de 2016, disponível *on line* em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,governo-gasta-39-2-de-suas-receitas-no-pagamento-de-servidores-publicos,10000023309>.

nosso gasto com o funcionalismo é desproporcionalmente alto.¹⁹⁶ Não é incomum encontrarmos entidades da federação com 100% do orçamento comprometido com folha de salários, ultrapassando os limites constitucionais e nada sobrando para as necessidades públicas; ou de manutenção de nichos de mercado para certos grupos mediante o poder da lei.

“Em situações de mercado, um produtor que não enfrenta competição – digamos, o vendedor de uma vila – pode cobrar preços mais altos (e entregar um preço/serviço de qualidade inferior) do que um produtor que atua em um ambiente competitivo, gerando altos lucros. Mas estes lucros altos atraem a atenção de outros potenciais produtores, que estão livres para abrir uma loja e competir com o produtor anterior. O resultado da competição é tal que o antigo monopolista precisa reduzir os preços e melhorar o serviço para continuar no mercado. Em conjunturas políticas, as coisas são bem diferentes. As oportunidades de realização de lucros excedentes ocorrem apenas quando as autoridades políticas as criam, fazendo com que seja difícil ou impossível que novos agentes entrem no mercado e compitam pela preferência dos consumidores.(...) o ganho potencial de uma atividade de rentismo é tão significativo, que faz todo o sentido que grupos de interesse passem tanto tempo se esforçando e investindo na tentativa de conseguir esses monopólios.”¹⁹⁷

No caso específico de regulamentações econômicas, a relação promíscua entre agentes públicos e agentes privados econômicos também é tratado pela *teoria da captura*. STIGLER¹⁹⁸ aponta que os agentes responsáveis por tais regulamentações não são politicamente responsáveis por seus atos, e suas nomeações não respeitam princípios de transparência ou de competência técnica. Como resultado, os agentes públicos facilmente passam a canalizar nas regulamentações os interesses de grupos de pressão.

A relação entre agentes públicos e agentes privados pode ser deturpada de várias formas e graus, resultando na desconsideração do interesse público frente interesses privados particulares. Pode ser desde simplesmente a pressão mais organizada exercida por *lobbies*, de forma a distorcer o acesso de informações pelos agentes públicos, até formas de maiores distorções, como o fenômeno do “capitalismo de laços”.

Os agentes reguladores “necessariamente” detêm informações incompletas para tomarem a decisão regulamentar, ainda que se pressuponha a busca pelo interesse público. Desta forma, os teóricos da Escolha Pública sugerem a participação de todos os agentes privados afetados pela decisão pública, de forma a se tentar contornar e sanar tal lacuna. Tal

¹⁹⁶ Por exemplo: França - Carga tributária de 42%, um servidor para cada 12,5 habitantes. EUA - carga tributária de 24%, 22% dos trabalhadores nos EUA são funcionários públicos, ou seja, o dobro dos servidores disponíveis no Brasil, dado que os servidores públicos representam 10,7% de todo o contingente de trabalhadores formais. Ainda: Brasil - Carga tributária de 35%, um servidor para cuidar de grupo de 32 habitantes em média. OCDE, *Human Resources Management Country Profiles BRAZIL*, 2012, disponível em: <https://www.oecd.org/gov/pem/OECD%20HRM%20Profile%20-%20Brazil.pdf>.

¹⁹⁷ BUTLER, Eamon. *Escolha Pública*. Trad. Mateus Pacini, Bunker Editorial, 2015, pg 69-70

¹⁹⁸ STIGLER, George. *The theory of economic regulation*. The Bell Journal of Economics and Management Science, vol.2, 1971, pg. 3-21.

recomendação já se encontra incorporada pelas Recomendações da OCDE e recomendações europeias concernentes à feitura legislativa como o Relatório *Maldelkern*, e o *Administrative Procedure Act*.

Já fenômenos como o do “capitalismo de laços” – que também se apresenta como outra forma de abordar o problema do *rentismo* - é o caracterizado pelo uso do poder político e econômico de forma a canalizar vantagens econômicas – contratos públicos, subsídios, etc..- para determinados atores, em detrimento das leis de mercado que melhor alocariam tais recursos. Essa canalização se dá por “laços” estabelecidos entre agentes públicos e privados influentes, notoriamente nas camadas mais altas da esfera econômica e política. LAZZARINI cita como exemplo paradigmático os contratos e subsídios bilionários via BNDES que o empresário EIKE BATISTA obteve no decorrer do Governo Lula, graças aos contatos políticos e ao alinhamento político-ideológico aos projetos do governo de então. O risco (alto) da tendencial deterioração da política industrial de um Governo para favoritismos e trocas promíscuas de favores políticos e econômicas, constitui um severo problema para o desenvolvimento econômico de um país, para a livre concorrência e para a equânime distribuição de renda¹⁹⁹.

Esse efeito de uma economia altamente regulada - onde estruturas empresariais de maior porte acabam por serem beneficiadas em detrimentos das pequenas e médias - tem sido observada desde a década de 40 do século passado. F. A. HAYEK, por exemplo, já o previa em sua obra clássica *O Caminho para a Servidão*. Nessa obra, ele coleta dados e demonstra que muitas vezes não seriam as leis econômicas que levariam à concentração econômica dos mercados por poucos grupos empresariais, mas o conluio entre esses grupos e Estados, esse último sendo usado para criar programas e normas que anulariam o poder distributivo da concorrência. Citando o relatório da Comissão Provisória de Economia Nacional Norte-Americana sobre a Concentração do Poder Econômico, observa que relatório final dessa comissão conclui que o suposto desaparecimento da concorrência em função da maior

¹⁹⁹LAZZARINI oferece uma importante obra onde procura traçar uma radiografia da estrutura das relações que “comandam” verdadeiramente a economia brasileira, de forma a chamar a atenção para tal problema, o qual requer uma análise imparcial e com vistas ao aperfeiçoamento de ferramentas institucionais que procurem minimizar tais conluios: “*Procuro sempre chamar a atenção para possíveis efeitos colaterais do capitalismo de laços para que empresários e governantes possam avaliar as consequências, previstas ou imprevistas, dos seus atos. Por exemplo, um amplo e inconclusivo debate centra-se na necessidade ou não de ações governamentais para estimular determinados setores via subsídios ou proteções diversas – o que é usualmente chamado de política industrial. Alguns defensores de tais políticas recomendam que o governo se aproxime do setor privado de maneira imparcial, bloqueando táticas ilícitas de expropriação do bem público. A princípio, trata-se de uma recomendação correta. Mas o dilema é que os laços criados podem rapidamente se tornar veículos de favoritismo, conluio e proteção não justificada. Um exame mais profundo do caso brasileiro e de outros países onde tais políticas foram aplicadas indica que esse risco é real e não desprezível. É nosso dever examinar como se formam esses laços e quais os seus efeitos esperados – não apenas os positivos.*” LAZZARINI, Sergio Giovanetti. *Capitalismo de Laços – Os donos do Brasil e suas conexões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, pg. 7

eficiência dos métodos de produção em larga escala “não pode ser comprovado pelos elementos de que dispomos”:

“(…) a maior eficiência das grandes empresas não foi demonstrada; em muitos setores, não foram encontradas as vantagens que eliminariam a concorrência. Tampouco as economias de escala, quando existem, pressupõem invariavelmente o monopólio... As dimensões que favorecem a eficiência máxima podem ser alcançadas muito antes de a maior parte da produção estar sujeita a esse gênero de controle. Não se pode aceitar a conclusão de que as vantagens da produção em grande escala levam inevitavelmente à abolição da concorrência. Cumpre notar, contudo, que o monopólio é muitas vezes produto de outros fatores que não o menor custo decorrente da produção em larga escala. Ele resulta de conluios, e é promovido pela política governamental. Quando se invalidam tais acordos e se altera a política, a concorrência pode ser restabelecida.”²⁰⁰

Quando se compreende que o Estado possui o poder de criar nichos de mercado e diferentes graus de acesso ao mercado, a representação comum de que o mercado constitui uma arena homogênea cede espaço à percepção de diferentes mercados funcionando concomitantemente, originado por estruturas institucionais, devendo essas serem combatidas, não a abstração “mercado”:

“Se compreendermos que os mercados são inevitavelmente incompletos e que os agentes econômicos têm acesso a informações diferentes, chegaremos à conclusão de que não existe ‘o mercado’, existem apenas sistemas econômicos organizados de modo distinto. A própria linguagem de ‘mercado’ sujeito a intervenções ‘do Estado’ é equivocada. O problema a enfrentar não é o ‘do mercado’ contra ‘o Estado’, mas o dos mecanismos institucionais que induzem os agentes individuais a não agirem de modo coletivamente benéfico.”²⁰¹ (Sem grifos no original)

Relembrando o caso que inspira essa pesquisa, a da virtual proibição da atividade econômica dos produtores de queijo artesanal, Organizações não Governamentais empenhadas na promoção da agropecuária familiar afirmam que “*Os protocolos [sanitários] sofrem o lobby das grandes corporações que se beneficiam com a situação, excluindo produtores comunitários, as empresas de pequeno porte, e em alguns casos de médio porte, do mercado formal.*”²⁰²

²⁰⁰ WILCOX. C. *Competition and Monopoly in American Industry*. Monografia da Comissão Provisória de Economia Nacional, n.º 21, 1940; em HAYEK, Friederich August von, *O Caminho Da Servidão*, 6ª edição, São Paulo : Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

²⁰¹ PRZEWORSKI, Adam, *Reforma Do Estado: Responsabilidade política e intervenção econômica*. Conferência proferida durante o 19º Encontro Anual da ANPOCS em Caxambu, em novembro de 1995. Versão revisada de um artigo preparado para o seminário sobre “Desigualdade, *welfare state* e valores sociais”, El Escorial, Espanha, em 12/14 de julho de 1995. Disponível em http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_32/rbcs32_02.htm.

²⁰² ISPN - Instituto Sociedade, População e Natureza, Movimento Slow Food, o Instituto Marista de Solidariedade (IMS) e a União Nacional das Cooperativas da Agricultura Familiar e Economia Solidária (UNICAFES). *Oficina Normas Sanitárias para alimentos de produção artesanal, familiar e comunitária – Relatório Final*, 2012. Disponível em http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/2dc83d80439a05ad9853ddde209e0cb5/Relat%C3%B3rio+ISPN_alimentos.pdf?MOD=AJPERES; e ISPN - Instituto Sociedade, População e Natureza, *Entraves regulatórios na produção Agroextrativista*. Documentos da ISPN, setembro de 2012, Disponível em: <http://www>.

Ainda que não se possa provar a intencionalidade maliciosa (por ora) como um dos fatores que colaboram para a manutenção de um marco regulatório sanitário draconiano, seus efeitos sobre a economia dos pequenos produtores são patentes.

No caso, como a legislação – que tem como pressuposto a homogeneização das condutas - teve como parâmetro a atividade industrial, um dos resultados involuntários (ou voluntários?) foi o beneficiamento econômico da indústria (especialmente, da grande indústria) frente à economia agropecuária familiar e às pequenas unidades industriais. Uma vez que essas ficaram relegada à informalidade, sem acesso aos mercados formais, temos que foi a própria legislação que neutralizou esse que seria um setor que concorreria fortemente com os queijos industrializados, dado o sabor e textura superiores ao do produto artesanal e à valorização que uma considerável parcela do mercado consumidor dá a tais fatores.

HOULE, ao analisar o papel da regulamentação econômica, social e administrativa, salienta que não existiria mais atualmente a diferença substancial entre tais esferas, por conta de sua interconexão na esfera dos efeitos concretos, como os efeitos causados na livre concorrência. Efetivamente, a regulamentação econômica afeta diretamente a estrutura de preços, as condições de entrada de novos concorrentes no mercado e o nível de produção global²⁰³, de forma a causar efeitos no bem-estar social (pela oferta de produtos e criação de empregos) e na possibilidade de pequenos empreendedores adentrarem o mercado.

Conclusão: Diante do exposto, podemos, em linhas gerais, concluir que o ato econômico se origina da ação racional enquanto o Direito age sobre a conduta racional, por sobrepor-se ao agente. Desta forma, as instituições possuem um grande poder de influenciar a conduta dos indivíduos, dando origem a coordenações sociais cujo ponto de equilíbrio poderá ser eficiente – sob a perspectiva da sociedade – ou ineficiente. A análise econômica do Direito possui o mérito de abordar a legislação como uma “estrutura de incentivos” a agir sobre a dinâmica social, abrindo uma perspectiva epistemológica que nos possibilita antever tais ineficiências e estruturas sócio-econômicas que obstruem o desenvolvimento econômico-social.²⁰⁴ O processo dinâmico da influência das instituições sobre o desenvolvimento de uma sociedade tem sido revelado pelas pesquisas históricas mais recentes. O próximo capítulo visa dar uma amostra desse quadro.

ispn.org.br/arquivos/entraves005_r1eWeb.pdf , acessado em 18/09/2015.

²⁰³ HOULE, France. ob.cit. pg.29

²⁰⁴ “A better approach is to define "regulation" as a particular kind of incentive mechanism”. Organisation For Economic Co-Operation And Development (Ocd), *Improving The Quality Of Laws And Regulations: Economic, Legal And Managerial Techniques*, Paris, 1994, pg. 8, disponível em: <http://www.sigmaxweb.org/publications/36976805.pdf>

Capítulo 3

A INFLUÊNCIA INSTITUCIONAL NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO-SOCIAL NA HISTÓRIA.

“Liberty consists in the division of power. Absolutism, in concentration of power.”
“History is a great innovator and breaker of idols.”
Lorde Acton²⁰⁵

1. Teorias sobre “a” causa do desenvolvimento

“História econômica é a rainha das ciências sociais”²⁰⁶, afirmam seus patronos. Seu campo de estudo refere-se à “natureza e às causas da riqueza das nações”. Desde que o trabalho seminal de Adam Smith, a “riqueza das nações” tem sido um dos temas mais intrigantes da curiosidade intelectual e pesquisa em ambos os aspectos econômico e histórico. Durante maior parte da história humana, a riqueza relativa entre as nações ao redor do mundo não apresentou grandes disparidades. Tudo isso começou a mudar quando a Inglaterra passou a experimentar os frutos da Revolução Industrial, na forma de prosperidade material crescente e difusa por toda a sociedade, destacando-a perante as demais nações. Esse fenômeno tem sido chamado pelos historiadores como a “divergência” ou “descolagem”, de forma a caracterizar a inesperada tomada de rumo de uma nação, que a descolou das outras.

Enquanto economistas procuram as causas do desenvolvimento econômico em fatores atemporais, historiadores econômicos tentam discerní-los em seu processo dinâmico: *“find them in a dynamic process of historical change”*.²⁰⁷ Aquelas construções teórico-dedutivas necessitam serem contrastadas com os achados empíricos, passando-se, assim, à análise indutiva:

“Afinal, definimos o objeto econômico como a ação racional (ou, o que é o mesmo, a alocação maximizante de recursos escassos entre fins alternativos), e o método da Economia como hipotético-dedutivo em seus fundamentos e empírico-indutivo em seus desdobramentos. Mais exatamente, dissemos que os modelos construídos dedutivamente a partir da hipótese de que os agentes seriam rigorosa e exclusivamente racionais-maximizadores deveriam ser criticados e superados indutivamente, a partir do confronto e sistematização analítica das discrepâncias entre as predições dos modelos e a dinâmica econômica real.”²⁰⁸

²⁰⁵ Regius Professor da Universidade de Cambridge (1895), John Emerich Edward Dalberg-Acton, 1º barão Acton, KCVO, DL (Nápoles, 10 de janeiro de 1834 — Tegernsee, 19 de junho de 1902), historiador e pensador britânico.

²⁰⁶ ALLEN, Robert C. *Global Economic History: A very short Introduction*. Oxford University Press, 2011, pg.01, isbn: 0199596654, 9780199596652.

²⁰⁷ ALLEN, Robert C. Ob. cit, pg. 1

²⁰⁸ “Na medida em que é uma Ciência Humana e Social, a Economia não é apenas uma Ciência com um objeto particularmente complexo, multifacetado e dinâmico. É, também, uma Ciência à qual estão fechadas as

Mediante o confronto entre os resultados preditos no modelo e os resultados efetivamente realizados, procede-se à correção e desenvolvimento do modelo original “*em direção a sistemas cada vez mais realistas e de consistência teórico-empírica superior*”.²⁰⁹ Dada a limitação de metodologias tradicionais, tais como estatísticas ou experimentos em ambientes controlados, muitos economistas tem percebido que só uma análise histórica cuidadosa poderá revelar quais os fatores indispensáveis ao desenvolvimento.²¹⁰

Nos últimos anos, esse campo científico observou grande efervescência, e demonstra que não chegará a um consenso para breve. Até então a pesquisa buscava revelar quais teriam sido as causas da Revolução Industrial ter ocorrido *na Inglaterra*. Agora, a “pergunta fundamental” é: porque algumas nações são ricas e outras não?²¹¹ Mediante novas e robustas coletas de dados que abarcam largos períodos históricos, busca-se identificar quais os fatores determinantes ou os gatilhos desencadeadores de processos de desenvolvimento econômico sustentável.

Tradicionalmente, as principais teorias que em torno das quais se concentravam as teorizações sobre a causa do desenvolvimento eram a cultural, geográfica, e da ignorância²¹². Recentemente, por inspiração dos trabalhos de Douglas NORTH, surgiram também teorias institucionais²¹³, dando origem à *Historiografia Institucional*.

Em 1776, Adam Smith se debruçou sobre o tema, em “A Riqueza das Nações”, e concluiu que a prosperidade dos Estados deriva de sua capacidade produtiva, não do acúmulo de metais preciosos. A noção de que boas políticas – como baixas tarifas aduaneiras – podem acelerar o desenvolvimento permeia o tratado clássico de Smith. Já no século XX, Max Weber, em “A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo”, enfatizou os aspectos culturais que

possibilidades de experimentos laboratoriais. Mesmo quando distintos gestores públicos ou privados replicam políticas econômicas essencialmente iguais, não se pode pretender que se esteja refazendo uma experiência em condições equivalentes. À diferença da replicagem laboratorial – onde todas as condições relevantes são postas sob controle – a replicagem de políticas econômicas se faz em tempos distintos – sob outras condições políticas, tecnológicas, competitivas, de integração internacional, etc. – e/ou em mercados e/ou territórios e/ou nações distintos – com histórias, valores, padrões organizacionais, etc. distintos. De forma que resultados heterogêneos para políticas homogêneas sempre podem ser explicados pelas circunstâncias distintas dentro das quais aquelas políticas foram aplicadas. Escapar desta limitação estrutural envolve a construção de um referencial analítico estável, que independa de determinações facilmente mutáveis e alheias ao campo da Economia. Uma referência que é conquistada pela construção ideal de modelos baseados na hipótese restritiva de que os agentes econômicos são estritamente racionais-maximizadores, vale dizer, são “homens econômico-rationais”. CUNHA, André Moreira; PAIVA, Carlos Águedo Nagel, *Noções de Economia*, Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2008, pg. 16.

²⁰⁹ CUNHA, *Noções de..* idem, pg. 18

²¹⁰ HUDSON e outros. *The Invention...* ob. cit., pgs vii e ss.

²¹¹ ALLEN, Robert C. Ob. cit, pg.2

²¹² ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Por que as Nações Fracassam: As origens do Poder, da prosperidade e da pobreza*. 6º ed. Trad. Cristiana Serra, Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, pg. 54.

²¹³ NORTH, Douglass. *Institutions...* ob.cit.

favoreceriam a abundância material, pelo fato da “ética protestante” que incentivaria o trabalho, o reinvestimento e a racionalidade.

1.1.Hipótese geográfica

Segundo a hipótese geográfica, as diferenças de riqueza entre os países devem-se às facilidades ou restrições de acesso ao mercado geradas pela posição geográfica, em especial pelo clima. Essa teoria se deve pela concentração dos países pobres entre os trópicos de Câncer e Capricórnio, enquanto as nações ricas encontravam-se preponderantemente em zonas temperadas. Montesquieu, no sec XVIII, afirmava que o clima possuía grande influência na capacidade de trabalho físico e mental dos habitantes: o calor desincentivaria a criatividade e o trabalho árduo.

Atualmente, existem releituras da teoria geográfica, como a de Jeffrey Sachs, que liga o clima tropical a duas desvantagens: preponderância de doenças como malária que afetariam a capacidade de trabalho dos seus habitantes, e a de que os solos tropicais não se prestam a uma agricultura competitiva.

Todavia, ACEMOGLU²¹⁴ contesta essas novas versões geográficas, pois elas são facilmente desmentidas pelos casos de enormes disparidades de desenvolvimento econômico-social observadas entre Coreia do Sul e do Norte, entre a Alemanha Ocidental e Oriental antes da queda do Muro de Berlim, e entre as duas vizinhanças da cidades de Nogales, separada pela fronteira entre Estado Unidos e México. Mais ainda: houve períodos da História onde as civilizações mais avançadas na verdade encontravam-se em regiões de climas quentes e até desérticos, como os Incas e Astecas na América do Sul, Babilônia, o Egito antigo, entre outras. Modernamente, nações como Austrália, Nova Zelândia, Cingapura e o crescimento econômico acelerado na Malásia e Ruanda contradizem a determinação da geografia sobre desenvolvimento econômico-social.

Ainda que se apontasse a posição geográfica como relevante para outras facilidades ou restrições econômicas, em especial quanto a acesso ao mercado internacional, tal condição possui um papel muito restrito. Ela pode facilitar a geração de renda de alguma atividade específica, mas é insuficiente para explicar desenvolvimento econômico sustentado no tempo.

Quanto às doenças tropicais, tais teorias acabam por desconsiderar que também existem aquelas típicas de climas mais frios, e que suas respectivas populações também sofreram ou sofrem restrições por conta delas. Se hoje países como a Inglaterra contam com um

²¹⁴ ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James, ob.cit.,pg 38-44.

elevado padrão de saúde usufruído por sua população, este se deve a um contínuo processo de combate às causas das doenças *após* o florescimento econômico e inovações tecnológicas proporcionarem tais condições. A Revolução Industrial, por exemplo, ocorreu historicamente *antes* da histórica insalubridade das condições de higiene nas cidades inglesas serem efetivamente combatidas, não depois.

Segundo ALLEN, a geografia pode influenciar em certa medida, em razão da potencialidade de doenças locais (caso dos trópicos durante a Revolução Industrial) e acesso a mercados consumidores²¹⁵. Todavia, nunca se revela um fator determinante, sendo facilmente suplantado por fatores tecnológicos. Cita-se ainda, o acelerado crescimento observado em países como Cingapura, Malásia, Botsuana²¹⁶ e Uganda, igualmente localizados em regiões quentes e originalmente inóspitas. O argumento dos recursos naturais (como uma variação da hipótese geográfica) como fator determinante também foi bastante enfraquecido, diante do crescimento de países totalmente desprovidos de riquezas ou de uma posição geográfica privilegiada, como Cingapura e Coréia do Sul (atingindo alguns dos níveis de riqueza e de IDH dos mais altos no planeta).²¹⁷

1.2. Hipótese cultural

Uma das hipóteses que mais persistem tanto entre a população leiga quanto entre estudiosos é a de que a “cultura” seria o fator determinante para o florescimento econômico. O próprio Douglas North aponta que a ideologia reinante na população e na classe dirigente de um país pode constituir um limitador que explica a persistência de instituições – tanto políticas quanto econômicas – ineficientes e extrativistas. Obviamente que a cultura, entendida como o conjunto de valores compartilhados entre os habitantes de um país podem facilitar ou prejudicar as relações sociais que permitam o florescimento da coordenação social econômica, assim como uma classe dirigente, comprometida ideologicamente, ficará cega para as modernizações que se façam necessárias.

A cultura pode influenciar o desenvolvimento econômico por dois meios: primeiramente, como *pano de fundo* de onde se originam as *instituições formais* – as regras do jogo que modulam as relações econômicas. Por outro lado, as próprias instituições formais podem gerar uma estrutura de incentivos que alterem valores culturais, dando origem a valores negativos (predatórios) ou positivismo (indutores de colaboração social). Por exemplo, é sabido

²¹⁵ ALLEN, Robert C. ob. cit., pg. 14

²¹⁶ Cf : ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. ob.cit., pg.38

²¹⁷ UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, *Human Development Index*, Nações Unidas. Ver gráficos nas páginas 34 e 35.

que a excessiva burocratização facilita a emergência da corrupção. Por outro lado, as instituições informais – como regras de conduta e valores – podem influenciar a qualidade das relações econômicas, facilitando-as ou dificultando-as, tal como as instituições formais. Em segundo lugar, um ambiente cultural que preze pela honestidade e transparência nas relações interpessoais inspira confiança²¹⁸, de forma a ser condutivo à cooperação entre as pessoas:

“Será que a hipótese cultural é útil para compreender a desigualdade mundial? Sim e não. Sim, no sentido de que as normas sociais, que são relacionadas à cultura, exercem profunda influência e podem ser difíceis de mudar – além de, por vezes, darem sustentação às diferenças institucionais que, segundo esse livro, são o que explica as desigualdades mundiais. Em sua maior parte, porém, não, à medida que os aspectos culturais que se costuma enfatizar – religião, ética nacional – valores africanos ou latinos – não têm importância para entendermos como chegamos até aqui e por que as desigualdades do mundo persistem. Outros aspectos, como até que ponto pessoas *confiam* umas nas outras ou são capazes de colaborar, são importantes, mas constituem basicamente um resultado das instituições, não causas independentes.”²¹⁹

A influência cultural, portanto, é transversal, mas não determinante. Ela se mostra insuficiente para explicar a diversidade dos casos de desenvolvimento observados na história. No caso das duas Coreias²²⁰ e das duas Alemanhas temos casos concretos de comunidades

²¹⁸ A hipótese cultural baseada na confiança nas relações interpessoais é exaustivamente analisada por Alain Peyrefyette em sua magnífica obra “A Sociedade da Confiança”. Nela, Peyrefyette identifica no surgimento do protestantismo o surgimento de uma sociedade mais abertas e imantadas de valores que foram condutivos à coordenação social em maiores níveis. PEYREFYTTE, Alain. *A sociedade da Confiança*. Tradução Maria José Figueiredo. Coleção Economia e Política, Instituto Piaget: Lisboa, 1995.

²¹⁹ ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. ob.cit., pg 45.

²²⁰ “O díspare destino experimento pelas duas Coreias exemplifica o peso da estrutura institucional: “Tão notórias diferenças não são antigas. Com efeito, não existiam até o final da Segunda Guerra Mundial. De 1945 para cá, entretanto, os diferentes governos do Norte e do Sul adotaram maneiras muito distintas de organizações econômicas. A Coreia do Sul foi governada e teve suas instituições políticas moldadas pelo ferrenho anticomunista Syngman Rhee, oriundo de Harvard e Princeton, e que contava com significativo apoio dos Estados Unidos. Rhee foi eleito presidente em 1948. Forjada em meio à guerra da Coreia e contra a ameaça de contaminação comunista, a Coreia do Sul não era uma democracia do ponto de vista político. Tanto Rhee quanto seu sucesso, o General Park Chung-Hee, mostraram-se lideranças autoritárias. Não obstante, ambos implementaram instituições que garantissem a ampla participação econômica da população, com a abertura do mercado e o reconhecimento dos direitos de propriedade. Após 1961, Park usou com eficácia o peso do Estado para impulsionar o rápido crescimento econômico, canalizando crédito e subsídios. A situação era muito diferente na Coreia do Norte. Kim Il-Sung, líder dos guerrilheiros comunistas da resistência durante a Segunda Guerra Mundial, já estava estabelecido como ditador em 1947 – e, com auxílio soviético, introduziu um modelo rígido de economia planificada, parte do sistema “juche”. A propriedade privada foi declarada ilegal, os mercados foram banidos. As liberdades foram cerceadas não só no mercado, mas em todas as esferas da vida dos norte-coreanos – exceto no caso dos membros da pequeníssima elite governante que gravitava em torno de Kim Il-Sung e, mais tarde, seu filho e sucessor, Kim Jong-Il.”(...) O resultado foi uma catástrofe para a população norte-coreana. Não há estatísticas detalhadas sobre a Coreia do Norte, onde tudo é tratado com sigilo. Não obstante, os dados disponíveis e os testemunhos daqueles que conseguem fugir revelam que não só a economia e a indústria colapsaram como praticamente se extinguíram. A agricultura igualmente foi esmagada, e sua baixa produtividade gerou um estado de permanente fome à população – com exceção à pequena elite política, que vivem como nababos. Um regime repressivo e sufocante opunha-se igualmente a toda e qualquer inovação, e mesmo que não o fizesse, sem garantia de direitos de propriedade intelectual não há qualquer incentivo para qualquer um empreender um esforço nesse sentido. Todavia, Kim Il-Sung e seus comparsas não tinham a menor intenção de reformar o sistema, de introduzir qualquer forma de propriedade privada, mercados ou contratos privados, em suma, de inserir qualquer modificação que melhorasse a situação calamitosa da população. A situação de total destruição de direitos

compartilhando as mesmas culturas, mas com trajetórias econômico-sociais totalmente opostas. O que determinou destinos sócio-econômicos tão díspares foram as estruturas institucionais estabelecidas sobre cada uma das metades-irmãs.

O crescimento econômico de países cujas populações não professam ou não receberam a herança cultural da religião protestante também tornaram a famosa teoria de weberiana inadequada²²¹ para o mundo atual, se tomada literalmente. Enquanto fatores culturais que invoquem uma determinada religião ou falhas culturais como “preguiça” não mais se apliquem, por outro lado, não se poderia descartar o papel que a difundida capacidade de leitura e cálculo possui, conjugada com o acesso aos meios culturais, conforme ALLEN. Nesse sentido igualmente, PEYREFITTE destaca o papel da invenção de Guttenberg, e como ela facilitou a expansão da capacidade de leitura, podendo ser observado certo paralelismo entre as regiões que apresentavam maiores níveis de população letrada e crescimento econômico.²²² Todavia, ressalta que tal incentivo à leitura foi impulsionado pela Reforma Protestante, pois seus fiéis são fortemente estimulados a estudarem a Bíblia e apologética – revelando aí a influência de um fator cultural como gatilho original. SEN, igualmente, afirma existirem correlações empíricas entre facilidades de acesso à educação e desenvolvimento²²³. Nesse sentido, poderia ser citado o caso da Coreia do Sul, cuja política educacional robusta voltada para a inovação tecnológica contribuiu para seu processo de desenvolvimento sustentado.

Não se pode também afirmar de forma generalizante que países pobres necessariamente possuem culturas avessas à inovação. Na raiz do desinteresse por empreender inovações – em técnicas de agricultura, transporte, etc – pode estar uma estrutura de incentivos perversa, que torna indiferente para o indivíduo proceder a melhorias, pois todo aumento de produtividade será, de alguma, forma usurpado. Entre os muitos exemplos históricos levantados por ACEMOGLU e ROBINSON, encontra-se o do Congo, que exemplifica o tipo de instituições que desestimulavam a criação tecnológica. Civilizações antigas da África subsaariana chegaram a desenvolver a roda, a escrita e o arado muito antes dos povos europeus,

econômicos e liberdades fundamentais serve para manter a população em situação análoga à de escravidão, mantida num regime onde todo o fruto do trabalho das pessoas é extraído para manter a pequena elite que governa a Coreia do Norte. Nesse ínterim, no sul, as instituições econômicas estimulavam investimentos e o comércio. Os políticos sul-coreanos investiram em educação, atingindo altos índices de alfabetização e escolaridade. As empresas do país puderam crescer graças à população relativamente bem qualificada, das políticas de incentivo aos investimentos e industrialização, às exportações e à transferência de tecnologia. Assim, a Coreia do Sul logo se tornou um dos casos de milagre econômico do Leste Asiático, um dos países de crescimento econômico mais acelerado do mundo.” ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. ob.cit., pgs 56-57.

²²¹ ALLEN, ob.cit., pg.14.

²²² PEYREFYTTE, Alain. *A sociedade da Confiança*. Tradução Maria José Figueiredo. Coleção Economia e Política, Instituto Piaget: Lisboa, 1995.

²²³ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. Trad: Laura Teixeira Motta, São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

todavia, seu conhecimento caiu estranhamente em desuso²²⁴. Em 1483, o Congo entabulou relações comerciais com os portugueses, que levaram o arado aos congoleses através de missões agrícolas lusitanas, todavia, tais iniciativas fracassaram. Por outro lado, os congoleses adotaram rapidamente outra inovação trazida pelos portugueses: a pólvora. Respondendo rapidamente aos incentivos de mercado, logo se especializam na captura e venda de outros africanos para o tráfico de escravos.

Logo, não se poderia afirmar que a população do Congo tivesse uma especial indisposição quanto à adoção de inovações tecnológicas, mas a estrutura de incentivos a qual estavam sujeitos desestimulava a produção agrícola e a sua inovação. A situação de perene insegurança acabou por modular o horizonte de perspectivas, conseqüentemente, as escolhas alocativas. No caso, os congolenses enfrentavam “elevado risco de expropriação e tributação de sua produção pelo monarca todo-poderoso” de sua produção agrícola. Tal não ocorria, por outro lado, com a venda de escravos aos portugueses, levando à criação de uma perversa estrutura de incentivos que tornou muito mais rentável e segura a atividade econômica de dedicar-se à captura e venda de seus semelhantes. Tal situação criou um “círculo vicioso”, onde, a insegurança não só da propriedade mas até da própria existência, redundou em ainda menores incentivos à produção agrícola e à inovação, inclusive por parte do monarca. *“Tampouco o rei dispunha de incentivos para adotar o arado em larga escala ou para fazer do aumento da produtividade agrícola sua maior prioridade; a exportação de escravos era muito mais rentável.”*²²⁵

1.2.1 A relação entre instituições e fenômeno econômico no mundo antigo.

A cultura tem importância quando a partir dela derivam instituições (formais e informais) que efetivamente possuam o poder de modular as ações econômicas. Tal fenômeno, que NORTH identifica como a ação de instituições informais, atuam diretamente sobre os indivíduos ao mesmo tempo que servem como fonte por para a produção das instituições formais (e vice-versa).

Tal fenômeno pode ser rastreado já na Antiguidade. Na Antiga Mesopotâmia, já há quase 5 mil anos, são encontradas evidências que denotam a existência de uma economia já desenvolvida, com padrões de comportamento que desafiam a visão que se tinha até então do fenômeno econômico na Antiguidade. A arqueologia tem demonstrado que elementos

²²⁴ ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. ob.cit., pg. 45-46.

²²⁵ ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. idem, pg 46-47.

“modernos” de empreendedorismo já estavam bastante presentes na Mesopotâmia, no terceiro milênio a.C.; mais ainda, que o arranjo institucional da época procurava promover o comércio e o empreendedorismo, levando a crescimento econômico continuado. “*Commerce expanded and fortunes were made as populations grew and the material conditions of life rose*”²²⁶.

Especialmente a tradução de registros cuneiformes no decorrer do último século tem alterado significativamente a percepção da economia do ponto de vista antropológico, logo, de sua relação com a estruturação da sociedade²²⁷. No lugar da economia como a base material sobre a qual constrói-se a “superestrutura”, observa-se exatamente o oposto, as *estruturas institucionais* determinando a fluidez da atividade econômica, dando-lhe o suporte, ou, estrangulando-a, podendo levá-la até o colapso. Segundo essas pesquisas, o arranjo *institucional* influenciará grandemente o florescimento, estagnação ou colapso de uma sociedade.

Os mais antigos registros sobre surgimento do *empreendedorismo* sugerem que os templos Mesopotâmicos - em torno de 2750 a.c. - assumiram um importante papel como base de criação de instrumentos comerciais e de proteção para a atividade do comércio. Os templos e os palácios na Antiguidade serviram também de base de apoio e de “patrocínio” para os primeiros empreendimentos de maior escala. Mediante adiantamento fornecido por tais “instituições”, os mercadores de então se lançavam às longas jornadas para trazerem os bens necessários para consumo e comércio local. “*The public institutions established relationships*

²²⁶ HUDSON, Michael. *Entrepreneurs: From the Near Eastern Takeoff to the Roman Collapse*. pgs. 8-39, In: BAUMOL, William; LANDES, David S.; MOKYR Joel (org.). *The Invention of Enterprise: Entrepreneurship from Ancient Mesopotamia to Modern Times*. Princeton University Press, 2010, pg 17.

²²⁷“ A century ago economists could only speculate on the origins of enterprise. It seemed logical to assume that entrepreneurial individuals must have played a key role in archaic trade, motivated by what Adam Smith described as an instinct to “truck and barter.” When a Mycenaean Greek site from 1200 BC was excavated and storerooms with accounting records found, the building accordingly was called “a merchant’s house,” not a public administrative center. There was little room for Max Weber’s idea that a drive for social status might dominate economic motives. Materialist approaches to history both by Marxist and by business-oriented writers assumed that economic factors determined status and political power, not the other way around. The basic context for enterprise was deemed to consist of timeless constants: money, account-keeping to calculate gains, credit, and basic contractual formalities. To the extent that public institutions were recognized as economic actors, they were assumed to be an overhead, incurred at the expense of enterprise, not as means of promoting it. There was little idea of temples and palaces playing a catalytic role, much less a key one in production or providing money and provisioning commercial ventures. There was even less thought of rulers regulating markets, canceling personal debts, and reversing land transfers as a way to enhance prosperity. Translation of cuneiform records over the past century has changed these attitudes. A veritable explosion of colloquia over the past decade has analyzed the emergence of enterprise in Mesopotamia and its neighbors (in particular Dercksen 1999; Bongenaar 2000; Zaccagnini 2003; Manning and Morris 2005; and, earlier, Archi 1984, in addition to the compendious *Civilizations of the Ancient Near East* [Sasson et al. 1995]). Our own working group, the International Scholars Conference on Ancient Near Eastern Economies, has held colloquia dealing with the public/private balance (Hudson and Levine 1996), the emergence of urban and rural land markets (Hudson and Levine 1999), debt practices and how societies handled the economic strains they caused (Hudson and Van De Mierop 2002), account-keeping and the emergence of standardized prices and money (Hudson and Wunsch 2004). These conference volumes have been bolstered by many books and articles presenting a complex view of the emergence of commercial enterprise.” HUDSON, Michael. *Idem*, pg 8.

with well-placed individuals, whose title — Sumerian damgar, Babylonian tamkarum—usually is translated as “merchant” or, by Babylonian times, “entrepreneur.” O que sugere que no caso da Mesopotâmia a economia (ao menos no caso de maiores empreendimentos) funcionava de forma “mista”, nem estritamente “estatal”, nem estritamente “privada”²²⁸.

O desenvolvimento de tais práticas comerciais – comércio, moeda, crédito, juros e preços - sugerem que as atividades comerciais foram protegidas e até certo ponto patrocinadas pelas estruturas institucionais de então. Os templos e palácios sumérios teriam sido os primeiros locais onde a ideia de investimento visando lucro, cobrança de juros, criação de um mercado de propriedades surgiram e foram modulados de forma a sustentarem a prosperidade da emergente sociedade, a qual teria durado longo período. Até mesmo o funcionamento de um mercado financeiro se inicia pela atividade dos mais ricos mercadores, estimulando maior desenvolvimento do comércio.²²⁹

O empreendedorismo cairia, todavia, numa “era de trevas” próximo ao colapso de Roma. Por mais de um século imaginou-se que o mesmo se teria dado por conta da regulação estatal. Todavia, como explicar que haviam sido os templos antigos que haviam justamente fornecido a estrutura institucional para o empreendedorismo florescer? De acordo com os mesmos autores (HUDSON e outros), o ponto chave está na mudança que transforma o empreendedorismo de “produtivo” para “expropriatório” (ou redistributivo), no caso, derivado da progressiva mudança do arranjo institucional da Idade do Bronze para o da Antiguidade clássica na Grécia e Roma.

Nesses últimos locais (Grécia, mas em especial em Roma) o colapso se teria dado pela captura da estrutura estatal por oligarquias que pouco a pouco utilizaram do seu poder para anular os instrumentos que até então haviam mantido certo equilíbrio entre devedores e credores, homens livre e escravos, patronos e clientes. Os herdeiros das fortunas realizadas anteriormente mediante o comércio passam, eles mesmos, a abandonarem as atividades produtivas, passando a gravitar em torno de formas corrosivas de empreendedorismo, tais como

²²⁸ HUDSON, ob.cit. pg. 12. In: BAUMOL, William; ... ob.cit.

²²⁹ “Opportunities for making Money evolved as a by-product of this mercantile role. In Old-Sumerian documents, Leemans (1950,11) notes, “damkara are only found as trades. But when private business began to flourish after the beginning of the third dynasty of Ur [2112-2004 BC], the *tamkarum* was the obvious person to assume the function of giver of credit”. By the time of Hammurabi’s Babylonian laws, in many cases “tamkarum cannot denote a traveling trader, but must be a maney-lender”. Leemand concludes (22): “The development from merchant into banker [that is, a moneylender or investor backing voyages and similar partnerships] is a natural one, and there is no essential difference between these two professions – surely not in Babylonia where in principle no distinction was made between silver (money in modern terms) and other marketable stuffs. In a society whose commerce is little developed, trade is only carried on by merchants, who buy and sell. But when commerce increases, the business of merchant assumes larger proportions”. HUDSON, idem.pgs 21-22.

a atividade militar, exploração financeira e contratos monopolísticos com o Estado²³⁰. A nova ética social das classes superiores considerava “constrangedor” lidar ativa e diretamente com o comércio, relegando-a para seus escravos ou subalternos, ou investiam todo o capital acumulado em terras, passando a viverem de rendas.²³¹

A atividade econômica propriamente dita torna-se sinônimo de algo relegado às classes inferiores, como realmente passa a ser. Por conta dos interesses e pela ética que orienta a classe oligárquica que comanda as funções públicas, observa-se a lei tornar-se cada vez mais orientada para proteção dos credores, redundando na cada vez maior expropriação da terra, somado ao aumento de impostos para sustentar essa mesma oligarquia. As classes inferiores empobrecem, alimentando um cenário que desagua na Guerra Social (133–29 BC), quando a República polariza-se definitivamente entre a aristocracia e a população empobrecida ou diminuída à condição de escravatura, pavimentando o caminho para o Império.

A Antiguidade, assim, encontra o ápice de sua decadência pelo profundo estrangulamento da atividade econômica, resultante da atividade parasitária (*rent-seeking* ou expropriatória), no caso, da elite romana. Com o dismantelamento do Império Romano, observa-se a fuga dos aristocratas para suas propriedades rurais, onde viveriam às custas do trabalho escravo empreendido em suas propriedades. Seriam necessários 1000 anos para que os então escravos subissem dessa condição para “servos” na Idade Média, e, por fim, que esses encontrassem maior autonomia frente os senhores feudais, como ocorreu na Inglaterra após a Peste Negra. “*The moral is that what is most important for society is the institutional set of*

²³⁰ Interessante notar que a mesma estratégia moderna de utilização do Estado para estabelecer uma fonte de renda segura, mediante contratos com o Poder Público, também é encontrável em Roma: “Moving westward from the Near East to the Mediterranean we find more predatory and corrosive economic strategies as society became more “individualistic”, that is, oligarchic. Yet even in Rome, where the links between positive commercial enterprise and the state were looser than elsewhere (Weber 1976, 316), the most successful entrepreneurial path was to work in conjunction with public institutions. Contracts for public works and services have been traced back to the fourth century BC, first to provide supplies for religious rituals, public building, and similar civic projects, and then for the operation of public enterprises (from fields to mines and workshops) and collection of public fees revenues. Provisioning the army soon became the largest category of contracts, along with collecting taxes from defeated lands.” HUDSON, ob.cit., pg25, In: BAUMOL e outros, ob.cit.

²³¹ “The oligarchic ethic preferred seizing wealth abroad to creating it at home. The major ways to make fortunes were by conquest, raiding and piracy, slave capture and slave dealing, moneylending, tax farming, and kindred activities more predatory than entrepreneurial. Gaining wealth by extracting it from others was deemed to be at least as noble (if not more so) than doing so commercially, which was deemed to be equally exploitative without the exercise of personal bravery. “When I was young it was safe and dignified to be a rich man,” complained Isocrates in Athens during that city-state’s struggles between democracy and oligarchy; “now one has to defend oneself against the charge of being rich as if it were the worst of crimes” (Antidosis 159–60, quoted in Humphreys 1978, 297). The result of this disparaging attitude is that although entrepreneurs stood at the economy’s fulcrum points—managing estates, organizing shipping and public construction, operating workshops, and provisioning armies—they worked in an environment less and less conducive to such activities over the course of antiquity, and sought to become more leisurely rentiers and philanthropists. The broad effect was to exhaust the regions absorbed into antiquity’s empires.” HUDSON, idem.pg. 15, In: Idem, idem.

rules and social values that govern how entrepreneurs gain wealth".²³²

"In the past decade the overall attitude toward institutional and cultural factors in the economics profession has changed. Once regarded as "soft" and "not amenable to measurement", institutions have more recently been recognized as important elements in explaining differences in economic attainment. In his pathbreaking work on the mediaval commercial revolution, Greif has shown the importance of "cultural beliefs" (1994; see also Greif 2005). Economists have shown remarkable ingenuity in measuring cultural factors and successfully relating them to economic development (see esp. Guiso, Sapienza, and Zingales 2006; Tabellini 2008). Economic historians have turned around and have begun to rethink the meaning of culture in changing economies, and to criticize the work of economists as well as other social scientists on culture (Jones 2006)."²³³

1.3. O papel das instituições políticas.

O papel da *política* para o desenvolvimento de instituições legais econômicas adequadas é igualmente debatido. Muitos economistas, segundo ALLEN, afirmam que o crescimento econômico seja o resultado da instituição de direitos de propriedade seguros e definidos, baixos impostos e menor interferência governamental. Governos arbitrários e estados inchados impedem o crescimento porque tendencialmente eles levam à corrupção, aumento excessivo de impostos, regulação, que por sua vez desaguam na queda dos incentivos a produzir. Tais teorias baseiam-se em evidências históricas que invocam que governos arbitrários como as monarquias absolutistas da Espanha e França, ou impérios como os da China, Roma e dos Astecas estrangularam a atividade econômica por proibirem o comércio internacional, insegurança dos direitos de propriedade e a própria segurança dos cidadãos. Afirmam que a mudança de um governo absolutista para a democracia é que leva à fragmentação do poder político, juntamente à fragmentação do poder econômico pela segurança das liberdades e instituições econômicas básicas.

Como já mencionado, o extenso trabalho realizado por vários pesquisadores autorizados²³⁴ à partir das traduções de registros cuneiformes enfatiza a importância da boa governança, somada ainda, ao papel do "Estado" quanto ao estabelecimento de um arranjo institucional que incentive o comércio. Destaca-se ainda, o papel positivo que o "Estado" pode possuir para a promoção e proteção do comércio e florescimento econômico-social.

ALLEN, por outro lado, enfatiza o processo engatilhado pela integração global na era dos Descobrimentos, auxiliando a inovação tecnológica, educacional, políticas econômicas

²³² HUDSON, ob.cit, pg. 15, In: BAUMOL, William; LANDES, David S.; MOKYR Joel (org.). *The Invention of Enterprise: Entrepreneurship from Ancient Mesopotamia to Modern Times*. Princeton University Press, 2010.

²³³ MOKYR, Joel. *Entrepreneurship and the Industrial Revolution in Britain*. pg.183, In: Idem, idem.

²³⁴ MOKYR, Joel. Idem, pg. 183, In : BAUMOL, William; LANDES, David S.; MOKYR Joel (org.), ibidem.

adotadas pelos países exportadores e investimento em transportes e meios de comunicação. Países que se somaram posteriormente ao clube dos países ricos como Japão, Taiwan, Coréia do Sul e, talvez China, o fizeram graças à inovação. Não acredita, portanto, que haja uma correlação direta entre democracia e crescimento econômico. Na esfera política, o mais essencial seria a promoção de ordem, paz e boa governança²³⁵. Todavia, não nega a importância dos arranjos institucionais na esfera interna, ao lado da política econômica externa.

Observe-se, todavia, que esse Autor não enfrenta questões de ordem microeconômica, focando apenas nas políticas macroeconômicas. Não explica, por exemplo, como surgem as inovações, pois a mera política econômica externa não explica, por exemplo, porque em Portugal e Espanha não se observaram as mesmas inovações ocorridas na Inglaterra e Estados Unidos; de forma que o papel da garantia legal dos direitos econômicos e da propriedade intelectual (como o caso das patentes) ainda demonstram maior importância para o fenômeno da inovação que fatores macroeconômicos. Conforme demonstram ACEMOGLU e ROBINSON, as patentes de alguns dos produtos mais revolucionários que alimentaram a revolução industrial foram resultado de esforços individuais que, sem a mudança institucional, perderiam-se.²³⁶ No mesmo sentido, BAUMOL e outros, com base nas descobertas das atividades econômicas no mundo antigo destacam como um sistema que proteja a inovação e contratos axilia o florescimento do empreendedorismo, reverberando ganhos de prosperidade por toda a sociedade. *“We gain a greater understanding of the institutions that drive entrepreneurship, from contract law to the patent system.”*²³⁷

ACEMOGLU e ROBINSON afirmam que a fragmentação do poder político seria o primeiro passo para a implantação de instituições econômicas inclusivas. O círculo virtuoso engatilhado por instituições político-econômicas inclusivas seria a melhor descrição teórica para explicar o desenvolvimento, inclusive o desenvolvimento tecnológico.

As “organizações inclusivas” seriam aquelas que promovem instituições econômicas inclusivas, como os direitos de propriedade; essas estimulam a inovação e protegem os trabalhadores da exploração e da miséria. Seu oposto seriam as “instituições político-econômicas extrativistas,” que por sua vez, visam obter a inovação econômica e a “destruição criativa” dela derivada e provocada pelas instituições econômicas inclusivas, uma vez que a riqueza disseminada pela sociedade pode solapar as bases do poder político concentrado na

²³⁵ Nesse sentido, cita as pesquisas concernentes ao florescimento econômico ocorrido sob o domínio de monarquias absolutistas Orientais. Observa-se que sob tais domínios o comércio floresceu, e, como resultado, houve a especialização da mão-de-obra, levando ao aumento produtivo, que, por sua vez, elevou a renda média, no que é chamado de “smithian growth”. ALLEN, ob.cit., pgs 15 e 16.

²³⁶ Cf: ACEMOGLU, ROBINSON, ob.cit.

²³⁷ BAUMOL, William; LANDES, David S.; MOKYR Joel ob. cit., prefáceo, pg. viii.

mão de poucos.

Douglass North desenvolveu seu modelo teórico com base em um extenso trabalho histórico, concluindo que as instituições formais e informais podem desencadear o desenvolvimento econômico ao liberarem o potencial bruto da sociedade. A diferença entre o trabalho de ACEMOGLU e ROBINSON e o de NORTH consiste que os primeiros acreditam que para esse desenho institucional ser criado faz-se necessário, primeiramente, uma fragmentação do poder político e econômico (enquanto que tal questão não é abordada por NORTH). Desta forma, mediante um processo incremental, a fragmentação do poder pode criar instituições políticas que canalizem e reforcem o processo de fragmentação do poder político e econômico no seio da sociedade, até se chegar à consolidação desse processo pela cristalização de instituições econômicas garantidas a todos, como direitos de propriedade, acesso universal à Justiça e direitos fundamentais, ou seja, instituições econômicas *inclusivas*.

Os autores argumentam que o crescimento econômico no contexto de instituições políticas *extrativistas* é baseado na alocação forçada dos recursos mediante instituições políticas, não pelas leis econômicas. Destacadamente, impedem-se os processos da inovação e da “destruição criadora” descrito por SCHUMPETER (o colapso de alguns setores defasados para que outros mais eficientes possam surgir), e tal modelo cedo ou tarde esgota-se. Consequentemente, o *crescimento sustentável* e por longo período é possível apenas na presença de instituições político-econômicas inclusivas que permitam o processo da “destruição criadora”.

Amartya Sen, sem estabelecer uma ordem de prioridade entre seara política e instituições econômicas, afirma existirem fartas evidências de que liberdades econômicas e liberdades políticas “reforçam-se mutuamente”²³⁸, assim como eleva a qualidade de vida geral (coincidindo com a satisfação dos direitos sociais fundamentais), devendo, por isso, tais considerações fazerem parte de uma abordagem que se pretenda completa para o atingimento de qualidade de vida para todos.²³⁹ Coerentemente, defende uma abordagem de

²³⁸ In: *Desenvolvimento como Liberdade*, ob. cit. pg. 10.

²³⁹ Amartya Sen possui uma abordagem sobre o papel dos mercados que expressa a também adotada na presente pesquisa: “A liberdade de participar do intercâmbio econômico tem um papel básico na vida social. A finalidade dessa consideração muitas vezes negligenciada é não negar a importância de julgar o mecanismo de mercado de um modo abrangente, com todos os seus papéis e efeitos, inclusive os de gerar crescimento econômico e, em muitas circunstâncias, até mesmo, até mesmo a equidade econômica. Também temos de examinar, por outro lado, a persistência de privações entre segmentos da comunidade que permanecem excluídos dos benefícios da sociedade orientada para o mercado, e os juízos, inclusive as críticas, que as pessoas podem fazer sobre diferentes estilos de vida e valores associados à cultura dos mercados. Na visão do desenvolvimento como liberdade, os argumentos de diferentes lados têm de ser apropriadamente considerados e avaliados. É difícil pensar que qualquer processo de desenvolvimento substancial possa prescindir do uso muito amplo de mercados, mas isso não exclui o papel do custeio social, da regulamentação pública ou da boa condução dos negócios do Estado quando eles podem enriquecer – ao invés de empobrecer – a vida humana. A abordagem aqui adotada propõe um modo mais

desenvolvimento global como “processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam”.²⁴⁰

Como visto, por essa pequena amostragem, as diferentes teorias tocam diferentes dimensões da dinâmica de processos sociais, econômicos e políticos, destacando ora a prevalência de um fenômeno como prioritário na ordem dos fatos, ou ao menos admitindo um processo dinâmico de reforço mútuo sendo indiscernível estabelecer os fatores de prioridade. Podemos afirmar que ao menos todos os autores citados concordam que um arranjo institucional mínimo se deve fazer presente: boa governança, direitos de propriedade claros e protegidos pela *rule of law*, ordem social e institucional, uma relação relativamente equilibrada entre absorção da riqueza da sociedade pelo Estado e seu retorno em serviços. Um conjunto mínimo de liberdades econômicas constitui *conditio sine qua non* para o crescimento e para a construção de uma rede protetiva social, a qual, por sua vez, pode impulsionar um novo processo de crescimento pela capacitação da população.

Outra conclusão, a qual emerge dos dados aqui colacionados, refere-se ao fato que, em comum, todos os autores consideram o crescimento econômico como parte integrante e, até mesmo, primordial para o desenvolvimento como um todo.

1.4. Hipótese da ignorância

De acordo com essa teoria, países pobres o são por conta do desconhecimento de seus governantes quanto à fórmula ideal para liberar o desenvolvimento da população.

O famoso Primeiro Teorema do Bem-Estar Social identifica as circunstâncias em que a alocação de recursos em uma economia de mercado torna-se, do ponto de vista econômico, desejável socialmente. Se tal situação não se fizer presente, surge uma “falha de mercado”. Tais falhas constituem base de uma teoria da desigualdade no mundo, uma vez que, quanto mais as falhas se acumularem na economia de um país, mais estagnado e empobrecido ele será. A “hipótese da ignorância” sustenta que países pobres o são porque seus governantes ou elites intelectuais não saberiam como corrigirem as falhas de mercado.

Seria realmente correto supor que todos os países pobres o são porque seus governantes partam de premissas erradas para solucionarem os problemas econômicos de seus países? Em parte, sim. No Brasil, vivenciamos muitos planos econômicos frustrantes e debilitantes até o Plano Real. Todavia, a ignorância explica apenas uma parcela da desigualdade

amplo e mais inclusivo de ver os mercados do que o frequentemente invocado, seja para defender, seja para criticar o mecanismo de mercado.” *Desenvolvimento como Liberdade*, pgs. 21-22.

²⁴⁰ SEN, Amartya, idem, pg 16.

econômica entre os países.

Essa teoria poderia ser a princípio um sub-tema da teoria cultural, mas possui desdobramentos específicos que revelam o real obstáculo ao desenvolvimento econômico-social dos povos: em geral, suas elites políticas e econômicas (especialmente quando constituem o mesmo grupo) não possuem o interesse para tal. Mais especificamente, a *estrutura de incentivos* a qual as elites da maior parte dos países estão sujeitas é diversa da qual se encontram as suas respectivas populações. Enquanto a população possui o interesse de maior participação econômica e respeito aos seus direitos de propriedade e segurança jurídica, as elites políticas possuem o interesse de se manterem no poder, lançando mão da utilização das riquezas nacionais para tanto, solapando assim os direitos de propriedade para expropriarem a população. Essa é a teoria que perpassa a obra de ACEMOGLU e ROBINSON.²⁴¹

Poder-se-ia afirmar que, com base no extenso estudo dos aludidos autores, a história econômica dos povos desde a Antiguidade constituísse uma longa cadeia de uma “luta de classes”, mas essas classes não são as da teoria marxista, antes entre elites *políticas* e a população, e quando essa última conseguiu obter um arranjo institucional que oferecesse segurança e estabilidade para suas relações e direitos de propriedade, então a economia da nação pôde entrar num processo de desenvolvimento econômico sustentável.

Vejamos, por exemplo, o caso de Gana após a independência da Inglaterra, como experimentou um declínio econômico contínuo. Inicialmente, a causa apontada seriam as políticas econômicas de estímulo à indústria estatal empreendidas pelo governo de Kwame Nkrumah. Os investimentos foram claramente irracionais, com instalações em posições geográficas que desrespeitavam qualquer bom-senso da logística, ou ainda investimentos na produção de bens além da capacidade de absorção do mercado.

“A fábrica de calçados [...] pelo transporte de couro teria ligado a fábrica de carne no norte [através de uma distância de mais de 800 quilômetros), a um curtume no sul, atualmente abandonado; o couro seria então levado de volta para a fábrica de calçados em Kumasi, na área central do país, a cerca de 320 quilômetros do curtume. Uma vez que o principal mercado consumidor fica na região metropolitana de Acra, os sapatos teriam de voltar para o sul, sendo transportados por mais de 320 quilômetros”.²⁴²

Esse relato, do economista britânico Tony Lillick – então atuando como consultor do governo ganês – poderia levar à conclusão que se tratava de mero erro estratégico. Todavia, não é essa a leitura de Acemoglu e Robinson ao cruzarem as decisões econômicas de Kwame Nkrumah com o equilíbrio político de forças que ele perseguiu para se manter no poder.

²⁴¹ ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Por que as Nações Fracassam: As origens do Poder, da prosperidade e da pobreza*. ob.cit.

²⁴² ACEMOGLU e ROBINSON, idem, pg 51.

Kwame estava mais que ciente de que suas políticas não eram acertadas do ponto de vista sócio-econômico, entretanto, eram necessárias para angariar o apoio político necessário para sustentar seu regime autoritário, pelo beneficiamento econômico de alguns setores sociais.

O sucessor de Kwame, Kofi Busia, ascendeu ao poder em 1969, passou pela mesma experiência, utilizando instituições do Estado para canalizar a riqueza da sociedade para os grupos que lhe davam sustentação política. Uma política de controle de preço dos alimentos, por exemplo, manteve satisfeita a população urbana por conta dos alimentos baratos, apoiadora de Kofi, além de gerar uma renda extra ao governo por um período. Entretanto, a agricultura foi esmagada, e tal política não seria sustentável por muito tempo. Essa, assim como outras medidas visando mascarar a real situação da economia – como o severo controle cambial – levaram o país à bancarrota em 1971, quando então necessitou pedir ajuda ao Fundo Monetário Internacional, redundando na queda de Kofi Busia quando acabaram as políticas econômicas que mantinham uma situação artificial de beneficiamento da população urbana às custas da população rural.²⁴³

2. Relação entre instituições e desenvolvimento econômico-social: evidências históricas.

O interesse de nosso trabalho é compreender de forma um pouco mais aprofundada o papel da lei no processo de desenvolvimento econômico equânime, tendo em vista a importância desse processo para a plena concretização dos direitos sociais fundamentais. As teorias institucionais, especialmente as da “Nova Economia Institucional”, podem, se não solucionar completamente o “mistério” do desenvolvimento, trazerem vários *insights* que, juntamente com outros valores, auxiliem no aperfeiçoamento do arcabouço institucional.

A partir dos trabalhos de NORTH, originou-se uma nova Teoria da História, conhecida como *Historical Institutionalism*, a qual, por sua vez, constitui uma abordagem empírica que busca compreender grandes processos históricos sequenciais de comportamentos sociais, políticos, culturais e econômicos através de grandes períodos históricos, mediante a focalização das instituições políticas e econômicas.²⁴⁴

Entre as pesquisas que passaram a surgir com base nessa abordagem, são aqui trazidas a de ACEMOGLU e ROBINSON, baseada em 15 anos de pesquisas, cujos achados enfatizam

²⁴³ ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James, ob.cit. pg 52.

²⁴⁴ Tal abordagem vem sendo bastante utilizada em especial na ciência política, além da já aludida abordagem econômica. Cf: Sven Steinmo, *What is Historical Institutionalism?* In: *Approaches in the Social Sciences*, Donatella Della Porta and Michael Keating eds., Cambridge UK: Cambridge University Press, 2008. Adam Sheingate, Tullia G Falleti, Adam Sheingate, *The Oxford Handbook of Historical Institutionalism*, Oxford University Press, 2016; Sven Steinmo, Kathleen Thelen, *Structuring Politics: Historical Institutionalism in Comparative Analysis*; Princeton University, New Jersey, 1992.

os mecanismos pelos quais direitos econômicos engatilham um processo que se retroalimenta, batizado como “círculo virtuoso”. Tem-se também o recentíssimo trabalho de um conjunto de pesquisadores que constitui o mais amplo estudo sobre “empreendedorismo” na história, cobrindo um período de 5 mil anos, com vistas a procurar isolar o peso do arcabouço institucional na iniciativa dos indivíduos empreenderem: *The Invention of Enterprise: entrepreneurship from ancient Mesopotamia to Modern Times* (BAUMOL et. All).

Um fato que sempre chamou a atenção dos economistas constitui a relativa perenidade do processo de desenvolvimento econômico observado nos países desenvolvidos: a lista dos países mais ricos e a dos países mais pobres não sofre grandes variações se retrocedermos 30, 50 até 100 anos – sem olvidar dos processos de diminuição da pobreza já mencionados.²⁴⁵

Foi por conta dessa aparente imutabilidade que algumas teorias tentaram explicar o desenvolvimento econômico metonimicamente, ou seja, tomando um aspecto compartilhado pelos países desenvolvidos e tomando-o como fator explicador do processo como um todo, daí terem surgido teorias culturais, étnicas, etc. Todavia, apesar da grande persistência dos padrões de prosperidade observáveis, eles não são cristalizados e nem imutáveis. Primeiramente, a grande disparidade de renda entre os países remonta ao final do sec. XVIII, no rastro da revolução Industrial, ou seja, trata-se de um fenômeno relativamente recente na História Humana, não devendo ser tomado como irreversível. Em segundo lugar, países totalmente desprovidos de riquezas ou de uma posição geográfica privilegiada – como afirmavam antigas teorias econômicas serem condições *sine qua non* – experimentaram o mesmo desenvolvimento econômico sustentável no tempo como as primeiras nações que se industrializaram historicamente, atingindo níveis de riqueza e de IDH dos mais altos no planeta, como Cingapura e Coréia do Sul, além de continuados processos de desenvolvimento econômico observados em países que, além de nem remotamente se assemelharem com os tradicionais países desenvolvidos, emergiram de situações dramáticas, como Ruanda.

A teoria dos aludidos autores consiste numa aplicação da teoria institucional. Segundo eles, “*para compreender as desigualdades no mundo, é preciso entender porque algumas sociedades são organizadas de maneiras muito ineficazes e socialmente indesejáveis. Os países,*

²⁴⁵ “O segmento inferior da distribuição da renda mundial apresenta um quadro tão agudo e peculiar quanto o superior. Se, ao contrário, fizermos uma lista dos 30 países mais pobres do mundo atual, constataremos que quase todos se encontram na África subsaariana – apesar de que a concentração da população mais pobre concentra-se na Índia e China, com a evolução já descrita no capítulo 1. A estes se juntam países como Afeganistão, Haiti e Nepal, que mesmo não se situando na África, tem um elemento crítico em comum com as nações africanas. Se voltássemos 50 anos no tempo, os 30 países mais ricos e mais pobres não seriam muito diferentes. Cingapura e Coreia do Sul não figurariam entre os mais ricos e haveria outros entre os mais pobres, mas a situação geral que se apresentaria seria notavelmente consistente com o que vemos atualmente. Voltando 100, 150 anos, ainda haveria a mesma relação.” ACEMOGLU, ROBINSON, ob.cit, pg. 35.

às vezes, conseguem adotar instituições eficientes e alcançar a prosperidade – mas infelizmente, são casos raros.” Estas sociedades estariam organizadas de uma forma que a *estrutura de incentivos* não permite nem incentiva os indivíduos a desenvolverem totalmente suas capacidades, por conseguinte, a coordenação social mantém-se rudimentar ou, no caso de países emergentes, ainda subeficientes. Logo, analisar-se a questão da pobreza ou riqueza sob a perspectiva única da ciência econômica pura seria insuficiente, pois sem se alterarem as instituições que regem os países pobres também não se alterarão os resultados obtidos por suas sociedades. Ainda que se injetem recursos financeiros, os efeitos serão passageiros.

A diferença entre a teoria de ACEMOGLU e ROBINSON da de NORTH consiste que os primeiros inovam ao compreenderem que os arranjos institucionais que permitam a plena participação econômica da população só podem ser produzidos mediante um *pacto político* resultante do embate de inúmeras forças antagônicas operando na sociedade.²⁴⁶ O que, subintende-se que tais forças existam e que elas em certa medida sejam representativas dos interesses mais amplos da população. Todavia, para tais forças emergirem, faz-se necessário que um início de pulverização do poder econômico entre a população prepare o caminho para a independência dos indivíduos das estruturas políticas que os mantêm num estado de dependência, de forma que as instituições políticas inclusivas surjam, fomentando então uma estrutura de incentivos que leve ao desenvolvimento sócio-econômico sustentável.

Já para BAUMOLL e outros, além da estrutura institucional, deve existir também uma cultura condutiva ao empreendedorismo. Para os autores, o “acordo básico” social que daria origem à estrutura institucional formal mais aberta residiria no arranjo institucional informal – valores e crenças – que se mostrasse receptivo e valorizasse o empreendedorismo do tipo *produtivo*, impedindo o florescimento do empreendedorismo do tipo *predatório* (entendido como toda atividade predatória, desde a criminalidade até grupos de pressão atrás de verbas públicas).

Todavia, todos os aludidos autores convergem no reconhecimento da relevância do conjunto institucional que rege a sociedade, e que o surgimento de um conjunto institucional mais inclusivo é resultado de um processo histórico longo, de pequenas mudanças incrementais que redundam em processos que alavancam as mudanças seguintes. Foi esse processo que os autores observaram, por exemplo, na Inglaterra.

²⁴⁶ “Defendemos que a conquista da prosperidade depende da resolução de certos problemas políticos básicos. É exatamente a partir do pressuposto de os problemas políticos já foram solucionados que a economia torna-se incapaz de apresentar uma explicação convincente das desigualdades mundiais. Para explicá-las, a economia ainda terá de compreender como os diferentes tipos de políticas e acordos sociais afetam os incentivos e comportamentos econômicos” ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James, ob. cit., pg. 53.

2.1. Inglaterra e a Revolução Industrial.

O encadeamento de mudanças institucionais de pequena monta, mas incrementais, levando a contínua fragmentação do poder político, teria sido o motivo pelo qual a Revolução Industrial teria ocorrido na Inglaterra segundo ACEMOGLU e ROBINSON. Alguns eventos teriam permitido a ascensão de novas liberdades econômicas que, num processo de retroalimentação, redundaram em maiores direitos políticos e econômicos para uma parcela continuamente mais ampla da população.

Por exemplo, a pressões sociais derivadas da Peste Negra. Após essa epidemia, ocorre uma severa queda do número de servos, de forma que a lei da “oferta e da procura” força o aumento dos preços do trabalho exigido pelos vassalos sobreviventes²⁴⁷. A aristocracia tentou resistir, procurando manter artificialmente o valor dos mesmos a níveis anteriores à da Peste Negra. Tais medidas redundaram na revolta dos Camponeses, em 1381. Os efeitos dessa revolta foram o primeiro passo para o definhamento do sistema feudal, pois resultou num afrouxamento das relações de vassalagem.²⁴⁸ Surgem pequenas mudanças institucionais que já levam a, por exemplo, a população inglesa poder aproveitar os frutos do comércio marítimo de forma mais equitativa e produtiva que a população espanhola, em que pese o enorme afluxo de recursos recebidos por essa última.²⁴⁹

O acúmulo de pequenas mudanças e na fragmentação do poder atingiriam o ápice na Revolução Gloriosa. Com ela, restringiu-se o poder do Monarca, deslocando para o Parlamento a possibilidade de determinar as instituições econômicas. Ao mesmo tempo, abriu o sistema político para um amplo corte transversal da sociedade, aumentando a parcela da população

²⁴⁷ ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James, ob. cit., pgs 77 e ss.

²⁴⁸ ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James, idem, pg. 78.

²⁴⁹ Destaca-se que num ponto se observa certa convergência entre a teoria de ALLEN – que aponta o início do processo de globalização, em decorrência dos Descobrimentos – e a teoria da fragmentação do poder político-econômico aqui em tela. Segundo ACEMOGLU, graças ao comércio marítimo começaram a se formar um grande grupo de comerciantes prósperos e sem muitos vínculos com a Coroa, ao contrário do que se deu na Espanha ou na França. Os comerciantes ingleses incomodavam-se com o controle régio e reivindicavam mudanças nas instituições políticas e restrição das prerrogativas reais – de forma que desempenhariam um importante papel tanto na Guerra Civil inglesa quanto na Revolução Gloriosa, rompendo o equilíbrio de poder político ou econômico até então existente, dando início ao processo de contínua transformação da sociedade, ou ao “círculo virtuoso”. Todavia, deve-se ressaltar que naquele momento, entre Inglaterra e a Espanha, os arranjos institucionais já existentes em cada país permitiram que as populações respectivas usufruíssem de formas diferentes das divisas trazidas pelo comércio marítimo.

Enquanto que, na Espanha:

“Na Espanha, os processos geradores de progresso econômico e mudança institucional não tiveram lugar. Depois da descoberta das Américas, Isabel e Fernando organizaram o comércio entre suas novas colônias e a metrópole em torna de uma guilda de mercadores de Sevilha – os quais, com controle de todo o comércio, cumpririam a função de assegurar que a Coroa tivesse o seu filão na riqueza das Américas. Não havia comércio livre com nenhuma das colônias, e a cada ano uma grande frota chegada a Sevilha carregada de metais preciosos e bens valiosos do novo continente. A estreita base desse comércio monopolizado impedia que, a partir de oportunidades comerciais com as colônias, uma ampla classe de mercadores se estruturasse.”Ibidem, ibidem, pg. 171.

capaz de exercer considerável influência sobre o funcionamento do Estado. A Revolução Gloriosa teria sido “*a pedra angular de uma sociedade pluralista*”: ela “*criou o primeiro conjunto de instituições políticas inclusivas do mundo*”.²⁵⁰

Por conseguinte, as instituições econômicas também ganharam *momentum* para se tornarem ainda mais inclusivas. Nem a escravidão nem as rígidas restrições econômicas do período medieval feudal, como a servidão, existiam na Inglaterra no princípio do século XVII. Não obstante, ainda havia muitas restrições às atividades econômicas. Ela se manifestava não só na restrição aos direitos de propriedade intelectual, mas, sobretudo, na forma de monopólios, os quais eram concedidos pelo Monarca mediante acordos políticos. Em 1621, constavam mais de 700:

“(…) em uma casa construída com tijolos monopolizados, com janelas [...] de vidro monopolizado; aquecia-se com carvão monopolizado (na Irlanda, lenha monopolizada), que ardia em uma grelha forjada em ferro monopolizado. [...] Lavava-se com sabão monopolizado, e às roupas com goma monopolizada. Vestia-se com rendas monopolizadas, tecidos monopolizados, couro monopolizado, fios de ouro monopolizados. [...] Suas roupas eram seguras por cintos monopolizados, botões monopolizados, alfinetes monopolizados, e tingidas com corantes monopolizados. Comia manteiga monopolizada, vinagre monopolizado. [...] Escrevia com penas monopolizadas, em papel de carta monopolizado; lia (com óculos monopolizados, e à luz de velas monopolizadas) livros de impressão monopolizada”²⁵¹

Ademais, a maior parte da terra estava submetida a formas arcaicas de direitos de propriedade, que impossibilitavam sua venda e faziam dela um investimento demasiadamente arriscado. O Estado determinava impostos arbitrários e manipulava o sistema legal. Essa situação passou a ser sistematicamente revista após a Revolução Gloriosa:

“O governo adotou uma série de instituições econômicas que ofereciam incentivos ao investimento, comércio e inovação. Os direitos de propriedade, inclusive patentes que concediam direitos sobre ideias, foram assegurados com firmeza, estimulando assim a inovação. O Estado começou a garantir a lei e a ordem, e a lei inglesa passou a valer para todos os cidadãos – algo que não tinha precedentes históricos. Os tributos arbitrários foram descontinuados, sendo abolidos quase por completo. O Estado promovia agressivamente as atividades mercantis e trabalhava na promoção da indústria nacional (....). Ao racionalizar os direitos de propriedade, facilitou a construção de infraestrutura – sobretudo estradas, canais e, mais tarde, ferrovias – que se provaria crucial para a expansão industrial”²⁵²

Não seria coincidência, portanto, que a Revolução Industrial tenha iniciado na Inglaterra *poucas décadas* após a revolução Gloriosa. Sabendo-se o papel que a inovação exerce para o processo de desenvolvimento econômico sustentável, fica claro que até então o

²⁵⁰ ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James, ob. cit., pgs 80.

²⁵¹ HILL, Christopher. *The century of revolution*, Nova Iorque: WW Norton e Co, 1961, IN: ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James, ob. cit., pgs 147.

²⁵² ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James, idem,pg. 81.

poder inovador da população estava represado, tendo sido liberado com instituições econômicas mais eficientes e inclusivas. Registros históricos demonstram casos de tentativas fracassadas de obtenção do reconhecimento junto à Monarquia dos direitos de propriedade por parte de inventores, muito tempo antes da Revolução Industrial, mas sem obterem sucesso²⁵³.

A revolução Gloriosa pôde ocorrer por conta das diversas forças que estavam emergindo na sociedade, graças às oportunidades econômicas até então geradas. Seriam as pequenas diferenças institucionais que realmente fariam a diferença na Europa; elas favoreceriam a Inglaterra, por ser lá que a ordem feudal havia cedido lugar, de maneira mais abrangente, para proprietários rurais de mentalidade mais comercial e centros urbanos independentes nos quais mercadores e industriais tiveram a oportunidade de florescer. Esses grupos já reivindicavam de seus monarcas direitos de propriedade mais seguros, diferentes instituições econômicas e voz política, em um processo que chegaria ao *clímax* no século XVII. De forma que, em 1688, as instituições políticas inglesas rumavam para um pluralismo muito maior do que as da França e Espanha. Ressalte-se que o nível educacional que a população apresentava então também foi um elemento importante, por conta do já mencionado estímulo à leitura e ao desenvolvimento das capacidades cognitivas estimuladas pelo Protestantismo.²⁵⁴

Por outro lado, a centralização política e emergência do Estado nacional²⁵⁵ também foi

²⁵³ “Sempre existiram inventores por toda a história da humanidade. Mas somente no ambiente gerado pelas instituições econômicas inclusivas surgidas na Inglaterra “grandes inventores como James Watt (que aprimorou o motor a vapor), Richard Arkwright (inventor de uma máquina de fiar algodão hidráulica) e Isambard Kingdom Brunel (construtor de vários navios a vapor revolucionários), puderam aproveitar as oportunidades econômicas geradas por suas ideias, confiando em que seus direitos de propriedade seriam respeitados, e tiveram acesso a mercados nos quais suas inovações poderiam ser vendidas e utilizadas de maneira rentável.” ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James, ob. cit., pg. 81. Também nesse sentido: BAUMOL e outros, *The invention...* ob.cit.

²⁵⁴ “As competências deram também sua contribuição, à medida que foram os níveis relativamente altos de educação, pelo menos pelos padrões da época, que possibilitaram a emergência de empreendedores dotados de suficiente visão para empregar as novas tecnologias em seus negócios e procurar trabalhadores com as habilidades necessárias para manejá-las”. ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James, idem, pg 81. O nível educacional então existente entre a população dos países europeus onde se observou crescimento econômico após a Revolução Industrial é destacado por PEYREFYTTE, In: PEYREFYTTE, Alain. *A sociedade da Confiança*. Tradução Maria José Figueiredo. Coleção Economia e Política, Instituto Piaget: Lisboa, 1995.

²⁵⁵ O Primeiro Parlamento eleito foi em 1265. Apesar de composto por nobres feudais, “o Parlamento inglês desenvolveu duas peculiaridades. Primeiro, representava não só as elites mais próximas e aliadas ao rei, mas também um amplo leque de interesses, inclusive a pequena aristocracia, cujos integrantes se dedicavam a ofícios distintos, como o comércio e a indústria, e, mais tarde, os “fidalgos”, uma nova classe de proprietários rurais comerciantes que ascenderam socialmente”. Assim, o Parlamento veio conferir poder e representatividade a uma seção bastante ampla da sociedade, pelos padrões de então. Em segundo lugar, e como consequência direta da primeira característica, o Parlamento mostrou-se contrária a toda tentativa da Coroa inglesa de aumentar seu poder, impermeável que estava a qualquer tentativa de cooptação. Tais características levaram a desdobramentos nos séculos seguintes que conferiram ao Parlamento um real poder frente à Coroa, mesmo no processo de fragmentação do feudalismo (pela emergência do mercado de trabalho) e pelo aumento do poder central, em razão da desmilitarização da aristocracia (à partir de 1485) e rompimento com a Igreja Católica (por Henrique VIII). Na Inglaterra, no final do sec. XV e durante todo o sec. XVI viram-se os esforços de diversos grupos no sentido de ampliar o poder do Parlamento, e assim se servir de contra-peso ao processo de centralização do poder estatal na monarquia.” ACEMOGLU, *ibidem*, pg 146.

necessário para a emergência das instituições econômicas inclusivas²⁵⁶, dado que uma certa centralização política demonstrou a capacidade de dar estabilidade e segurança às relações sociais.

2.2. Direitos de propriedade intelectual e o processo de “destruição criadora”

Como mencionado, na história inglesa podem ser encontradas tentativas de reconhecimento de direitos de patente negadas pela Coroa inglesa, indicando o potencial de inovação tecnológica que era mantido artificialmente obstaculizado.

A história de William Lee exemplifica essa dinâmica.

William Lee torna-se pároco no ano de 1583 em Calverton, Inglaterra, após seus estudos na Universidade de Cambridge. Nessa mesma época ele teve a intuição a respeito da possibilidade de uma máquina de tricô que pudesse libertar as pessoas do penoso e longo trabalho de confecção de peças de vestuário de lã. Essa ideia o consumiu por completo, levando-o a estudos e seguidas tentativas. Em 1589, a primeira máquina têxtil do mundo surgia. Entusiasmado, ele se dirigiu a Londres, na esperança de conseguir uma audiência com Elizabeth I para mostrar-lhe o quanto a máquina poderia ser útil e solicitar e, assim, solicitar uma patente. Procedeu a despesas relativamente consideráveis, se considerarmos que ele “alugou um prédio para montar a máquina e, com o auxílio de seu representante local no Parlamento, Richard Parkyns, foi apresentado a Henry Carey, Lorde Hundson, membro do Conselho Privado da rainha.” William Lee conseguiu uma audiência, todavia, a concessão do direito de patente foi negada pessoalmente pela Rainha sob a justificativa de que a invenção levaria à “perda de empregos” e pobreza. O inventor ainda mudou-se para a França, a fim de lá tentar sua sorte, mas tendo também ali fracassado. Retornou à Inglaterra para requerer a patente

²⁵⁶ “Havia também um feedback positivo dinâmico entre as instituições políticas econômicas inclusivas que tornava atraente esse curso de ação. As instituições econômicas inclusivas acarretavam o desenvolvimento de mercados inclusivos, induzindo a uma alocação de recursos muito mais eficiente, maior estímulo ao investimento em educação e desenvolvimento de competências e inovações contínuas em tecnologia. Todas essas forças estavam em ação na Grã-Bretanha de 1831. Sufocar as reivindicações populares e promover um golpe contra as instituições políticas inclusivas destruiria também esses ganhos, e as elites que se opunham a uma maior democratização e inclusão provavelmente acabariam figurando entre os que perderiam suas fortunas em consequência dessa destruição. Outro aspecto desse feedback positivo é que, sob instituições políticas e econômicas inclusivas, o controle do poder perdia centralidade. (...). Em contrapartida, na Grã-Bretanha do começo do século XIX, graças ao desenvolvimento de instituições econômicas inclusivas, havia muito menos em jogo: não havia servos, a coerção no mercado de trabalho era relativamente pequena e poucos monopólios eram protegidos por barreiras alfandegárias. Agarrar-se ao poder teria sido muito menos rentável para a elite britânica.”(...)“As instituições econômicas inclusivas levam a uma distribuição de recursos mais equitativa que as extrativistas. Desse modo, conferem mais poder aos cidadãos de modo geral e criam, assim, condições mais igualitárias mesmo no tocante à disputa de poder – o que torna mais difícil para uma pequena elite emagrar as massas em vez de ceder às suas demandas.” ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James, ob. cit.,pg 244.

ao rei Jaime I (1603-1625), sucessor de Elizabeth, recebendo, entretanto, a mesma recusa.²⁵⁷

Segundo a interpretação dos pesquisadores, a verdadeira razão que motivava a recusa dos monarcas era o temor da desestabilização política que poderia advir da mecanização, os desdobramentos que tal inovação poderia trazer ao cenário político, e eventualmente, ao próprio poder real.

O processo de “destruição criadora”, formulado por Schumpeter, é utilizado pelos autores para descrever o processo de alteração do poder político e econômico que as instituições econômicas liberalizantes desencadeiam. O crescimento econômico, se induzido pela ampla participação de vários agentes econômicos, induz a rotatividade entre aqueles que ocupam a posição de liderança econômica. A Revolução Industrial girou em torno de uma série de inovações tecnológicas nos campos da energia a vapor, transporte e produção têxtil. Por mais que a mecanização resultasse em gigantescos aumentos das rendas totais, e, em última instância, constituísse o fundamento da moderna sociedade industrial, sofreu a ferrenha oposição de muitos: aqueles que perderiam posições de vantagens garantidas por arranjos institucionais.

Com efeito, a oposição ao crescimento econômico possui sua lógica interna. O crescimento econômico e a mudança tecnológica são acompanhados do que SCHUMPETER chamou de “destruição criadora”: substituem o velho pelo novo. Novos setores atraem os recursos dos antigos, novas empresas absorvem os negócios daquelas já estabelecidas, novas tecnologias tornam obsoletas as competências e equipamentos existentes.²⁵⁸

“Não obstante o sucesso e o fracasso de grupos específicos, uma lição está clara: grupos poderosos em geral se opõem ao progresso econômico e aos motores da prosperidade.²⁵⁹ O crescimento econômico não é apenas um processo de mais e melhores máquinas, e mais gente com acesso a melhor educação, mas é também um processo transformador e desestabilizador, associado à destruição criativa. O crescimento só avança, pois, se não for bloqueado pelos derrotados na esfera econômica, prevendo o fim de seus privilégios nessa área, e na esfera política, temendo a erosão de seu poder nesse campo.”²⁶⁰

²⁵⁷ ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James, ob. cit. pg 143-144.

²⁵⁸ ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James, idem. pg 66.

²⁵⁹ “A história europeia constitui um vívido exemplo das consequências da destruição criativa. Às vésperas da Revolução Industrial, no séc. XVIII, os governos da maioria dos países europeus eram controlados por aristocracias e elites tradicionais, cujas principais fontes de renda eram a propriedade da terra ou os privilégios comerciais de que usufruíam graças aos monopólios conferidos e barreiras alfandegárias impostas pelos monarcas. De acordo com a ideia de destruição criativa, a disseminação das indústrias, fábricas e cidades retirou recursos da terra, reduziu o valor dos aluguéis das propriedades e aumentou os salários que os proprietários rurais tinham de pagar aos seus funcionários. Essas elites também assistiram ao surgimento de novos empresários e mercadores, que erodiu seus privilégios comerciais. De modo geral, foram claramente eles que, em termos econômicos, saíram perdendo com a industrialização. A urbanização e a emergência de uma classe média e operária mais consciente em termos sociais também vieram desafiar o monopólio político das aristocracias rurais, de modo que a difusão da Revolução Industrial não lhes traria a derrota apenas no âmbito econômico; (...)”. ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James, ibidem. pg 66-67.

²⁶⁰ ACEMOGLU e ROBINSON, ibidem, pg. 67.

A resistência à inovação pode vir de outros atores sociais, além daqueles identificados com uma abstrata “elite”. Na verdade, ele virá por parte dos indivíduos concretos que se virão ameaçados pelas mudanças, tal como ocorreu com o “ludismo” (movimento que ia contra a mecanização empreendida pela Revolução industrial) com a resistência por parte dos artesãos na forma de destruição de máquinas e atos de violência. John Kay, inglês que em 1753 inventou a “lançadeira voadora”, por exemplo, teve sua casa incendiada. O mesmo fenômeno observamos atualmente, consubstanciado nos atos de violência cometidos por taxistas contra motoristas que trabalham através da plataforma digital “Uber”.²⁶¹

A diferenciação entre os países, num primeiro momento, deu-se pela diferença de poder que os grupos potencialmente “perdedores” em cada país possuíam para resistir à Revolução Industrial, em especial as elites. Enquanto na Inglaterra, o poder das aristocracias era insuficiente, por conta de direitos econômicos que garantiam que a roda da destruição criadora continuasse, nos impérios auto-húngaro e russo os monarcas absolutistas tinham poder suficiente sobre a sociedade para impedir o prosseguimento desse processo.²⁶²

A estrutura institucional de cada país determinou a possibilidade de absorção das inovações tecnológicas trazidas pela Revolução Industrial, determinando a partir daí a diferenciação de riqueza e desenvolvimento social entre as nações. Enquanto países como França e Estados Unidos haviam já dispersado o poder de suas elites, permitindo que a população pudesse participar do jogo econômico; aqueles marcados por elites políticas extrativistas (na definição de Acemoglu e Robinson), suas respectivas populações eram impedidas de exercerem livremente relações econômicas.

“Antes da Inglaterra do sec. XVII, as instituições extrativistas foram, ao longo da história, a norma. Vez por outra, mostraram-se capazes de gerar crescimento econômico (...). Contudo, não admitiam destruição criativa. O crescimento por elas engendrado não era sustentado, e chegava ao fim em virtude da falta de novas inovações, das disputas políticas internas decorrentes da ânsia por beneficiar-se do extrativismo ou da completa reversão dos elementos inclusivos incipientes, como no caso de Veneza.”²⁶³

²⁶¹ Notícias jornalísticas dão conta da profusão de atos de violência que motoristas de táxis têm perpetrado contra seus novos concorrentes, alguns exemplos: “*Em áudios, taxistas incitam violência contra motoristas do Uber em SP*”. G1-GLOBLO, em 03/02/2016, Disponível *on line* em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/02/em-audios-taxistas-incitam-violencia-contra-motoristas-do-uber-em-sp.html>. “*Confundida com Uber no DF, família é perseguida e espancada por taxistas*”, G1-GLOBLO, 01.06.2016, disponível *on line* em: <http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2016/06/confundida-com-uber-no-df-familia-e-perseguida-e-espancada-por-taxistas.html>. *A violência dos taxistas*. Opinião, Estadão, 06.05.2016, disponível *on line* em: <http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,a-violencia-dos-taxistas,10000049424>

²⁶² ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James, *ob.cit.*

²⁶³ ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James, *idem*. pg 144.

2. 3. A importância da inovação.

Podemos tentar compreender a natureza do poder de desencadear o crescimento econômico e inserção social mediante a verificação sobre a quem eram concedidas as patentes. O sistema de patentes, que protege os direitos de propriedade das ideias, foi sistematizado pelo Estatuto de Monopólios, promulgado pelo Parlamento inglês em 1623, em parte como uma tentativa de impedir que o rei concedesse “cartas de patentes” arbitrárias, conferindo a quem bem entendesse direitos exclusivos sobre o empreendimento de determinadas atividades ou negócios.

No caso dos Estados Unidos, chama a atenção que os autores dos pedidos vinham de todo tipo de extrato sociocultural. Entre 1820 e 1845 apenas 19% dos detentores de patentes nos Estados Unidos tinham pais com formação profissional específica ou eram provenientes de grandes famílias proprietárias de terras. Nesse mesmo período, 40% dos que registravam uma patente tiveram acesso apenas a educação primária ou menos. Ademais, com frequência exploravam sua patente abrindo uma empresa. Do mesmo modo, como os Estados Unidos eram, no século XIX, mais democráticos em termos políticos do que praticamente qualquer outro país do mundo na época, eram também mais democráticos que os demais quando o assunto era inovação – um elemento crítico em sua caminhada rumo a tornar-se a nação economicamente mais inovadora do planeta.

Outro fator que em muito auxiliou o processo de inovação e crescimento econômico foi a ampla concorrência que já se observava no sistema bancário na época, levando a juros mais competitivos, permitindo o financiamento dos inventores. Durante o século XIX, houve uma rápida expansão do sistema bancário e de intermediação financeira, um crucial facilitador do ímpeto de crescimento e industrialização experimentado pela economia. Para traçar um comparativo, em 1818 havia 338 bancos em operação nos Estados Unidos, com um ativo de US\$ 160 milhões, em 1914 já eram US\$ 27,3 bilhões.²⁶⁴ Enquanto isso, no México, em 1910,

²⁶⁴ “O motivo pelo qual os Estados Unidos dispunham de uma indústria bancária substancialmente mais favorável para a prosperidade econômica do país nada tinha a ver com alguma peculiaridade no que movia os proprietários de bancos. De fato, a motivação do lucro, esteio da natureza monopolística da indústria bancária no México, estava igualmente presente nos Estados Unidos, só que canalizado de forma distinta, em virtude de as instituições serem radicalmente distintas. Os banqueiros lidavam com instituições econômicas diferentes, que os submetiam a uma concorrência muito maior - o que se devia em grande parte, por sua vez, ao fato de que os políticos que elaboraram as regras para os banqueiros também recebiam incentivos muito diferentes, engendrados por outras instituições políticas. Com efeito, no final do século XVIII, pouco depois de a Constituição americana entrar em vigor, começou a despontar um sistema bancário bastante parecido com o que posteriormente viria dominar o México. Os políticos tentaram instalar monopólios que pudessem distribuir entre amigos e parceiros em troca de parte de seus lucros. Os bancos também logo se puseram a emprestar dinheiro aos políticos que os regulavam, como no México. Nos Estados Unidos, porém, essa situação não poderia se sustentar [ao menos, plenamente] porque os políticos, ao contrário de seus colegas mexicanos, eram sujeitos a eleição e reeleição. A criação de

havia apenas 42 bancos no país, dois dos quais controlavam 60% do ativo bancário total. Ao contrário dos Estados Unidos, onde a competição era acirrada, entre os bancos mexicanos ela era quase inexistente, de forma a elevar as taxas de juros, mantendo os financiamentos uma exclusividade para poucos.²⁶⁵

2.4 . Veneza como exemplo de ascensão e queda.

O caso de Veneza é apresentado para ilustrar como o processo de desenvolvimento sócio-econômico pode ser revertido quando o arranjo institucional que permitia uma dinâmica social mais fluida é alterado. Veneza experimentou um período de grande desenvolvimento a partir do séc.X. Sua trajetória se diferencia porque sua ascensão se deu pelo surgimento e desenvolvimento de oportunidades econômicas e políticas inclusivas; sua posterior decadência se deu pelo posterior barramento que as elites implantaram à ascensão de novos empreendedores, destruindo justamente as instituições econômicas que a haviam enriquecido.

Um dos principais fundamentos da expansão econômica de Veneza foi uma série de inovações contratuais que expandiram as instituições econômicas. Destas, a mais célebre era a *commenda*, um tipo rudimentar de sociedade anônima por ações, que se constituía apenas pela duração de determinada missão comercial²⁶⁶. Tal inovação permitiu o florescimento econômico e a ascensão social:

“Uma análise dos documentos oficiais mostra toda a potencialidade da comenda para fomentar a ascensão social: são todos repletos de nomes desconhecidos, pessoas sem histórico de pertencimento à elite veneziana. Na documentação governamental de 960, 971 e 982 d.c., o número de nomes novos compreende 69%, 81% e 65% respectivamente, do total de nomes registrados”²⁶⁷

Tamanha inclusão econômica, aliada à ascensão de novas famílias por meio do comércio, obrigou o sistema político a tornar-se ainda mais aberto. O doge que governava a

monopólios bancários e a obtenção de empréstimos exclusivos é um bom negócio para políticos quando conseguem sair incólumes. Não é particularmente benéfico para ao cidadão, contudo.” [e como a população americana vinha de uma situação de amplo acesso econômico e grande concorrência bancária, era possível perceber a piora da situação, e assim, substituir os políticos que haviam implementado tais monopólios].” Ao contrário do México, nos Estados Unidos os cidadãos tinham condições de manter os políticos sob controle e livrar-se dos que procurassem legislar em causa própria ou agraciá-los com privilégios”. [a já arraigada ideologia de liberdade econômica existente entre todas as camadas da população impediam também que discursos que tentassem disfarçar os monopólios como medidas “benéficas” à população encontrassem eco nas mentalidades]. “Por conseguinte, os monopólios vieram abaixo. A ampla distribuição de direitos políticos nos Estados Unidos, sobretudo se comparada ao México, garantia igualdade de acesso a recursos e empréstimos, o que por sua vez assegurava que aqueles que tivessem ideias e invenções delas se beneficiassem.” ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James, ob.cit. pgs. 26-27

²⁶⁵ ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James, idem, pgs. 24-25

²⁶⁶ ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James, ibidem. pg 120.

²⁶⁷ Ibidem, ibidem, pg 121.

cidade era indicado vitaliciamente pela Assembleia Geral. Paulatinamente o poder do doge foi sendo reduzido, redundando na abertura de novos empreendedores e ampliação da participação econômica.²⁶⁸

O crescimento econômico sustentado pelas instituições inclusivas venezianas era acompanhado de um mecanismo de destruição criativa, no entender dos autores. Cada nova onda de jovens empreendedores a enriquecer por meio da comenda ou instituições econômicas similares tendia a reduzir os lucros e o êxito econômico das elites estabelecidas. E não só lhes restringiam o lucro, como também desafiavam seu poder político. Seria apenas questão de tempo para se tentar usar de força para barrar a ascensão de novos mercadores.

Paulatinamente, passou-se a restringir a entrada de novos membros no corpo político. Em 5 de outubro de 1286, proibiu-se a entrada de novos membros ao Grão Conselho, congelando a nomeação de novos membros à aprovação do Conselho dos Quarenta – dominado pelas principais famílias venezianas. Essa mudança pressagiou a *La Serrata*. Em fevereiro de 1297, decidiu-se que quem tivesse sido membro do Grão Conselho nos quatro anos anteriores gozaria de nomeação automática. As forças emergentes de Veneza tentaram resistir: as tensões aumentaram entre 1297 e 1315. A resposta do Grão Conselho foi aumentar seus tentáculos. Para satisfazer os descontentes mais ruidosos, esses foram cooptados. O Grão Conselho passou de 450 para 1500 membros. Após a expansão, veio a repressão. Criou-se uma força policial pela primeira vez em 1310 e verificou-se um crescimento contínuo da coação interna.²⁶⁹

*“Tendo implementado uma Serrata política, o Grão Conselho tratou em seguida de promover a Serrata econômica. Os contratos de comenda, uma das grandes inovações institucionais que haviam feito a fortuna de Veneza, foram banidos. Não é de admirar: a comenda beneficiava os novos comerciantes, que agora a elite estabelecida tentava excluir. Após, a partir de 1314, o Estado veneziano assumiu o controle do comércio e o nacionalizou. As galés estatais foram organizadas para realizar atividades comerciais e, de 1324 em diante, quem quisesse participar teria de arcar com pesados impostos. Foi assim que o comércio à distância tornou-se uma prerrogativa da nobreza, pressagiando o começo do fim da prosperidade de Veneza. A partir de então, os registros históricos apresentam a contínua queda da população de Veneza, numa época em que a do restante da Europa crescia rapidamente.”*²⁷⁰

²⁶⁸ “O primeiro doge a ter seus poderes cerceados por esse conselho, Domenico Fabianico, era um abastado mercador de seda de uma família que nunca antes ocupara um cargo elevado. A essa mudança institucional seguiu-se uma gigantesca expansão do poder naval e mercantil veneziano.”(...) “Temos aqui um caso de instituições políticas e econômicas inclusivas caminhando lado a lado”. ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James, ob.cit., pg 121.

²⁶⁹ ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James, idem, pgs 122-123.

²⁷⁰ Idem, idem., pg. 123.

3. Instituições extrativistas e instituições inclusivas.

Diante dos dados coletados, ACEMOGLU e ROBINSON classificam os arranjos institucionais observados entre “instituições econômicas inclusivas” e “instituições econômicas extrativistas”. O primeiro é caracterizado pela garantia de certos direitos que forçam uma participação mais equânime no mercado, de forma a fomentar a competitividade, a distribuição de renda, e inovação tecnológica.

“Instituições econômicas inclusivas, como as encontradas na Coreia do Sul ou nos Estados Unidos, são aquelas que possibilitam e estimulam a participação da grande massa da população em atividades econômicas que façam o melhor uso possível de seus talentos e habilidades e permitam aos indivíduos fazer as escolhas que bem entenderem serem inclusivas, as instituições econômicas devem incluir segurança da propriedade privada, sistema jurídico imparcial e uma gama de serviços públicos que proporcionem condições igualitárias para que as pessoas possam realizar intercâmbios e estabelecer contratos, além de possibilitar o ingresso de novas empresas e permitir a cada um escolher sua profissão”²⁷¹.

As instituições econômicas inclusivas criariam as condições essenciais para a criação de mercados inclusivos, caracterizados pela garantia de iguais oportunidades para todos, conferindo às pessoas a liberdade de realização vocacional e melhor utilização de suas habilidades naturais. A presença de um sistema financeiro competitivo poderá suprir o financiamento se isso se fizer necessário; a diversidade de empresas e a liberdade laboral cria a possibilidade de escolha de trabalho, reverberando em melhores salários e adequada utilização de suas habilidades. O processo de inovação amplo – inovação tecnológica, de logística, de conceitos, etc – leva tanto ao processo de “destruição criativa”, que garanta certa rotatividade dos ocupantes da “elite econômica”, quanto redundante em ganhos de qualidade de vida para a população.

Os mercados inclusivos, assim, preparam o terreno para dois motores da prosperidade: inovação e educação. Crescimento econômico sustentado traz inovações tecnológicas para as pessoas, à terra e ao capital (prédios, maquinários, em suma, insumos) aumentarem sua produtividade, o que por si aumenta o acesso da população a bens e serviços, ao mesmo tempo que diminui os preços desses bens. Instituições econômicas inclusivas induzem tanto as pessoas a buscarem educação quanto os governos a investirem em estruturas educacionais de amplo acesso.

Os direitos de propriedade seriam de crucial importância, como patamar mínimo para a construção de instituições econômicas inclusivas, pois é a partir de sua garantia que as pessoas se dispõem inicialmente a produzirem, investirem, inovarem; induzindo à progressiva

²⁷¹ ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James, ob.cit., pg 58.

especialização laboral e sofisticação da economia. “*Quem acreditar que corre o risco de ter sua produção roubada, expoliado, seja pela violência, seja por impostos abusivos, terá pouco incentivo para trabalhar, além da faixa que garanta a mera sobrevivência.*”

As estruturas econômicas extrativistas, por sua vez, por conta da menor garantia dos direitos econômicos de toda a população, concentram o poder econômico numa pequena elite, que enfrentam poucas restrições ao seu poder por conta de uma artificial manutenção de uma reserva de mercado ou pela utilização da força e ameaça. Ela pode se manifestar pelo poder abusivo dos chefes tribais, que extorquem todo o excedente da produção agrícola dos “súditos”, até à utilização da coação do poder estatal para manutenção de oligopólios mediante de formas mais sofisticadas e sutis de controle sócio-econômico. A intenção é a mesma: *impedir o livre exercício de escolhas econômicas alocativas pela população.*

“A existência do círculo vicioso tem razões naturais. Instituições políticas extrativistas produzem instituições econômicas também extrativistas, que promovem a riqueza de poucos em detrimento de muitos. Aqueles que se beneficiam do extrativismo dispõem assim dos recursos para montar seus próprios exércitos (privados) e reunir mercenários a seu serviço, comprar seus juizes e manipular as eleições de modo a perpetuar-se no poder. Têm também o maior interesse em resguardar o sistema. Portanto, as instituições econômicas extrativistas servem de plataforma para que suas contrapartes políticas persistam. O poder é valioso em regimes com instituições políticas extrativistas, por ser irrestrito e promover tantas benesses econômicas.”²⁷²

A tendência é que instituições econômicas extrativistas reforcem o processo de instituições políticas igualmente extrativistas.

“Essa relação sinérgica entre instituições econômicas e políticas extrativistas engendra um arraigado círculo vicioso: as instituições políticas conferem às elites o poder político de selecionar aquelas instituições econômicas com menos restrições ou forças contrárias. Permitem também que elas estructurem as futuras instituições políticas e sua evolução. As instituições econômicas extrativistas, por sua vez, vêm enriquecer essas mesmas elites, cuja riqueza e poder econômico ajudam a consolidar seu domínio político.”²⁷³

O arraigado arranjo institucional leva a que a mera mudança dos ocupantes do poder político não surta efeito, pois os novos ocupantes poderão usufruir dessa mesma estrutura institucionalizada. Quando a antiga elite é apeada do poder, a estrutura institucional, a distribuição do poder na sociedade não muda, apenas muda de mãos, assim os novos donos do poder estão submetidos uma estrutura de incentivos que os leva a manterem a mesma estrutura social, isso quando não a aprofundam a diferença entre a classe governante e o restante da população. Mais ainda, a própria concentração de renda e poder incentiva o acirramento de

²⁷² ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James, ob.cit., pg 266-267.

²⁷³ ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James, ob.cit.,pg 64.

disputas de poder, pois a recompensa econômica e de poder é alta. Assim, *a concentração de poder econômico e político cria uma estrutura de incentivos perversa, tendente à competição entre grupos para a tomada do poder*, os quais revezam-se nessa disputa. Desta forma, as instituições econômicas extrativistas criam uma tensão, uma estrutura de incentivos que fomenta a contínua instabilidade política e institucional. De forma que somente a mudança estrutural institucional que garanta descolamento entre poder econômico e político abre caminho para a posterior fragmentação desses em meio à população, alterando efetivamente a dinâmica do poder político.²⁷⁴

As instituições de um país ou sociedade podem, ainda, encontrarem-se num estado de intermediário e até poderem gerar certo crescimento econômico. Os autores citam o exemplo da União Soviética que utilizou a força para impor a industrialização forçada, ou a utilização da mão-de-obra escrava ou o cartel das instituições financeiras no México. Instituições extrativistas podem gerar certa riqueza, mas não se mostrarão capaz de gerar crescimento econômico *sustentável*, de forma que não reverberam em ganhos de qualidade de vida contínua da população. Tais instituições impedem a dinâmica da destruição criativa pela manutenção artificial de “apadrinhados” do poder político no âmbito econômico, obstaculizando a melhor alocação dos recursos. *“O Estado pode até conseguir, durante algum tempo, fomentar um rápido crescimento econômico, mediante a alocação de recursos e pessoas por decreto, mas o processo é intrinsicamente limitado. Quando os limites são atingidos, o crescimento é interrompido, tal como se deu na União Soviética”*²⁷⁵.

Tanto instituições econômicas inclusivas quanto extrativistas redundam em processo que se retroalimentam, seja num círculo “virtuoso” ou “vicioso”, cujas dinâmicas foram esquematicamente descritas.

As instituições econômicas inclusivas para efetivamente funcionarem, dependem de uma estrutura institucional que impeça a classe política de agir arbitrariamente – basicamente, a “rule of law”. Tais instituições políticas dificultam também a usurpação do poder e enfraquecimento dos fundamentos das instituições inclusivas por terceiros. Os detentores do poder político não têm como usá-lo facilmente para implementar instituições econômicas extrativistas em benefício próprio.²⁷⁶ O poder inclusivo do acesso à justiça mostra-se um forte elemento fundamental para a modulação da sociedade, ao substituir a dinâmica social da “lei do mais forte” pelo respeito aos direitos de todos, oportunizando o florescimento de cada um.

²⁷⁴ Cf: ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James, ob.cit. 64 e ss.

²⁷⁵ Idem, idem.,pg 74.

²⁷⁶ Ibidem,ibidem, pg 64.

3.1. Papel do Estado para existirem instituições econômicas inclusivas.

Um estado suficientemente centralizado mostra-se essencial para a constituição e manutenção de instituições inclusivas, caso contrário, cair-se-á na lei do mais forte, nos caos. O asseguramento dos serviços públicos, leis, direitos de propriedade e da liberdade de formar contratos e relações de troca depende do Estado, instituição detentora da capacidade coerciva de impor a ordem, impedir roubos e fraudes e fazer valer contratos entre partes privadas. A figura do Estado, como um terceiro neutro, capaz de assegurar a justiça entre dois pólos em disputa emerge, assim, como figura fundamental, *especialmente para o pólo hipossuficiente*. Estabelece-se também uma tensão, pois, ao mesmo tempo que um Estado centralizado e com o “monopólio da força” é essencial para a proteção dos direitos da massa de indivíduos pulverizada e frágil, o perigo do poder estatal ser capturado pelas elites é uma constante, podendo levar à paulatina transformação das instituições econômicas *inclusivas* para *extrativistas*, como foi exemplificado pelo caso de Veneza e de Roma.

O Estado é o fiel da balança. Ele poderá ser usado pelas elites políticas e econômicas para instituírem instituições econômicas inclusivas ou exclusivas, para garantirem um mercado econômico dinâmico e que se renova ou para criarem uma estrutura de incentivos que garanta uma reserva de mercado para um seleto grupo de poucas empresas.

Além disso, a sociedade requer também outros serviços públicos, como uma eficiente rede de transportes de bens; infra-estrutura pública para que atividade econômica tenha condições de florescer; algum tipo de regulamentação básica para a prevenção de fraudes, sobretudo por parte das autoridades, acesso à justiça e segurança pública. Esse constitui um desenho mínimo, não levando necessariamente à exclusão de outros serviços públicos, especialmente de seguridade social.

Conclusão

Como visto, nessa brevíssima síntese da relação entre instituições econômicas “inclusivas” (ACEMOGLU) ou indutivas do “empreendedorismo produtivo” (BAUMOL e outros), instituições que garantam maior participação transversal por toda a sociedade no mercado tendem a gerar processos sistêmicos, incrementais que, no curto, médio e especialmente no longo prazo, geram efeitos de ordem material benéfica primeiramente aos próprios indivíduos e num segundo momento para a sociedade como um todo; e, na visão de ACEMOGLU e ROBINSON, (em harmonia também com as ideias de PIPES, FRIEDMAN e HAYEK) tendem a desencadear um processo de abertura política que redundará numa classe

política mais atenta às necessidades da população, por conta da estrutura de incentivos sustenta um maior *accountability* frente à população. Esse processo global sustenta todo um arranjo econômico-político institucional necessário para a *implementação* e *manutenção* de um nível de qualidade de vida que satisfaça teleologicamente o conjunto dos direitos sociais.

Capítulo 4

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O DESAFIO DE CONCRETIZAÇÃO: A relação com a dimensão econômica.

1. Introdução

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (PIDESC), sela uma série de comprometimentos assumidos pelos Estados signatários (entre eles o Brasil) com vistas a assegurar um desenvolvimento econômico, social e cultural constante e o pleno emprego produtivo em condições que salvaguardem aos indivíduos, concomitantemente, o gozo das liberdades políticas e econômicas fundamentais.

Inspirada pelo aludido Pacto, a Constituição Federal brasileira elenca como direitos fundamentais sociais, entre outros, “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados” (art. 6º da C.F.).

Ambos os conjuntos de normas, tanto a Constituição Pátria quanto o Pacto internacional, repousam sobre o implícito princípio *de ser necessário oportunizar e garantir um patamar existencial material para uma vida digna de seus cidadãos*. Nesse sentido, reconhece-se “o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida” (art.11, § 1º, PIDESC), “o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental” (art. 12, § 1º), “o direito de toda pessoa à educação” (art. 13, § 1º), concessão à família “a mais ampla proteção e assistência possíveis” (art. 10, §1º), proteção contra o trabalho em condições degradantes e direito de sindicalização.

Desde o princípio das negociações no seio das nações Unidas emergiu a questão da viabilidade de tais direitos, de como se daria sua prestação e *modus* de sua implementação. Os debates que cercaram o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais deixaram patente que sua implementação e efetiva concretização dependeriam, entre outros requisitos, *do estágio de desenvolvimento econômico de cada país*. Destacadamente, as declarações dos países do então chamado terceiro mundo²⁷⁷ expuseram a íntima conexão do PIDESC com a necessidade

²⁷⁷ Para exemplificar esse ponto, citamos as declarações dos seguintes Estados: Bangladesh: “Articles 10 and 13: While the Government of the People's Republic of Bangladesh accepts the provisions embodied in articles 10 and 13 of the Covenant in principle, it will implement the said provisions in a progressive manner, in keeping with the existing economic conditions and the development plans of the country.” Barbados: “The Government of Barbados states that it reserves the right to postpone-(a)The application of sub-paragraph (a) (1) of article 7 of the Covenant in so far as it concerns the provision of equal pay to men and women for equal work;(b)The application

de desenvolvimento econômico²⁷⁸, ao ponto de tal situação fática estar incorporada ao próprio Pacto em seu artigo 2º, item 3: “*Developing countries, with due regard to human rights and their national economy, may determine to what extent they would guarantee the economic rights recognized in the present Covenant to non-nationals.*”

No plano nacional, a Constituição Brasileira erigiu a direitos fundamentais o acesso à “educação, a saúde, a alimentação²⁷⁹, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados” (art. 6º Constituição Federal). Tais direitos fazem parte do rol mais extenso dos “direitos fundamentais”, cuja natureza os posiciona como princípios estruturantes do Estado Brasileiro e extensíveis a todos os brasileiros. Tomados em seu conjunto, apontam para um *patamar mínimo de qualidade de vida digna*. O artigo 6º inicia o Capítulo II do Título II da Constituição. Sua posição topográfica e o fato de definir quais sejam os direitos sociais, coloca-o como parâmetro de interpretação do micro sistema dos direitos sociais. Concomitantemente, a dimensão programática do art. 6º impõe que o conjunto de ações do Poder Público deva cooperar de forma a concretizar o acesso aos bens estampados pelo aludido artigo.

Realmente, o ser humano para uma vida digna necessita de um rol de bens materiais e imateriais e de um espaço de ação para seu livre desenvolvimento e realização de sua personalidade. Algumas das facetas dessas necessidades foram formalizadas juridicamente, como pela inteligência de liberdades fundamentais (liberdade de crença, de expressão, direito de propriedade e de livre iniciativa econômica, entre outros); direito à educação fundamental e universal e políticas públicas que incentivem a divulgação da cultura, e bens materiais como habitação, alimentação, vestuário, acesso a atendimento médico e saneamento básico, entre outros.

Em que pese tal reconhecimento jurídico, e após o longo processo que levou à consagração de direitos sociais ou de “segunda dimensão”²⁸⁰ no texto constitucional, eis que nos encontramos num estágio de implementação de tais direitos ainda aquém do desejado.

of article 10 (2) in so far as it relates to the special protection to be accorded mothers during a reasonable period during and after childbirth; and(c)The application of article 13 (2) (a) of the Covenant, in so far as it relates to primary education; since, while the Barbados Government fully accepts the principles embodied in the same articles and undertakes to take the necessary steps to apply them in their entirety, the problems of implementation are such that full application of the principles in question cannot be guaranteed at this stage.” Disponível no sítio *on line* das Nações Unidas em https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en, acessado em 20.04.2016.

²⁷⁸ “(...) the emergence of Third World states that perceived a link between economic and social rights and their striving for economic development.” HENKIN, Louis e outros. *Human Rights*. New York: Foundation Press, 1999, pgs. 1133.

²⁷⁹ Incluída como direito social pela Emenda Constitucional nº64/2010.

²⁸⁰ Referente à teoria das “gerações” de direitos fundamentais, a qual é de autoria do jurista tcheco Karel Vasak, proferida na aula inaugural no Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estraburgo, 1979.

Muito já se foi feito, efetivamente, mas a doutrina ainda se questiona sobre quais as melhores estratégias para o *prosseguimento* da concretização universal de um estado de bem estar-social.

Vejamos (numa apertada síntese) como se desenvolveu historicamente a concretização dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais, e dos direitos fundamentais sociais, *com o cotejamento de sua interação com o econômico*.

2. PIDESC, Princípios dos Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais Sociais.

O desenho constitucional dos direitos fundamentais espelha em certa medida naquele observado nos dois pactos internacionais de direitos humanos, dividindo-os entre “direitos e deveres individuais e coletivos”, art. 5, e “direitos sociais” (arts. 6º ao 11º) ²⁸¹. Semelhantemente, pode-se observar a influência dos dois pactos no *conteúdo* dos direitos sociais, ao tratar de temas (como direito à educação, proteção da família, proteção ao trabalhador e direito previdenciário, etc.) presentes no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Além da influência doutrinária, tem-se o fato de que os Pactos de Direitos Humanos são parte integrante do direito pátrio – Decreto nº 591/1992 e 592/1992. Em que pese sua posição formal infraconstitucional *prima facie*, seu conteúdo demanda a necessidade de serem considerados quando das ações normativas e políticas públicas voltadas a dar eficácia aos direitos sociais, sobretudo havendo coincidência entre o conteúdo desses e dos direitos humanos, quando a veiculação densificadora dos direitos sociais se dá mediante normas infraconstitucionais.

Somada a essa questão formal, tem-se que os Direitos Humanos possuem um peso constitucional *substantivo*, além de poder auxiliar a interpretação *densificadora* do conjunto de medidas e ações legislativas e governamentais com vistas à efetividade dos Direitos Sociais.²⁸² Soma-se a sua dimensão substantiva, a própria Constituição afirma que os direitos e garantias e nela expressos “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, §2º). Portanto, independentemente do tratado de direitos humanos ter sido submetido ao processo formal estatuído no art.5º §3º, ainda assim, tal tratado é incorporado ao Direito brasileiro num

²⁸¹ No anteprojeto da Constituição, os direitos sociais não constavam com essa estrutura, mas estavam albergados pelo Título IV – da Ordem Social, arts. 342 e ss. Diário Oficial de 26 de setembro de 1986. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>.

²⁸² Sobre a interação entre o plano do Direito Internacional e Direito Interno Constitucional, ver TRINDADE, Antônio Augusto Cancado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol 1, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007, pgs 401 e ss;

patamar hierárquico e substancial diferenciado, ou numa posição “supralegal”; ou ainda, como na compreensão de PIOVESAN, passando a integrar o “bloco de constitucionalidade”, “desificando a regra constitucional positivada no §2º do art. 5º, caracterizada como cláusula constitucional aberta”.²⁸³ Para a autora, a matéria veiculada pelos Tratados internacionais de direitos humanos, por conta de seu conteúdo, devem ser recepcionados em caráter efetivamente constitucional.²⁸⁴

De nossa parte, uma vez que a Constituição estabelece dois patamares de receptividade dessa normativa internacional (um no §2º, e outro, dando efetivo revestimento constitucional formal, segundo §3º do mesmo art. 5º) temos que os tratados em matéria de direitos humanos quando não revestidos daquela formalidade do rito constitucional, mas ainda integrados ao nosso Ordenamento, devem ser recepcionados num patamar supralegal, infraconstitucional, mas constitutivos do conjunto normativo e principiológico a ser imediatamente acionado para a interpretação e densificação dos direitos constitucionais cujos “âmbitos de proteção” sejam coincidentes com aquela normativa.

2.1.DIREITOS HUMANOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS E SUA RELAÇÃO COM O FENÔMENO ECONÔMICO.

2.1.1. Breve Histórico dos Direitos Humanos e do PIDESC.

Após os horrores das duas grandes guerras mundiais o tratamento dado aos direitos humanos sofre profunda mudança. Até a fundação das Nações Unidas, em 1945, sequer poderia-se afirmar com segurança que houvesse, ao menos em seara internacional, “preocupação consciente e organizada sobre o tema dos direitos humanos”²⁸⁵.

A Carta de São Francisco²⁸⁶, ao instituir um fórum de coordenação e cooperação internacional com vistas a “tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz;” (art.1º) abre a possibilidade da constituição de um estatuto jurídico consolidado em matéria de direitos

²⁸³ PIOVESAN, Flavia. *Direito Humanos e o Direito Constitucional Internacional.*, 15ª ed., rev e atual., Saraiva, 2015, pg. 121.

²⁸⁴ Idem, idem, pgs. 125 e ss.

²⁸⁵ Encontravam-se apenas tratamentos avulsos no plano nacional para proteção de minorias para o caso de sucessão de Estados. Cf. REZEK, J.F. *Direito Internacional Público.* 8ª ed. rev. ampl. Editora Saraiva: São Paulo, 2000, pg 210.

²⁸⁶ Promulgada nacionalmente pelo Decreto 19.841 de 22 de outubro de 1945.

humanos.

O tratamento internacional dos Direitos Humanos, como é sabido, deu-se pela sucessão de documentos multilaterais que estabelecem direitos que se enfeixam em torno de eixos temáticos. Em conjunto, esses documentos compõem a “Carta Internacional dos Direitos Humanos”²⁸⁷. Primeiramente, tivemos a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) como um documento marco na história dos direitos humanos. A Declaração foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de Dezembro de 1948, através da Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral como uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações. Ela estabelece, pela primeira vez, a proteção universal dos direitos humanos.

Em seguida, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP)²⁸⁸, adotado pela XXI Sessão da Assembléia-Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966, estando em vigor desde 23 de Março de 1976, trata das liberdades civis e políticas mais essenciais, tais como: direito à vida, art. 1º; proibição da escravidão, art. 8º; direito à “liberdade e segurança pessoais”, art. 9º; liberdade de ir e vir como “direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país”, art. 12; “liberdade de pensamento, de consciência e de religião”, art. 18. Aos países signatários, foram estabelecidas obrigações de, “na ausência de medidas legislativas [no plano nacional] ou de outra natureza destinadas a tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto”, a tomarem “as providências necessárias com vistas a adotá-las, levando em consideração seus respectivos procedimentos constitucionais” (art.2º, item 2). Ou seja, a criação de um corpo legal munido de respectivos recursos jurisdicionais de forma a tornarem efetivas as liberdades civis e políticas contra qualquer forma de agressão, inclusive, violência que tenha sido “perpetrada por pessoas que agiam no exercício de funções oficiais;” (art. 2º, item 3, alínea “a”).

Por fim, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) foi adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966, entrando em vigor em 3 de janeiro de 1976. O acordo diz que seus membros devem trabalhar para a concessão de direitos econômicos, sociais e culturais (DESC) para pessoas físicas, incluindo os direitos de trabalho e o direito à saúde, além do direito à educação e a um padrão de vida adequado. O acordo é monitorado pelo Comitê da ONU sobre os Direitos Econômicos, Sociais

²⁸⁷ No decorrer da História, desde 1945, outros tratados internacionais de direitos humanos e instrumentos foram sendo acrescentados, expandindo o corpo do direito internacional dos direitos humanos, tais como: a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006), entre outras.

²⁸⁸ Promulgado nacionalmente pelo Decreto 592 de 6 de julho de 1992.

e Culturais.

Muito já se discutiu sobre o alcance e aplicabilidades dos direitos humanos veiculados pelos dois últimos pactos, especialmente pelo que se convencionou chamar de tratamento diferenciado entre os direitos do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e os do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC).

A I Conferência Mundial dos Direitos Humanos, realizada em Teerã em 1968, dois anos após a adoção dos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas proclamou a *indivisibilidade*²⁸⁹ dos direitos humanos, afirmando que a realização plena dos direitos civis e políticos seria impossível sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais.²⁹⁰

A adoção pela Assembleia Geral das Nações Unidas da celebrada Resolução 32/130, de 1977, endossa, igualmente, a perspectiva globalizante da Proclamação de Teerã de 1968. “*Subjacente à nova visão das Nações Unidas estavam a preocupação em promover o desenvolvimento econômico-social e o reconhecimento de que urgia proceder a uma análise global dos problemas existentes no campo dos direitos humanos(...)*”²⁹¹.

As pressões internacionais em favor de uma busca de uma proteção mais eficaz se fizeram acompanhar da gradual cristalização, nos planos nacionais, da concepção dos chamados *welfare rights*, em meio a proliferação, sobretudo nos países europeus, de tribunais nacionais lidando com “reclamações industriais e previdenciárias”.²⁹²

No continente americano, tal visão se manifestou no Relatório de 1979-1980 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, mas que ressalta a dificuldade em estabelecer “critérios que permitam medir a execução pelos Estados de suas obrigações”²⁹³. Enquanto isso, no continente africano, a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos de 1981 incluiu tanto direitos humanos do espectro das liberdades civis e políticas (arts. 3-14) quanto

²⁸⁹ Conforme lição de Flávia Piovesan, que bem exemplifica a doutrina dos direitos humanos, os elementos que integram a concepção contemporânea de cidadania são o caráter indivisível, integral, interdependente e inter-relacionado dos direitos humanos, sendo inconcebível separar os valores liberdade (direitos civis e políticos) e igualdade (direitos sociais, econômicos e culturais). Além disso, segundo ela, destaca-se um novo componente que veio integrar a concepção contemporânea de cidadania, ou seja, o processo de especificação do sujeito de direito, visto que este deixa de ser considerado em sua abstração e generalidade e passa a ser projetado em sua concretude, em suas especificidades e peculiaridades, ao se falar, pois, na tutela jurídica dos direitos dos idosos, mulheres, crianças, grupos raciais minoritários, refugiados etc. PIOVESAN, Flávia. *A responsabilidade do Estado na consolidação da cidadania. Temas de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 327-329.

²⁹⁰ Cf. U.N. *Final Act of the International Conference on Human Rights*, ONU doc. A/CONF. 32/41, de 1968, pp 4-5 APUD: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Do Direito Econômico aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. 199-. Biblioteca UFMG sob o registro 34:33 D631 [199-], pg 10.

²⁹¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Do Direito Econômico aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Ano parcialmente desconhecido (década de 90). Biblioteca UFMG sob o registro 34:33 D631 [199-],pg. 11

²⁹² Cf. F.G. Jacobs, “*The Extension of the European Convention on Human Rights to Include Economic, Social and Cultural Rights*. 3 *Human Rights Review* (1978), p. 167, APUD: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Ob.cit. pg 12

²⁹³ OAS, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights – 1979-1980*, pg 152 APUD: TRINDADE Antonio Augusto Cancado. Ob.cit. pg 12.

econômicos, sociais e culturais (arts. 15-18). A realidade social dos países africanos leva a que a tônica dos trabalhos de implementação dos direitos recaísse mais nos aspectos das liberdades civis.²⁹⁴

No continente Europeu, evocava-se a incorporação de alguns direitos econômicas, sociais e culturais à Convenção Europeia de Direitos Humanos. Os debates passaram a girar, por conseguinte, em torno dos critérios que permitissem determinar quais direitos econômicos sociais e culturais seriam “verdadeiramente fundamentais para responder às exigências de justiciabilidade da Convenção”, e quais seriam passíveis de criar obrigações para os Estados. Até o momento atual não houve tal inclusão na aludida Convenção, mas a implementação pelos estados europeus de políticas públicas inspiradas no modelo de “Estado de bem-estar social” é não só notória, como serve de modelo para os países em desenvolvimento.

Já no plano jurisprudencial, como relata o Prof. Cançado, “é hoje ponto pacífico que os direitos civis e políticos consagrados na Convenção Europeia abarcam não só a obrigação de abstenção estatal, mas também de medidas positivas pelos Estados”, contribuindo para enfraquecer a classificação dos primeiros como “direitos negativos” e os direitos sociais como estritamente “direitos positivos”. Citam-se medidas necessárias para, por exemplo, assegurar o acesso à justiça (art. 6, caso *Airy*), que requer prestações estatais, e o direito ao respeito à vida familiar (art 8º), o qual implica uma abstenção estatal, *prima facie*. Os direitos estampados também implicam desdobramentos e interrelações, por exemplo, o direito à vida obrigaria tanto a um sistema de saúde hospitalar quanto à tomada de providências relativas a um sistema eficaz de prevenção da criminalidade.

2.1.2 A implementação progressiva dos Direitos humanos econômicos, sociais e culturais.

Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), em que pese a afirmação de sua unidade com os demais documentos que compõe a Carta de Direitos Humanos e da interpretação e afirmação de que os direitos enunciados guardam “indivisibilidade com as liberdades civis e políticas”, teve (tem) implementação diferida. Muitos dos direitos enunciados, tais como proibição de discriminação no ambiente de trabalho

²⁹⁴“Ainda que a ênfase da Carta Africana recaia nos direitos econômicos, sociais e culturais entendem os próprios jusinternacionalistas africanos entendem que é compreensível que a Comissão Africana se ocupe, ao menos em seus primeiros anos de operação, mais diretamente dos direitos civis e políticos.”(...)“Com efeito, até meados de 1992, tinha a Comissão Africana lidado com 29 casos; devido a algumas lacunas da Carta Africana no campo dos direitos civis e políticos (principalmente em relação ao processo penal), em sua 11ª sessão a Comissão Africana passou a dedicar especial atenção ao direito a um processo justo (*fair trial*)”. TRINDADE Antônio Augusto Cançado. Ob.cit. pg 13.

e liberdade sindical não requerem diretamente a assunção de recursos financeiros, sendo, antes, dependentes do reconhecimento legal nacional e da disponibilidade de instrumentos jurídico-processuais, enquanto outros necessitam tanto de uma densificação normativa quanto a assunção (e geração) de recursos. Por tal motivo, a grande disparidade econômica entre os países signatários ficou em evidência. Dificuldades financeiras foram citadas como motivo de reservas por diversos países sobre o reconhecimento de alguns direitos.

Por conta disso, o Pacto afirma a gradação da implementação dos aludidos direitos (*to take steps*) até o “máximo de seus recursos disponíveis, com vistas a alcançarem **progressivamente** a total realização dos direitos reconhecidos no presente Pacto”. Dada a importância dessa regra, cuja interpretação foi exaustivamente (e é) discutida, ao ponto de necessitar de posterior esclarecimento pelo Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,²⁹⁵ trazêmo-la tal como no original:

“Article 2.1. Each State Party to the present Covenant undertakes to take steps, individually and through international assistance and co-operation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full

²⁹⁵ A principal obrigação de resultado refletida no artigo 2º (1) é tomar medidas “com vistas a alcançar progressivamente a plena realização dos direitos reconhecidos” no Pacto. O termo “progressiva realização” é muitas vezes usado para descrever a intenção dessa expressão. O conceito de progressiva realização constitui um reconhecimento do fato de que a plena realização de direitos econômicos, sociais e culturais não é possível de ser alcançada num curto espaço de tempo. Nesse sentido, a obrigação difere significativamente daquela contida no artigo 2º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos que inclui uma obrigação imediata de respeitar e assegurar todos os direitos relevantes. Contudo, o fato de a realização ao longo do tempo ou, em outras palavras, progressivamente, ser prevista no Pacto, não deve ser mal interpretada como excluindo a obrigação de todo um conteúdo que lhe dê significado. De um lado, a frase demonstra a necessidade de flexibilidade, refletindo as situações concretas do mundo real e as dificuldades que envolve para cada país, no sentido de assegurar plena realização dos direitos econômicos, sociais e culturais. Por outro lado, a expressão deve ser lida à luz do objetivo global, a verdadeira razão de ser, do Pacto que é estabelecer obrigações claras para os Estados-partes no que diz respeito à plena realização dos direitos em questão. Assim, impõe uma obrigação de agir tão rápida e efetivamente quanto possível em direção àquela meta. (tradução nossa). Comentário Geral n.º 3 (5ª sessão, 1990). UN doc.E/1991/23 do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. A natureza das obrigações dos Estados-partes. art. 2º, parágrafo 1º do Pacto. Ponto 9º do Comentário geral. Disponível *on line* em: <http://www.refworld.org/docid/4538838e10.html>.

10. “Com base na vasta experiência obtida pelo Comitê, assim como pelo organismo que o precedeu, ao longo de um período de mais de uma década de exame dos relatórios dos Estados-partes, o Comitê é da opinião de que um núcleo mínimo de obrigações para assegurar a satisfação de níveis mínimos essenciais de cada um dos direitos é incumbência de cada Estado- parte. Assim, por exemplo, um Estado- parte em que qualquer número significativo de indivíduos é privado de gêneros alimentícios essenciais, de cuidados essenciais de saúde, de abrigo e habitação básicos ou das mais básicas formas de educação está, à primeira vista, falhando para desincumbir-se de suas obrigações em relação ao Pacto. Se o Pacto fosse interpretado no sentido de não estabelecer tal núcleo mínimo de obrigações, seria largamente privado de sua razão de ser. Além disso, deve ser observado que em relação a qualquer avaliação no sentido de verificar se o Estado se desincumbiu desse núcleo mínimo de obrigações, deve-se também levar em conta as restrições de recursos disponíveis no país considerado. O artigo 2º (1) obriga cada Estado- parte a tomar as medidas necessárias “até o máximo de seus recursos disponíveis”. Para que um Estado- parte atribua seu fracasso em cumprir seu núcleo mínimo de obrigações à falta de recursos disponíveis, ele deve demonstrar que todo esforço foi feito para usar todos os recursos que estão à disposição num empenho para satisfazer, como matéria de prioridade, essas obrigações mínimas.” (tradução nossa) Comentário Geral n.º 3 (5ª sessão, 1990). UN doc.E/1991/23 do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. A natureza das obrigações dos Estados-partes. art. 2º, parágrafo 1º do Pacto. Ponto 9º do Comentário geral. Disponível *on line* em: <http://www.refworld.org/docid/4538838e10.html>.

realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures.”

(...)

Article 2. 3. **Developing countries**, with due regard to human rights and their national economy, *may determine to what extent* they would guarantee the economic rights recognized in the present Covenant to non-nationals.”

(sem grifos ou destaques no original)

Conforme enfatiza o Comitê dos Direitos Econômicos, Culturais e Sociais:

*“Article 2 is of particular importance to a full understanding of the Covenant and must be seen as having a **dynamic** relationship with all of the other provisions of the Covenant. It describes the nature of the general legal obligations undertaken by States parties to the Covenant. Those obligations include both what may be termed (following the work of the International Law Commission) obligations of conduct and obligations of result.”*²⁹⁶

Corolário a essa dinâmica, foi estabelecido um processo de acompanhamento e de *accountability* para garantir a implementação continuada desses direitos pelos países signatários. Quase toda a Parte IV do Pacto (arts. 16-23) trata dos procedimentos referentes à submissão e posterior avaliação de relatórios sobre a situação de concretização dos direitos do Pacto. Os relatórios deverão especificar quais as medidas têm sido implementadas e “qual o progresso feito no cumprimento da observância dos direitos” (art. 16). Os relatórios são submetidos ao Secretário-Geral, que por sua vez o repassa ao Conselho Econômico e Social.²⁹⁷

Além desses pontos referentes à progressividade que dependem tanto da disponibilidade financeira dos Estados quanto do desenvolvimento de um aparato legal e jurisdicional, a necessidade da interpretação de tais direitos deve estar integrada e harmonizada com os demais direitos humanos, especialmente os que garantem liberdades individuais; *de forma que a indivisibilidade dos direitos humanos conforma o tipo de desenvolvimento econômico-social a ser implementado: aquela que garanta a participação política e liberdades econômicas efetivas.*

2.1.3. Referências à Autonomia e à Dimensão econômica.

Tanto o Pacto Internacional dos direitos civis e políticos quanto o Pacto internacional

²⁹⁶ UM doc.E/1991/23 do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. idem, ibidem, ponto 1.

²⁹⁷ Article 17. 1. The States Parties to the present Covenant shall furnish their reports in stages, in accordance with a programme to be established by the Economic and Social Council within one year of the entry into force of the present Covenant after consultation with the States Parties and the specialized agencies concerned. 2. Reports may indicate factors and difficulties affecting the degree of fulfilment of obligations under the present Covenant. 3. Where relevant information has previously been furnished to the United Nations or to any specialized agency by any State Party to the present Covenant, it will not be necessary to reproduce that information, but a precise reference to the information so furnished will suffice.” <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20993/v993.pdf>, acessado em 14.04.2016.

dos direitos econômicos, sociais e culturais trazem como eixo mestre o direito humano à “Autonomia”. Ambos os Pactos estampam tal direito em seus respectivos artigos primeiros, estabelecendo-lhe o papel de “super-direito” ou “super-regra”, devendo toda a interpretação dos mesmos ter em vista a concretização efetiva da Autonomia dos indivíduos, conformando, inclusive o conjunto dos direitos fundamentais internos do país:

“Its place of honor as Article 1 of the two major Covenants itself suggests its status as a super rule, as a concept that stands apart from the normal discourse of rights and directly affects political power and organization within and among states”²⁹⁸

O princípio e direito de Autonomia inclui dimensões *positivas e negativas* no confronto do indivíduo com o Estado e com seus semelhantes. “*All people have human rights and there is a close connection between human rights, needs, and autonomy.*”²⁹⁹ A autonomia, consubstanciada no direito de “auto-determinação”, alberga, segundo o próprio Pacto de direitos econômicos, sociais e culturais, o direito de “livremente dispor de sua riqueza natural e recursos” e “livremente buscar seu desenvolvimento econômico”:

“PART I Article 1.

1. **All peoples have the right of self-determination.** By virtue of that right they freely determine their political status and *freely pursue their economic*, social and cultural development.

2. **All peoples may, for their own ends, freely dispose of their natural wealth and resources without prejudice to any obligations arising out of international economic co-operation, based upon the principle of mutual benefit, and international law. In no case may a people be deprived of its own means of subsistence.**

3. The States Parties to the present Covenant, including those having responsibility for the administration of Non-Self-Governing and Trust Territories, shall promote the realization of the right of self-determination, and shall respect that right, in conformity with the provisions of the Charter of the United Nations.” (sem destaques no original)

Ainda:

Article 6.

“1. The States Parties to the present Covenant **recognize the right to work**, which includes the **right of everyone to the opportunity to gain his living by work which he freely chooses** or accepts, and will take appropriate steps to safeguard this right.

2. The steps to be taken by a State Party to the present Covenant to achieve the full realization of this right shall include technical and vocational guidance and training programmes, policies and techniques to achieve steady economic, social and cultural development and full and productive employment under conditions **safeguarding fundamental political and economic freedoms to the individual.**” (sem destaques no original).

²⁹⁸STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip. *International Human Rights in context – Law, politics, morals*. Oxford, 2000, pg. 1248.

²⁹⁹HASSOUN, Nicole. *Human Rights, Needs, and Autonomy*. Dietrich College of Humanities and Social Sciences, 2008, disponível *on line* em: <http://repository.cmu.edu/philosophy>.

Para enfatizar a manutenção das liberdades econômicas, num ato de interpretação originária, o Pacto determina ***que absolutamente “nada” em sua aplicação pode redundar em constrição da liberdade dos indivíduos de utilizarem seus próprios recursos.***³⁰⁰ Tal disposição guarda conexão com o direito de livremente exercer e escolher um trabalho e com o art. 17 da Declaração Universal dos Direitos Humanos que salvaguarda o direito de propriedade: “I) *Todo o homem tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros, II) Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.*”

Tais previsões implicam, for força da lógica dos fatos, a permissão da coexistência do livre mercado como princípio, para a implementação legal dos demais direitos de forma harmoniosa. A “liberdade de empreender”, ainda que não expressa como direito humano *nesses termos*, está implícita no aludido art. 17: “*some right to freedom of enterprise may be implied in the right to own property “alone as well as in association with others”, in the rights to work and to leisure and perhaps even in the scheme of economic and social rights generally.*”³⁰¹

Na mesma toada, os direitos de <<propriedade intelectual>> estão expressamente protegidos, cujo outro lado da moeda redundando na formalizada obrigação do Estado em incentivar o desenvolvimento tecnológico (art. 15)³⁰².

Ao mesmo tempo, alguns direitos são *diretamente dependentes* do desenvolvimento econômico, por exemplo, pela necessidade de um plano de desenvolvimento da agroindústria, de forma a garantir o direito à alimentação³⁰³; ou ainda, mais intimamente identificado com o crescimento da riqueza nacional e competitividade empresarial, como o direito a uma “remuneração que provenha todos os trabalhadores de um mínimo que seja “uma subsistência decente para eles próprios e suas famílias de acordo com as provisões do presente Pacto.” Como é sabido pelos economistas, a mera determinação legal do patamar do salário-mínimo não é o suficiente para concretização desse direito, mas depende da capacidade econômica dos empregadores e de uma economia pujante, que induza ao crescimento dos salários.

³⁰⁰ “Article 25. Nothing in the present Covenant shall be interpreted as impairing the inherent right of all peoples to enjoy and utilize fully and freely their natural wealth and resources.”

³⁰¹ HENKIN, Louis e outros. *Human Rights*. New York: Foundation Press, 1999, pgs 1133-1134.

³⁰² Artigo 15. Ponto 1: “The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone: (a) to take part in cultural life; (b) to enjoy the benefits of scientific progress and its applications; (c) to benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author.”

³⁰³ Artigo 11, ponto 2: “The States Parties to the present Covenant, recognizing the fundamental right of everyone to be free from hunger, shall take, individually and through international co-operation, the measures, including specific programmes, which are needed: (a) to improve methods of production, conservation and distribution of food by making full use of technical and scientific knowledge, by disseminating knowledge of the principles of nutrition and by developing or reforming agrarian systems in such a way as to achieve the most efficient development and utilization of natural resources; (b) taking into account the problems of both food-importing and food-exporting countries, to ensure an equitable distribution of world food supplies in relation to need.”

Provavelmente por tal motivo que o direito do artigo 11, o qual relaciona-se ao aqui colocado, repete a fórmula da necessidade dos Estados darem “passos” para a garantia desse direito.³⁰⁴

Todo o exposto harmoniza-se com a Declaração do *Direito ao Desenvolvimento*, adotada pela Assembléia Geral em sua Resolução 41/128 de 4 de Dezembro de 1986. Foi o contraste chocante entre a realidade dos países ricos com a dos países subdesenvolvidos que tornou evidente a necessidade de desenvolvimento econômico para a concretização plena do PIDESC:“(…) *the emergence of Third World states that perceived a link between economic and social rights and their striving for economic development.*”³⁰⁵

A Declaração do *Direito ao Desenvolvimento* fornece outros elementos para a interpretação do Pacto dos direitos econômicos, culturais e sociais. O ser humano, tomado individualmente, pela ótica da Resolução 41/128 não é apenas beneficiário, mas também *construtor* do processo, como “sujeito central do desenvolvimento” e “*participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento*” (art. 2); essa delegação de responsabilidade aos indivíduos está em harmonia com o papel dos Estados, conforme o art. 3º, que determina que a esses incumbe a “criação das *condições* nacionais e internacionais favoráveis à realização do direito ao desenvolvimento”; assim como com o princípio da *Autonomia*, já comentado.

O *Direito ao desenvolvimento* talvez corresponda ao reconhecimento mais vigoroso da dimensão econômica dos direitos humanos econômicos assim como a necessidade de uma enorme conjunção harmoniosa de fenômenos e ações de forma a resultar na entrega do aludido direito (coordenação sistemática das políticas públicas) de forma a promover, entre outros, a participação econômica individual. Como afirma a própria Declaração, a mesma se deve por reconhecer “(…) *que o desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes*”.³⁰⁶ (sem grifos no original)

2.1.4. Os níveis de ação do Estado: deveres de meio e de resultado.

Estando o direito/princípio à auto-determinação presente nos dois Pactos, fica claro

³⁰⁴ Artigo 11, ponto 1: “The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family, including adequate food, clothing and housing, and to the continuous improvement of living conditions. *The States Parties will take appropriate steps to ensure the realization of this right*, recognizing to this effect the essential importance of international co-operation based on free consent.” Sem itálico no original.

³⁰⁵ HENKIN, Louis e outros. *Human Rights*. New York: Foundation Press, 1999, pg 1133

³⁰⁶ <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>

que um indivíduo livre e emancipado constitui *o objetivo final* imperativo a ser alcançado pela totalidade dos dois Pactos (de direitos econômicos e de liberdades políticas e civis) ao mesmo tempo que o *meio* necessário para cumprimento de muitos dos próprios direitos humanos, pois os indivíduos são “*os sujeitos ativos de todo o desenvolvimento econômicos e social*”. Por conta disso, deve-se compreender que os dois pactos pretenderam dar relevo às *diferentes dimensões* do direito da auto-determinação e de como afeta de maneira *polifacetada* a relação do indivíduo com o Estado e mesmo com seus semelhantes. Simplificadamente, pode-se apontar, por ora, que a autonomia, para ser realmente vivenciada pelo indivíduo, requer tanto ações *positivas* quanto *negativas* por parte do Estado. Tanto ações que garantam a esfera de ação do indivíduo, protegendo-o da opressão, quanto ações que lhe garantam prestações ou fomento.

Soma-se a isso, a *integralidade* dos direitos humanos, na forma de “complementariedade e interação”³⁰⁷ no *mundo da vida* entre os efeitos concretos dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Acrescente-se, o que incluiria também os direitos da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nesse sentido, a garantia de direitos tais como direito de propriedade e de garantia de segurança pessoal são imprescindíveis para ao florescimento dos demais direitos, fato, inclusive, demonstrado historicamente.³⁰⁸

³⁰⁷ Representam essa doutrina COMPARATO, Fabio Konder; *A afirmação histórica do Direitos Humanos*, São Paulo: Saraiva, 1999. pg 305; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, v. I, pg. 391; PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 5. Ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, pgs.325-326; LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. *Os Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, cap. II; WEIS, Carlos. O Pacto Internacional dos Direitos econômicos, sociais e culturais, em: *Direitos Humanos: Construção da Liberdade e da Igualdade*. São Paulo: Centro de Estudos da procuradoria Geral do Estado, 2000, p. 292.

³⁰⁸ Conforme discutido no capítulo 3, a interdependência entre direitos que garantam efetiva liberdade econômica – tais como, direito de propriedade, e liberdade de contratar – e liberdades políticas é um tema profundamente desenvolvido pela robusta pesquisa histórica de ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Por que as Nações Fracassam: As origens do Poder, da prosperidade e da pobreza*; idem; PIPES, Richard. *Property and Freedom*. Vintage, 2007. Tal relação também é apontada, ainda que em termos diferenciados, pela profunda pesquisa do conjunto de pesquisadores que formaram a obra coletiva BAUMOL, William; LANDES, David S.; MOKYR Joel (org.). *The Invention of Enterprise: Entrepreneurship from Ancient Mesopotamia to Modern Times*. Princeton University Press, 2010. HAYEK e FRIEDMAN igualmente tratam da impossibilidade da existência de liberdades políticas e cívicas sem existirem liberdades econômicas efetivas para os indivíduos e empresas, Ainda que a existências dessas últimas não sejam causa *suficiente* as primeiras, constituem *conditio sine qua non*. FRIEDMAN, Milton, *Capitalismo e Liberdade*, Tradução de Luciana Carli, São Paulo: Victor Civita, 1984; e HAYEK, Frederich August von, *O Caminho Da Servidão*, Tradução: Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro, 6ª edição, São Paulo : Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. A razão da impossibilidade da coexistência entre liberdades civis e políticas com restrições econômicas reside na concentração de poder entre poder político e econômico. Apenas pela fragmentação tanto do poder político quanto econômico no seio da sociedade, especialmente no nível individual, é que se pode construir um sistema político mais transparente e democrático. Sob tal enfoque é que se compreende a “indivisibilidade entre direitos humanos econômicos e políticos.”

Por conta disso, que se reconheceu que a implementação do Pidesc passa não só por obrigações de *meio*, mas também vincula os Estados a assumirem prioritariamente obrigações de *resultado*. As primeiras têm por escopo garantir, primeiramente, a proteção dos recursos econômicos dos indivíduos ou comunidades, cabendo ao Estado prover primeiramente as *condições* para o exercício da conquista da autonomia dos indivíduos, de forma que deveres de satisfação direta de direitos sociais constituem medida subsidiária, aplicável no caso de inviabilidade do indivíduo suprir por si mesmo.

EIDE classifica os níveis de ação do Estado para garantia dos direitos econômicos, sociais e cultural em três, e esse último subdividido em duas modalidades. Têm-se assim:

1) dever de respeito aos recursos e liberdade de trabalho por parte da população, inclusive provendo o reconhecimento jurídico-formal para o exercício das ações econômicas por tais populações,

2) Dever de garantia e proteção contra ações de terceiros, como contra agentes econômicos predatórios,

3) Dever de garantia do conteúdo dos direitos econômicos, sociais e culturais na forma de *satisfação direta* (no caso de incapacidade dos indivíduos) e de *assistência* (ou fomento).

Tomamos a liberdade de transcrever integralmente a explicação dada por Asbjørn EIDE pela clareza de sua sistematização quanto à coordenação de tais medidas, *que devem conjugar sinergicamente a garantia de direitos individuais e sociais e os diferentes graus de ação por parte do Estado:*

“ Uma incompreensão comum é a de que todos os direitos econômicos, sociais e culturais devem ser providos pelo Estado, e que eles [por isso] são onerosos e conduzem ao crescimento exagerado do aparato estatal. Essa visão resulta de uma compreensão muito estreita desses direitos e das correspondentes obrigações estatais. Conseqüentemente, algumas palavras sobre a natureza deles [desses direitos] são necessárias.

É fundamental para uma compreensão realística das obrigações estatais [o fato de que] *o indivíduo é o sujeito ativo de todo o desenvolvimento econômico e social, como estatuído pela Declaração do Direito ao Desenvolvimento (art. 2º)*. Do indivíduo se espera, sempre que possível e através de seus próprios esforços e pela utilização de seus próprios recursos, encontrar maneiras de garantir a satisfação de suas necessidades e de sua família, individualmente ou em associação com outros. A utilização de seus próprios recursos, entretanto, requer que a pessoa possua recursos que possam ser usados – em geral, terra ou capital, ou trabalho. Isso pode incluir direitos compartilhados para uso da terra por comunidades, e os direitos de propriedade por populações indígenas.

Ademais, a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais de um indivíduo se darão no contexto de uma *família*, como a menor unidade econômica

[produtiva] (...).

Obrigações estatais devem ser vistas sob esta luz. **O Estado deve, num primeiro nível, respeitar os recursos de propriedade do indivíduo, sua liberdade de encontrar um trabalho de sua preferência e a sua liberdade de tomar as medidas necessárias para a utilização de seus recursos – sozinho ou em associação com outros – na busca da satisfação de suas necessidades.** Em respeito a esses que coletivamente de pessoas, tais como comunidades indígenas devem ser respeitadas de forma a lhes permitirem a satisfação de suas necessidades. **Conseqüentemente, parte das obrigações do Estado devem consistir no reconhecimento legal e registro de direitos de propriedade** de pequenos possuidores cujos direitos de propriedade são incertos.” *“By doing so, the State will have assisted them in making use of their resources in greater safety in their pursuit to maintain and adequate standard of living. Similarly, the rights of peoples to exercise permanent sovereignty over their own collective efforts, to satisfy the needs of the members of that group.”*

“Os deveres estatais consistem, **num segundo nível, na proteção da liberdade desses mesmos indivíduos em utilizarem seus recursos frente a ação de terceiros**, como a de agentes economicamente mais agressivos – interesses econômicos mais poderosos, proteção contra fraude, contra comportamentos anti-éticos comerciais e nas relações contratuais, contra *marketing* e *dumping* e produtos perigosos.” *“This protective function of the State is the most important aspect of state obligations also with regard to economic, social and cultural rights, and it is similar to the role of the State as protector of civil and political rights.”*

(...)

Ao **terceiro nível**, o Estado possui a obrigação de *assistir* e *satisfazer* os direitos econômicos, sociais e culturais de todos. A obrigação de *assistir* toma diversas formas, algumas das quais consistem em relevantes instrumentos. Por exemplo, sob o PIDEDEC (art.11 item 2), o Estado deve tomar medidas para promover meios de produção, conservação e distribuição de comida pela utilização plena dos conhecimentos técnicos e científicos e pelo desenvolvimento ou reformas agrárias. A obrigação de *satisfazer* pode consistir na provisão direta de itens essenciais (assistência alimentar ou pela seguridade social), quando nenhuma outra possibilidade se apresenta, por exemplo: (1) quando o desemprego aumenta (como durante uma recessão), (2) para proteção dos deficientes e idosos, (3) durante situações inesperadas de crise ou desastre. E (4) para aqueles que são marginalizados (por exemplo, devido a uma transformação estrutural na economia e na produção).

Agora pode-se ver mais claramente porque as alegações que os direitos econômicos e sociais se diferem dos direitos [humanos] civis e políticos porque os primeiros utilizam os recursos estatais enquanto que a garantia dos segundos não. Isso consiste numa simplificação grosseira. O argumento é legítimo apenas nas situações onde o foco sobre os direitos econômicos e sociais concentram-se no terceiro nível (**the obligation to fulfil**) enquanto direitos civis e políticos são analisados no primeiro nível (**the obligation to respect**). **Esse cenário [ou recorte analítico] é, entretanto, arbitrário.**

Alguns direitos políticos e civis requerem ações por parte do Estado em todos os níveis – inclusive na obrigação de prover assistência, quando tal necessidade assim se apresenta. **Direitos econômicos e sociais, por outro lado, podem, em muitos casos, serem melhor protegidos mediante a não-interferência pelo Estado na liberdade de utilização dos recursos possuídos pelos indivíduos.** À luz da complexidade da questão, e pela necessidade de flexibilidade para poder responder a diferentes situações, agora compreende-se que as provisões básicas (PIDESC, arts. 2 e 11) foram desenhadas prioritariamente como **deveres de resultado** que **deveres de meio** [ou

deveres de conduta].”³⁰⁹ (sem grifos ou destaques no original)

LOGO, à luz do princípio da Autonomia, *o conjunto de ações do Estado encontram um fio condutor para sua adequada harmonização*. Ficam explicitados também os níveis de ação/interferência estatal, ligadas às diferentes **dimensões** dos direitos, os quais – independentemente de serem direitos políticos ou sociais – requerem tanto ações positivas quanto abstenções por parte do Estado.

Diante de tais considerações, fica clara a necessidade de tratamento dogmático – no que concerne garantia dos direitos humanos econômicos, como dimensão dos direitos sociais – quanto às ações estatais positivas ou de abstenção que visem *garantir aos indivíduos o devido uso de seus recursos e sua plena inserção econômica*. A doutrina têm se debruçado quase que exclusivamente no tratamento da obrigação estatal de cumprimento do conteúdo do direito social (*obligation do fullfil*), o qual o mencionado autor o identifica como *o terceiro nível de ação estatal*. Todavia, percebe-se a ausência de tratamento sistemático quanto *aos dois outros níveis* de ação governamental, que se mostram essenciais para o exercício dos próprios recursos, logo, para exercício efetivo e pleno dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais.

Trazendo novamente à baila o exemplo dos produtores de queijo artesanal, ressaltamos mais uma vez como o exercício da atividade econômica encontra-se profundamente entrelaçada com a dimensão social e cultural: a reprodução de um modo de produção constitui concomitantemente a garantia da perpetuação de um estilo de vida, de um saber tradicional e de um meio de manutenção dessas famílias no campo. Essas famílias não necessitam de ações governamentais prestacionistas (ou de terceiro nível): elas necessitam é de:

- a) abstenção estatal, no que concerne a invasão perpetrada por uma legislação inadequada, ou ao menos, sua reforma (*primeiro nível de proteção*);
- b) proteção contra regulamentos que afetem sua produção e inserção econômica de forma desigual perante grandes estruturas industriais (*ações tanto de primeiro quanto de segundo nível*).

Como se verá no **capítulo 5**, a burocracia estatal impacta toda a economia, *mas possui um efeito econômico desigual sobre pequenas e micro empresas*, consubstanciando verdadeiras ofensas aos direitos econômico-sociais frente os deveres de ação estatal de primeiro (dever de respeitar os recursos e liberdades econômicas, e dever de registros legais dos recursos econômicos de populações hipossuficientes) e de segundo nível (dever de proteção frente terceiros, possuidores de maior poder político-econômico).

³⁰⁹ Tradução livre. EIDE, Asbjørn. *Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights*. pgs 1115-1118. In: HENKIN, Louis e outros. *Human Rights*. New York: Foundation Press, 1999.

2.1.4.1. Novos desdobramentos para a emancipação econômica dos pobres: caso da “Commission on Legal Empowerment of the Poor”.

Dada à riqueza do tema, ele tem se mantido em aberto e em contínua efervescência. Investigações sobre o “primeiro nível” de proteção dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais ganharam um grande enriquecimento com pesquisas que apontam as formas variadas pelas quais o Estado pode desrespeitar os recursos e liberdade de empreender da população mais pobre. Mais recentemente, graças às descobertas trazidas pela Nova Economia Institucional, discussões têm surgido em torno de como a lei e as instituições poderiam ser analisadas de forma a serem aperfeiçoadas para uma real emancipação econômica dos que se acham excluídos do mercado de trocas econômicas. As revelações trazidas por essa nova vertente da pesquisa econômica lançou luz sobre uma dimensão da realidade social que se mantinha inconsciente para os pesquisadores sociais: a de que a própria ação estatal poderia estar mantendo enormes contingentes populacionais na pobreza de forma artificial, impedindo-os de utilizarem seus recursos e força de trabalho, dando origem – ou, ao menos, reforçando – estruturas de exploração como máfias, governos corruptos e grandes estruturas econômicas empresárias.

Hospedada pelas Nações Unidas, formou-se a **Commission on Legal Empowerment of the Poor (CLEP)**, com atividades iniciadas em 2005, tendo como missão ser a “*first global initiative to focus on the link between exclusion, poverty, and the law.*” Após três anos de pesquisas, a Comissão concluiu que “4 bilhões de pessoas no mundo estão excluídas da chance de poderem usufruírem de direitos econômicos” (entendidos como direitos de propriedade e respeito a contratos) por estarem desprotegidas do abrigo da Lei (*rule of law*)³¹⁰. Entre os muitos efeitos, a informalidade, por exemplo, mantém uma enorme parcela da população sem poderem usufruir das vantagens econômicas do mercado. Dessa forma, concluem que devem ser empreendidas mudanças sistêmicas de forma que a regra legal chegue a todos, pois, para que as pessoas efetivamente escapem da pobreza, o “sistema legal deve garantir acesso tanto aos direitos civis quanto a bens e serviços públicos”.³¹¹

³¹⁰ “This Commission argues that four billion people around the world are robbed of the chance to better their lives and climb out of poverty, because they are excluded from the rule of law. Whether living below or slightly above the poverty line, these men, women, and children lack the protections and rights afforded by the law. They may be citizens of the country in which they live, but their resources, modest at best, can neither be properly protected nor leveraged.” COMMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR, *Making The Law Work for Everyone*. vol I, Nações Unidas, 2008, pg. 1; disponível *on line* em: https://www.un.org/ruleoflaw/files/Making_the_Law_Work_for_Everyone.pdf

³¹¹ “The legal system must protect access to both private rights and public goods if poor people are to be able to escape poverty.” COMMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR. *Access to Justice and the Rule of*

The rule of law and access to legal institutions and services can address those barriers by opening up opportunities for formal economic activities, reduce vulnerability and secure access to assets (physical, human, financial, social, and natural) and markets for poor people to enhance pro-poor growth and poverty reduction. The CLEP sees “a well-functioning rule of law as the foundation on which all institutional structures promoting economic growth and development rest, e.g. commodity markets, financial markets, contracts and fiscal policies” and is therefore focusing on promoting access to justice, property, business and labour rights. It states that, if able to use the law, people living in poverty will be put in a “position to protect and advance their rights as citizens and economic actors”, a prerequisite for participating in and benefitting from growth. “Legal empowerment can only be realised through systemic change aimed at unlocking the civic and economic potential of the poor”.³¹²

Tais achados são parte integrante das políticas das Nações Unidas organizadas pela *Commission on Legal Empowerment of the Poor*, além de ter servido de contribuição para a criação de iniciativas similares em organizações internacionais como o Banco Mundial, Open Society Foundations e OCDE. Os achados dessa comissão serão tratados em maior profundidade no capítulo 5.

2.2.DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

2.2.1 Posições jurídico-subjetivas nos direitos sociais.

Direitos fundamentais consistem em diversas “posições jurídicas”³¹³ subjetivas “das pessoas enquanto tais”, podendo ser acionados individual ou coletivamente, assentes seja na “Constituição formal, seja na Constituição material”.³¹⁴ Em sentido material, refletem o reconhecimento de uma esfera própria da pessoa, frente ao Poder Público, permitindo a utilização para tanto do “direito natural”, o “apelo ao valor da dignidade humana” e “direitos derivados da natureza do homem”.³¹⁵ No sentido formal, constituem “princípios estruturantes do Ordenamento”³¹⁶ em sua dimensão sistemática, e de faculdades outorgadas e reguladas constitucional e legalmente, da perspectiva do sujeito.

Law, IN: *Making The Law Work for Everyone*, vol II, pg. 2, disponível on line em: http://www.undp.org/content/dam/aplaws/publication/en/publications/democratic-governance/legal-empowerment/reports-of-the-commission-on-legal-empowerment-of-the-poor/making-the-law-work-for-everyone---vol-ii---english-only/making_the_law_work_II.pdf

³¹² COMMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR, *Making The Law Work for Everyone*. vol I, Nações Unidas, 2008.

³¹³ “Admitir que direitos fundamentais em cada ordenamento aqueles que a sua Constituição, expressão de certo e determinado regime político, como tais definisse seria o mesmo que admitir a não consagração, a consagração insuficiente ou a violação reiterada de direitos como o direito à vida, à liberdade de crenças ou a participação na vida pública só porque de menor importância ou desprezíveis para um qualquer regime político” MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV: Direitos Fundamentais, Coimbra: Coimbra Editora, 1988, pg. 9.

³¹⁴ MIRANDA, Jorge, *idem*, pg 7.

³¹⁵ MIRANDA, Jorge, *ibidem*; pg 10.

³¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais...* ob.cit.,pgs 42 e ss.

Por “direitos fundamentais sociais” temos um conjunto denso e variado de bens (saúde, previdência social, cultura, trabalho, direitos trabalhistas, liberdade sindical, etc.), direitos à garantias institucionais (sistema de seguridade social, sistema educacional, normas protetivas da família) e princípios constitucionais. Revelam, ainda, tanto posições negativas (como a aludida própria liberdade sindical, que impõe *prima facie* uma esfera de liberdade) quanto positivas.

MENDES destaca a dimensão positiva dos direitos sociais para lhes realçar a dimensão mais característica. Citando Krebs: “*não se cuide de ter liberdade em relação ao Estado (Freiheit vom...), mas de desfrutar essa liberdade mediante atuação do Estado (Freiheit durch...)*.”³¹⁷ Todavia, o próprio Ministro alerta que “se caso se pretenda atribuir aos direitos fundamentais eficácia superior a das normas meramente programáticas, então se deve identificar os contornos e limites de cada direito, isto é, a exata definição de seu *âmbito de proteção*.”³¹⁸

Segundo José Afonso da Silva, os direitos sociais em sentido amplo abrangem tanto uma concepção de cunho universal (saúde, moradia, previdência, educação) como de cunho específico (dos portadores de deficiência, da criança, e do adolescente). Incidindo ainda na seara de direitos culturais (educação, ciência) ou na seara econômica (direitos pecuniários e ao trabalho). Classifica-os, portanto, em: direitos relativos ao trabalhador, direitos relativos a seguridade social, direitos relativos a educação e a cultura, direitos relativos a moradia, direitos relativos a família, criança, adolescente e idoso, direitos relativos ao meio ambiente.³¹⁹

André Ramos Tavares agrupa os direitos sociais nas seguintes categorias: a) direitos sociais dos trabalhadores, b) direitos sociais da seguridade social, c) direitos sociais de natureza econômica, d) direitos sociais da cultura, e) direitos sociais de segurança³²⁰. De outra parte, Walber de Moura entende os direitos sociais dos trabalhadores classificados em direitos sociais individuais e direitos sociais coletivos. Os direitos da seguridade social compreendem o direito a saúde, a assistência social e a previdência social. Os direitos da cultura abrangem o direito a educação e o direito a cultura propriamente dita. Destaca, ainda, “direitos sociais de natureza econômica”, os quais abrangeriam a “busca do pleno emprego, redução das desigualdades sociais e regionais, erradicação da pobreza e da marginalização, defesa do consumidor e da livre concorrência.”³²¹

³¹⁷ KREBS, Freiheitsschutz durch Grundrechte, pg 617, APUD: MENDES, Gilmar. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 4ª ed. Editora Saraiva, 2012, pg. 473.

³¹⁸ MENDES, Gilmar. ob.cit., pg. 468. Sem destaque no original.

³¹⁹ SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pg 287.

³²⁰ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p 712.

³²¹ Ver mais em: AGRA, Walber de Moura, “*Direitos Sociais*”, In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES,

Dieter Murswiek, publicista alemão, sistematizou as prestações estatais em quatro grupos: a) prestações sociais em sentido estrito, tais como a assistência social, aposentadoria, saúde, fomento da educação e ensino, etc., b) subvenções materiais em geral, não previstas no item anterior; (poderia ser citado aqui o programa Bolsa-Família, auxílio a pequenos agricultores, etc.) c) prestações de cunho existencial no âmbito da providência social (*Daseinsvorsorge*), como a utilização de bens públicos e instituições, além do fornecimento de gás, luz, água, etc., d) participação em bens comunitários que não se enquadram no item anterior, como, por exemplo, a participação (no sentido de quota-parte) em recursos naturais de domínio público.³²²

Como visto, ao falarmos sobre direitos sociais, de imediato vem à mente a ideia de que são direitos que reclamam do Estado atividades positivas, podendo facilmente levar ao erro de identifica-las com a entrega do *bem*. Todavia, o conceito de “prestação” é mais amplo que o do cumprimento do conteúdo do direito social por parte do próprio Estado, de forma que mesmo tradicionais direitos fundamentais de “defesa” incluem também para seu exercício a necessidade de prestações por parte do Estado.

Basta lembrar, por exemplo, o conceito de “prestação” de ALEXY, englobando sob tal denominação “todo direito a uma ação positiva” do Estado, podendo se traduzir em prestações *normativas* (como o “direito de proteção mediante normas de direito penal”), à pretensão às normas organizacionais; por fim, só então, às prestações materiais.³²³ Tentar restringir a dimensão positiva dos direitos sociais à prestação de bens materiais não abrangeria todo o sistema dos direitos sociais, pois as prestações normativas e garantias institucionais podem se mostrar tão importantes quanto na *perspectiva do indivíduo*. Por tal motivo, o constitucionalista alemão entende que, no caso direitos fundamentais sociais, “há um feixe de posições que dizem respeito em parte a prestações fáticas e em parte a prestações normativas.”³²⁴

A falta de uma devida articulação entre os níveis de ação estatal e das necessidades reais da população induz a certa confusão em seu tratamento. Como visto, é ampla a gama de possibilidades da atuação estatal sob o guarda-chuva dos direitos sociais, e tal amplitude necessita receber devido tratamento terminológico articulado com a definição do “âmbito normativo” dos direitos sociais, com o abandono de qualquer sectarismo. CANOTILHO, nesse

Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Tratado de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012-. v ISBN 9788502143883 (v. 1), pg .583 e ss.

³²² Murswiek, in HBStR V, pg 253, APUD: Ingo Wolfgang Sarlet. *A eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Livraria do Advogado editora Porto Alegre, 2009, pgs 283-284.

³²³ ALEXY, Robert. ob.cit.pg 442.

³²⁴ ALEXY, Robert. idem, pg 442-443.

sentido, levanta severa crítica à dogmática, afirmando que “*paira sobre a dogmática e teoria jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais a carga metodológica da vaguides, indeterminação e impressionismo que a teoria da ciência vem apelidando, em termos caricaturais, sob a denominação de ‘fuzzismo’ ou ‘metodologia fuzzy’.* E, toda sua radicalidade a censura de fuzzismo lançada aos juristas significa basicamente que eles não sabem do que estão a falar quando abordam os complexos problemas dos direitos econômicos, sociais e culturais.”³²⁵

Pela ausência de definições claras, ou seja, de um recorte preciso do âmbito normativo dos direitos sociais, ao contrário do que ocorre com os direitos e garantias individuais, preferiu-se adotar uma abordagem que tenha como enfoque a <<*satisfação*>> *da necessidade material pelo bem da vida apontado pela norma, partindo da satisfação passa-se a definir o* “âmbito de proteção”, podendo ser articulada com os três níveis de ação estatal, conforme a apresentada classificação de Asbjørn EIDE. Desta forma, entende-se como abrangidas pelo âmbito de proteção a) as *garantias institucionais* já constantes da Constituição ou legalmente, b) o dever de fomento por parte do Estado, c) a busca pela *renda*, como aplicação ampliada do “direito ao trabalho” ou de “proteção do uso dos recursos”, estando aqui subsumida o dever de respeito do Estado pelos recursos (humanos e materiais) dos indivíduos.

2.2.2. A eficácia das normas dos direitos fundamentais sociais.

2.2.2.1. Eficácia técnico-jurídica.

A eficácia apresenta basicamente três acepções na teoria do direito: a) aptidão para produzir efeitos jurídicos; b) produção de efeitos jurídicos; c) aplicabilidade.³²⁶

Em relação às regras jurídicas, a eficácia pode se manifestar de quatro formas distintas. A primeira, denominada eficácia técnica, refere-se à aptidão da norma produzir efeitos tendo em conta sua estrutura intranormativa³²⁷. A segunda, denominado eficácia semântica, confronta-se o plano normativo com a situação de fato por ele regulado. Assim, o cotejo entre a hipótese normativa e o suporte fático revelará a compatibilidade necessária para a norma atuar. O descompasso entre o plano dos fatos e o da norma importará na ausência desse tipo de eficácia. Se tais modalidade eficaciais se fizerem presentes, a regra jurídica incide, “jurisdicizando

³²⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 99-100.

³²⁶ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível*. Brasília, a. 49, n. 193, jan/mar 2012, pg 8. Disponível on line em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496554/000940642.pdf?sequence=1>

³²⁷ Examina-se, sob esse ângulo, se os âmbitos de validade estão delineados de maneira precisa para que a norma possa atuar no campo dos fatos. Cf: Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1996, pgs 11-16).

suportes fáticos”³²⁸.

Por fim, tem-se a hipótese de *eficácia social (efetividade)*, que significa a produção dos efeitos previstos pela norma no plano dos fatos, por ter sido voluntária ou coativamente cumprida por seu destinatário.³²⁹ Essa é a compreensão clássica. TERCIO SAMPAIO, por exemplo, entende que a efetividade da norma é, *prioritariamente*, uma questão semântica³³⁰ (de coincidência entre o signo e o significado na realidade).

Sob essa luz, as dificuldades de *definição* dos direitos sociais ganham alguns contornos. Várias normas que veiculam direitos sociais (em especial o art. 6º), fogem da estrutura normativa clássica, que em geral estabelecem uma relação triádica entre a *norma*, uma conduta *individualmente indetificável*, abrindo a possibilidade para a coação estatal. Se analisarmos os principais *signos* enunciados pelo art. 6º (trabalho, saúde, moradia,..) e “direitos” conjugado com “sociais”, emerge a evidência de que se estabelece um “dever” para o Estado, e uma possibilidade de exigência por parte da população. Mas o *conteúdo*, ou seja, qual a *conduta individual* que consubstancia a situação de fato almejado não está presente. Daí porque, a única solução *substantiva* é compreender esses direitos primeiramente como um *fim* a ser alcançado ou promovido pelo Estado. Ou, como afirma CANOTILHO, uma análise normativa rigorosa levará à necessária distinção no plano normativo entre “direitos sociais e políticos” do dever estatal de “políticas públicas de direitos sociais.”³³¹

Essa dificuldade (ou estratégia) *técnica* é que coloca muitos dos direitos sociais sob a

³²⁸ KELSEN já diferenciava vigência de eficácia: “Como a vigência da norma pertence à ordem do dever-ser, e não à ordem do ser, deve também distinguir-se a vigência da norma da sua eficácia, isto é, do fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos.”ob.cit., pg 11. MIRANDA ressalta essa diferenciação: “a incidência da regra jurídica é a sua eficácia; não se confunde com ela [a norma], nem com a eficácia do fato jurídico; a eficácia da regra jurídica é a sua incidência” MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 1999, pg. 63.

³²⁹ Assim, por exemplo, como explica FERRAZ, a norma que prevê o uso obrigatório de cinto de segurança em veículos automotores apresentará eficácia social no instante em que os condutores de automóveis fizerem uso desse equipamento de segurança. Convém salientar, contudo, que, ainda que a norma não seja cumprida, poderá apresentar esse tipo de eficácia, à medida que os objetivos visados com sua edição sejam atendidos, a exemplo da satisfação ideológica. FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Editora Atlas. 4ª ed., 2003, pg. 95.

³³⁰ “Uma norma válida pode já ser vigente e, no entanto, não ter eficácia. Vigência e eficácia são qualidades distintas. A primeira refere-se ao tempo de validade. A segunda, à produção de efeitos. A capacidade de produzir efeitos depende de certos requisitos. Alguns são de natureza tática; outros, de natureza técnico-normativa. A presença de requisitos táticos torna a norma efetiva ou socialmente eficaz. Uma norma se diz socialmente eficaz quando encontra na realidade condições adequadas para produzir seus efeitos. Essa adequação entre a prescrição e a realidade de fato tem relevância semântica (relação signo/objeto, norma/realidade normada). Efetividade ou eficácia social é uma forma de eficácia. Assim, se uma norma prescreve a obrigatoriedade do uso de determinado aparelho para a proteção do trabalhador, mas esse aparelho não existe no mercado nem há previsão para sua produção em quantidade adequada, a norma será ineficaz nesse sentido.” FERRAZ, Tercio Sampaio. *idem*, pg 199.

³³¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pg. 101.

clave de “normas programáticas”, ou de normas de “eficácia contida”. Sabemos que as normas são classificadas como de eficácia plena, contível e limitada por conta da eficácia *técnica*. O problema aí é da presença ou não dos domínios de vigência da norma que a permitem atuar no plano dos fatos. Tal aptidão de produzir efeitos – eficácia técnica – como ensina Tercio Sampaio Ferraz Júnior, admite graus, cuja aferição depende da verificação das *funções eficaciais*. Com base em tais funções e tendo em vista os âmbitos de validade é que as normas jurídicas admitem a classificação supra quanto aos graus de eficácia aludidos.³³²

2.2.2.2. Normas programáticas.

Num sentido *formal*, normas de conteúdo programático são aquelas que, apesar de possuírem capacidade de produzir efeitos, por sua natureza necessitam de outra lei que as regulamente. Na Constituição, consubstanciam, em geral, programas e diretrizes para atuação futura dos órgãos estatais. Já, *substantivamente*, são aquelas que traçam princípios a serem cumpridos pelos órgãos estatais (legislativo, executivo, judiciário e administrativo) visando à realização dos fins sociais do estado. Sua função é estabelecer os caminhos que os órgãos estatais deverão trilhar para o atendimento da vontade do legislador constituinte, para completar o que já foi desenhado constitucionalmente: “procuram dizer para *onde* e *como* se vai, buscando atribuir fins ao Estado.”³³³ Seu conteúdo, portanto, importa uma aplicação temporal diferida,³³⁴ destinando-se prioritariamente ao *legislador*, pois a ele cabe cumprir o dever veiculado pela norma programática.

“(…) programáticas são aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando a realização dos fins sociais do Estado.”³³⁵

Essa característica já havia emergido na Declaração internacional dos Direitos Humanos (os quais serviram de inspiração para a Constituição). O Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966³³⁶ (PIDESC), diferenciou-se do Pacto dos Direitos

³³² Cf FERRAZ, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. Editora Atlas: São Paulo. 4ª ed., 2003, pgs 200 - 202

³³³ Grifos do Autor. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pg. 141

³³⁴ SILVA, José Afonso da. *idem.*, pg 136-137.

³³⁵ SILVA, José Afonso da. *ibidem.*, pg. 138.

³³⁶ Adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela resolução 2200A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de Dezembro de 1966, com entrada em vigor na ordem internacional em 3 de Janeiro de 1976.

Civis e Políticos porque esse último deveria ter “aplicação imediata”, enquanto que o anterior, *ainda que obrigatório e com certos efeitos imediatos*, possui metas que dependem de *progressiva concretização*, pois um dos seus fatores limitativos (como declarado pelo próprio Pacto) seria o *nível de desenvolvimento econômico do país signatário*.

PIMENTA destaca o conteúdo e o histórico das normas programáticas, ao definí-las “*como regras constitucionais que buscam conciliar interesses de grupos políticos e sociais antagônicos, apresentando conteúdo econômico-social e função eficaz de programa, obrigando os órgãos públicos, mediante a determinação das diretrizes que estes devem cumprir*”³³⁷. Relata ainda que sua origem dá-se com o surgimento do Estado Social, no período posterior à Primeira Guerra Mundial, notadamente após a crise de 1920³³⁸, coincidindo com a expansão da assunção de responsabilidades por parte do Estado.

Inicialmente, entendia-se que tais normas não tivessem aplicação imediata *tout court*, de forma que esse passado contribuiu para um ainda existente ranço negativo que as normas programáticas evocam³³⁹. Atualmente, entende-se que as normas em estudo são eficazes, contudo, o modo como a eficácia se manifesta é diferente em relação às demais regras constitucionais. Por conta da ausência de certos elementos normativos, o âmbito de aplicação não está devidamente delimitado, impedindo aplicação direta e imediata do *conteúdo* das normas programáticas.

Contudo, elas produzem efeitos jurídicos, que se espalham por todo o ordenamento, pelos seguintes motivos: “*i) estabelecem um vínculo obrigatório para os órgãos públicos; ii) limitam a discricionariedade dos órgãos legisladores; iii) determinam inconstitucionalidade superveniente das normas infralegais que disponham em sentido contrário; iv) proíbem a edição de normas contrárias; v) servem como elemento de integração dos demais preceitos*

³³⁷ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999, pg 173.

³³⁸ “Essa deficiência técnica das normas em epígrafe conduziu a doutrina a uma interessante discussão em torno da sua eficácia. Num primeiro momento, defendia-se que as normas programáticas não passavam de exortações morais, declarações desprovidas de qualquer eficácia. Posteriormente, entretanto, por força da influência da doutrina italiana, preocupada com a existência de um grande número de regras programáticas na Constituição italiana de 1947, um novo posicionamento apareceu. Liderados pelo constitucionalista italiano Vezio Crisafulli, uma nova corrente doutrinária surgiu, defendendo a eficácia das normas constitucionais programáticas, recusando a estas o mero rótulo de ‘conselhos’, ‘declamações’ ou ‘exortações morais’. PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível*. Brasília, a. 49, n. 193, jan/mar 2012, pg. 9. Disponível on line em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496554/000940642.pdf?sequence=1>

³³⁹ “A visão crítica que muitos autores mantêm em relação as normas programáticas é, por certo, influenciada pelo que elas representavam antes da ruptura com a doutrina clássica, em que figuravam com enunciados políticos, meras exortações morais, destituídas de eficácia jurídica. Modernamente, a elas se reconheceu um valor jurídico idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição, como cláusulas vinculativas, contribuindo para o sistema através dos princípios, dos fins e dos valores que incorporam. Sua dimensão prospectiva, ressalta Jorge Miranda, é também uma dimensão do ordenamento jurídico, pelo menos no Estado Social” BARROSO, Luiz Roberto, *Direito constitucional e efetividade de suas normas*. 5 ed, rev. E ampliada, São Paulo e Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pg. 120.

constitucionais; vi) fixam diretivas para o legislador ordinário; vii) estabelecem diretrizes para a interpretação das fontes infraconstitucionais.”³⁴⁰

As normas programáticas enunciativas ou declaratórias de direitos geram ainda outros efeitos, como a vinculação dos órgãos públicos à sua observância, mesmo diante da ausência de regulação infraconstitucional.

DELLEY classifica tais normas como “*finalizáveis*”, ou seja, que impõe um *fim* a ser atingido pelo Estado, não o meio – ou conduta –, ao contrário das normas “tradicional”, que individualizam uma conduta, e seu cumprimento ou descumprimento é verificado pela técnica da subsunção.

A metodologia da Legística surgiu com o enfoque de dar efetividade às normas em geral, *mas às normas programáticas – ou finalizáveis – em particular*, ao criar uma abordagem empírica que possa instruir a escolha do legislador e gestor público para uma correta articulação entre *meios* e *fins* num sentido imediato, e sua harmonização e coesão com o restante do Ordenamento.

2.2.2.3 O Obstáculo da limitação orçamentária: “Reserva do Possível”.

A excessiva focalização dos direitos sociais apenas sob seu aspecto prestacionista ou “de terceiro nível de ação” estatal acaba por trazer à baila a questão da limitação orçamentária, o qual tem sido identificada com a doutrina da “Reserva do Possível”, ainda que originariamente seu sentido não seja totalmente coincidente com a mera limitação orçamentária.

O Princípio da Reserva do Possível ou Princípio da Reserva de Consistência é uma construção jurídica germânica originária de uma ação judicial³⁴¹ que objetivava permitir a determinados estudantes cursar o ensino superior público embasada na garantia da livre escolha do trabalho, ofício ou profissão. Neste caso, ficou decidido pela Suprema Corte Alemã que, somente se pode exigir do Estado a prestação em benefício do interessado, desde que observados os limites de *razoabilidade*. Nesse caso específico, o tribunal decidiu que a garantia à admissão ao ensino universitário, uma vez preenchidos os requisitos de admissão, ainda estaria submetido “*à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade*”³⁴².

Os direitos sociais que exigem uma prestação estariam, assim, sujeitos à “reserva do

³⁴⁰ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas*, ob.cit., pgs. 9 e 10.

³⁴¹ Cf: ALEXY, ob.cit, pgs 437-440.

³⁴² BVerfGE 43, 291 (313-314); pela primeira vez em BVerfGE 33, 303(333), Cf: ALEXY, idem, pg. 439.

possível” no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, *pode razoavelmente esperar da sociedade*. *Contrario sensu*, a *irrazoabilidade* justificaria a negativa. Nesse sentido, estariam englobadas limitações estruturais e financeiras do Estado.

Corriqueiramente, tem-se entendido a cláusula da “reserva do possível” como sinônimo de limitação orçamentária do Estado, mas depreende-se que seu sentido original é bem mais vasto. A partir dele poderíamos concluir que qualquer exigência irrazoável que o indivíduo pretenda da sociedade deve ser negada, independentemente da situação econômica-financeira do Estado. Nesse sentido, SARLET³⁴³ expande a noção de reserva do possível, discriminando entre impossibilidade financeira e jurídica, desta forma a reserva do possível pode se identificar com um limite fático, que se relaciona à disponibilidade efetiva de recursos; ou *limite jurídico*, pela limitação de disposição, pelo Estado, em dispor do objeto do direito reconhecido”.³⁴⁴

A *contrario sensu*, poderiam também ser criadas novas interpretações dos direitos sociais, *de forma a ampliar o alcance daqueles que mostrassem insuficiente proteção* pela norma infra-constitucional, dada a *razoabilidade* de se esperar determinada prestação ou *proteção* por parte da sociedade ou do Estado.

A limitação orçamentária, tratada sob a cláusula da reserva do possível, se mostra um tema tão fervilhante por conta do fato que a *“satisfação dos direitos subjetivos a prestações fáticas, inclusive aqueles veiculados pelas normas programáticas, exige a realização de despesas pelo Estado. Portanto, a implementação desses direitos importa em custos para o ente público”*.³⁴⁵ Ainda que igualmente destaquemos os custos dos “direitos de defesa”, ainda assim, são os direitos sociais que “apresentam uma maior relevância econômica pela técnica da prestação.” Por conta disso, “sua efetivação está submetida, entre outras condicionantes, à

³⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais: orçamento e 'reserva do possível'*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2008, pgs. 28-29.

³⁴⁴ “Andrei Pitten Velloso identifica quatro hipóteses básicas referentes ao custo dos direitos opostos ao Poder Público: “1) há recursos suficientes nos termos da normatividade constitucional e não se verifica a exaustão da capacidade orçamentária; 2) não há recursos suficientes nos termos da normatividade constitucional, mas tampouco se verifica a exaustão da capacidade orçamentária, 3) não há recursos suficientes nos termos da normatividade constitucional e ocorre a exaustão orçamentária; 4) há recursos suficientes nos termos da normatividade constitucional mas inexistente capacidade orçamentária”. Na primeira, não há lugar para a denegação do direito: uma vez preenchidos os pressupostos, cabe ao Poder Público adimplir o dever correspondentes. Na segunda, o atendimento ao direito poderá acarretar o afastamento das balizas orçamentárias, como tem sido o entendimento em relação ao direito à saúde. Na terceira e na quarta hipóteses, poderá, eventualmente, haver dificuldade superável, pela realização de escolha entre as despesas a serem feitas, ou insuperável, em se tratando de exaustão orçamentária, efetiva. A questão que se coloca, efetivamente é a de saber se a impossibilidade econômica seria elisiva do direito deduzido, se ela seria suspensiva de sua exigibilidade ou se ela seria irrelevante.” *O papel dos princípios na interpretação: argumentação jurídica e sistema jurídico*. Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, v. 27, n. 58, p.22, 2004; APUD: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. “Custos dos Direitos e Reforma do Estado”. Por Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, pg 89-90.

³⁴⁵ HOLMES, Stephen, SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. New York. WW. Norton & Co, 1999.

reserva do financeiramente possível”³⁴⁶ pela força dos fatos.

Salientam-se também os eventuais danos a serem suportados por toda a coletividade, por conta das graves consequências sistêmicas geradas pelo *déficit* público, dada a “*variação negativa do poder aquisitivo da moeda, uma vez que compromete a capacidade de pagamentos do Estado*”.³⁴⁷ Numa descrição dos efeitos negativos que parece ter sido escrita nos dias atuais, Ives Gandra mostra-se profético:

“O déficit público provoca, se não controlado, alterações sensíveis nas taxas de juros e na oferta de moeda, na medida em que, não financiado, exige política fiscal mais austera, pela redução das despesas, ou mais irresponsável, pelo elementar aumento da carga tributária. E qualquer dos dois mecanismos afeta, de maneira mais ou menos intensa, a taxa de juros e a própria quantidade de moeda lato sensu, posto que nela incluso sua velocidade de circulação, posta à disposição do público”.³⁴⁸

O obstáculo orçamentário amplamente reconhecido e jurisprudencialmente albergado sob a doutrina da “reserva do possível” recebeu também tanta atenção dos militantes dos direitos sociais por conta da crença de que a as prestações materiais *diretas* por parte do Estado sejam a EXCLUSIVA estratégia existente para a realização dos aludidos direitos. A limitação de recursos constitui limite *fático* à efetivação desses direitos, seja pelo efetivo esgotamento orçamentário, seja por questão de razoabilidade e igualdade³⁴⁹, se tomados exclusivamente por

³⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 4ª ed. Editora Saraiva, 2012, pg. 474.

³⁴⁷ No dizer de Aliomar Baleeiro: “submete os fornecedores a penosas démarches, nas quais não raro florescem a corrupção e a imoralidade. Isso, em última análise, resulta na elevação de preços, porque os negociantes agregam ao custo ordinário das mercadorias parcelas da previsão para a mora e remuneração a colaboradores de todo o gênero para a cobrança”. (op.cit, p. 109; APUD Krell, Andreas Joachim. *Direitos sociais e o controle judicial no Brasil e na Alemanha – os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, pg. 100. APUD: CAMARGO, *Custos dos Direitos...* ob cit. p. 107

³⁴⁸ Ives Gandra da Silva Martins. Art.s 29 a 31. In: Plures. *Comentários à Lei da Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Saraiva, 200,p. 191, APUD CAMARGO, ob.cit. p. 107

³⁴⁹ Pode-se debater, por exemplo, como na tratativa do “direito a saúde” situações-limite que podem ferir o princípio de igualdade: ao se garantir tratamento “privilegiado” ou acesso a tratamentos mais caros àqueles que acessam o Judiciário; poderia-se prejudicar aqueles que não procedem ao mesmo instrumento jurídico-processual, de forma a desviar recursos públicos do atendimento público em geral para aqueles indivíduos em particular. Ex: “EMENTA Direito Constitucional e Administrativo. Ação civil pública. Acesso de paciente à internação pelo sistema único de saúde (SUS) com a possibilidade de melhoria do tipo de acomodação recebida e de atendimento por médico de sua confiança mediante o pagamento da diferença entre os valores correspondentes. Inconstitucionalidade. (...) É constitucional a regra que veda, no âmbito do Sistema Único de Saúde, a internação em acomodações superiores, bem como o atendimento diferenciado por médico do próprio Sistema Único de Saúde (SUS) ou por conveniado, mediante o pagamento da diferença dos valores correspondentes. 2. O procedimento da “diferença de classes”, tal qual o atendimento médico diferenciado, quando praticados no âmbito da rede pública, não apenas subverte a lógica que rege o sistema de seguridade social brasileiro, como também afronta o acesso equânime e universal às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde, violando, ainda, os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Inteligência dos arts. 1º, inciso III; 5º, inciso I; e 196 da Constituição Federal. 3. Não fere o direito à saúde, tampouco a autonomia profissional do médico, o normativo que veda, no âmbito do SUS, a assistência diferenciada mediante pagamento ou que impõe a necessidade de triagem dos pacientes em postos de saúde previamente à internação. 4. Recurso extraordinário a que se nega provimento.” RE 581488 / RS, de 03.12.15, Min. Dias TOFFOLI. Ver ainda Suspensões de Tutela Antecipada (STAs) 175 e 178 STF, as quais estabeleceram critérios para a “judicialização” da demanda por

sua dimensão prestacionista; todavia, os outros *dois níveis de ação estatal* – garantias e proteções procedimentais ou normativas que facilitem a emancipação econômica dos indivíduos e proteção de seus recursos – não esbarram na questão orçamentária. *Ao contrário*: auxiliam o enriquecimento da sociedade e, conseqüentemente, do Estado.

2.2.2.4. Por uma interpretação constitucional compreensiva dos direitos sociais.

MIRANDA, ao desenvolver o “regime específico dos direitos econômicos, sociais e culturais”³⁵⁰, salienta expressamente a “correlação com a Constituição Econômica”³⁵¹, seja na esfera das normas programáticas, quer na das normas preceptivas. Relacionam-se, ou seja, com as normas programáticas dos fins organizacionais, econômicos e sociais do Estado, as quais fixam os fins mediante os quais o Estado se organiza, inclusive os de natureza econômica e social (art. 170 e 193 da CF.)

Nesse sentido, e tendo em conta que se busca traçar os pontos de intersecção entre economia e direitos sociais, tal conexão pode ser traçada a partir do centro iluminador do valor “trabalho”. Nele, identificamos, concomitantemente, a intersecção entre a “Constituição Econômica” quanto da “Constituição Social” como fundamento comum a ambas.

Tal se depreende, primeiramente, do especial relevo que Constituição Federal dá ao “trabalho”. Ele é apresentado como “direito individual” (art.5ºXIII), como “direito social” (art. 6º), digno de um regime jurídico-constitucional específico (regime dos direitos e garantias trabalhistas constitucionais, arts. 7º a 11), *fundamento* da Ordem Econômica na mesma estatura que a “livre iniciativa” (art. 170, caput), ao mesmo tempo que se apresenta como “primado” da Ordem Social (art. 193).

O art. 193, inclusive, apresenta uma ordem de fática a ser observada. Assim ele afirma: “A ordem social tem como base o *primado* [primazia, preferência] do trabalho, e como *objetivo* o bem-estar e a justiça sociais”. Sabendo-se cada palavra constitucional é motivada, depreende-se que o constituinte determinou que a realização do *direito do trabalho* é a estratégia <<prioritária, principal>> para a realização dos *objetivos* do pleno bem-estar social e justiça social.

Ora, para efetivação do “direito” “trabalho”, isso no remete, *substantivamente*, à seara econômica em toda sua plenitude! Por tal razão, não sem motivo, a Constituição coloca o

fornecimento de remédios.

³⁵⁰ MIRANDA, ob. cit, pg. 336

³⁵¹ MIRANDA, idem, pg. 338.

“trabalho” e a “livre iniciativa” como fundamentos da República *lado a lado*:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;”

Como visto, o econômico mostra-se sempre entrelaçado com a questão da efetividade dos direitos econômicos e com os direitos sociais. Dado que o arcabouço normativo possui o poder de influenciar a *performance* somado à constatação da prevalência da atividade econômica como fonte *direta e indireta* da satisfação das necessidades materiais dos indivíduos, necessário se faz colocar o econômico em enfoque, de forma a integrá-lo à interpretação dos direitos sociais e à “enriquecer o cardápio de alternativas” para concretização dos mesmos. O obstáculo orçamentário do Estado não necessita ser o limite para o alcance da ação estatal.

3. “Concretização de Direitos Fundamentais Sociais”: do raciocínio abstrato deducionista para uma análise indutiva e empírica.

Dianta das considerações até então expostas, faz-se necessário esclarecer aqui a abordagem metodológica utilizada para se verificar a concretização ou realização do conteúdo de um direito social.

O tema “concretização dos direitos fundamentais” encerra em si um universo de considerações que vão além da análise jurídica da questão. Afinal, “concretizar” significa “tornar concreto o que é abstrato; fazer com se torne *real*.” É arrancar do mero enunciado da abstração da proposição jurídica do *dever-ser* o conteúdo substantivo para torná-lo *ser*. Ou seja, o tema “concretização dos direitos fundamentais” insere a discussão da efetivação do *conteúdo* da norma *no plano do mundo da vida (Lebenswelt)*³⁵², da discussão das bases *materiais* e da fenomenologia social que permitem a realização dos mesmos. Só então, ao revelar as condições materiais pressupostas, busca-se articular tal contingencialidade com o plano jurídico-abstrato e com os princípios fundamentais.

Essa operação implica, portanto, um abandono do raciocínio abstrato deducionista puro, que parte de um valor *eleito*, logo, partindo de um <<ato de vontade>> e *a priori*, e, a partir dele, passando a raciocinar de forma lógica-formal, com vistas a retirar conclusões de ordem concreta, mas sem ter exercido a *razão prática*.

³⁵² Ver nota 16 sobre o “mundo-da-vida”. Cf. HUSSERL, Edmund. *A Crise das Ciências...* ob.cit.

A complexidade da realidade tensionada com a limitação cognitiva do jusfilósofo não permitem tal raciocínio³⁵³. Não tomar consciência da própria limitação cognitiva e epistemológica induz o pensamento a tomar a posição de um observador “onisciente”, o que é evidentemente irreal, levando a falsear a verdade de todas as conclusões dela tiradas. Essa tomada de consciência deve ser prévia à análise, pois uma vez que se construa uma teoria de forma lógico-formal, ela obviamente parecerá “correta” à mente do jusfilósofo, pois é da própria natureza do raciocínio matematizante. Logicamente perfeita, mas desconectada com a realidade. Uma teoria assim construída transforma-se na gaiola dourada do pensamento.

HUSSERL aponta o “artificialismo” no qual teria caído a filosofia, indicando que devemos submeter nossas idealizações ao “mundo-da-vida” - o reino das evidências originárias, onde a consciência encontra-se livre de teorias³⁵⁴ (pré-teórica). Tomando consciência desse “lugar”, as representações de mundo lançam raízes mais profundas na “realidade”, uma vez que o “mundo-da-vida” seria o reino do que é *previamente* dado à consciência³⁵⁵.

³⁵³ Nesse sentido, Adrian VERMEULE aponta a limitação inata da capacidade julgadora dos juízes, de forma a integrá-la numa teoria de interpretação que leve em conta a limitação das capacidades institucionais. Um dos pontos centrais de sua teoria é a defendida impossibilidade da dedução de regras de interpretação de nível operacional (*operating-levels rules of interpretation*) **diretamente** de conceitos jurídicos ou políticos superiores (*high-level conceptual commitments*). Dado seu abstracionismo, faltar-lhes-ia a substância suficiente para proverem com orientações precisas sobre procedimentos interpretativos, sendo insuficientes como critério para solucionarem controvérsias operacionais no nível da práxis. Essa é a sua chamada face *antiteórica*. VERMEULE, Adrian. *Judging Under Uncertainty. An Institutional Theory Of Legal Interpretation* Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006.

³⁵⁴ “O argumento de Husserl não é tanto que a ênfase na natureza nos leva a um descuido com relação a outros domínios da objetividade e ao peculiar caráter das correspondentes ciências, mas que a idéia da matematização e do seu correlato mundo cientificamente interpretado, não está em oposição a outras formas de realização teórica e outros mundos ou domínios (...), mas sim [que 74 está em oposição] a uma forma de consciência que é totalmente livre de teorias, completamente desengajada de interesses teóricos em qualquer de suas possíveis formas”. CARR, *Phenomenology and the Problem of History. A Study of Husserl's Transcendental Philosophy*. Evanston, Illinois: Northwestern University Press, 1974, p.135 APUD: AZEVEDO, Erico de Lima, *A Crise das Ciências Europeias e a Fenomenologia Transcendental* de Edmund Husserl: uma apresentação. Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica De São Paulo, 2011, pg 74-75.

³⁵⁵ “Com esses elementos, Carr quer tornar claro que uma das interpretações óbvias de “mundo-da-vida”, aquela que simplesmente o coloca como o correlato de uma consciência científica, é incompleta, se não errônea. A correta interpretação do conceito reside no entendimento profundo do que signifique um mundo de experiências “pré-teóricas” e “pré-científicas”. Não se trata, portanto, apenas de ampliar a concepção de mundo, mas sim de aprofundá-la, uma vez que o “mundo-da-vida” seria o reino do que é previamente dado à consciência “antes de tudo o que é estabelecido cientificamente... em fisiologia, psicologia ou sociologia”. (Hu VI, p.105) O argumento central de Husserl seria a “relativização da consciência teórica”, a qual seria apenas uma das formas possíveis de consciência. Isso se confirmaria posto que os seres humanos não são seres necessariamente teóricos, seja em parte do tempo, seja durante todo o tempo, e não por isso, deixam de ser conscientes e de viverem em um mundo. A tarefa, para ele, seria justamente compreender este mundo e esta consciência, os quais são sempre anteriores a qualquer forma interpretada do mundo, seja pelas ciências naturais, seja pelas ciências do espírito.” AZEVEDO, Erico de Lima, *A Crise das Ciências Europeias e a Fenomenologia Transcendental* de Edmund Husserl: uma apresentação. Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica De São Paulo, 2011, pg 75, disponível on line em: http://www.ontopsicologia.org.br/arquivos/download/a_crise_das_ciencias_eurpeias_e_a_fenomenologia_transcendental_de_edmund_husserl_uma_apresentacao.pdf

Como um dos resultados, abre-se a possibilidade da consciência proceder a um movimento reflexivo, colocando em questão as representações mentais da “realidade”, de forma a aclarar, sanar, as representações mentais nebulosas e/ou incorretas. Toma-se consciência, reflexivamente, dos próprios *phantasmata*³⁵⁶.

Esses pontos são aqui destacados por conta da atividade investigativa a ser realizada: interpretação de direitos fundamentais conjugada com campo da realidade econômico-social. A amplitude desses campos colocam em questão os limites gnoseológicos do intérprete jurídico, cujas fronteiras também podem ser mais difíceis de transpor no caso de adoções ideológicas, que levam a deformar a apreensão da realidade, a subvalorizar ou a sobrevalorizar aspectos que se encaixem ou não com suas ideias prévias, tal como Procusto³⁵⁷ fazia com seus convidados.

Seja pela adoção prévia de uma teoria de valorativa dos direitos fundamentais baseada em uma filosofia política única (seja liberal, social, procedimentalista, entre outras), seja pelas “prenoções” do fenômeno econômico, qualquer prévia limitação cognoscente será prejudicial para atingimento da melhor solução possível (dentro da contingencialidade) que ocorrerá no campo da *práxis*, mais claramente, da *razão prática*.

“(…) barruntamos que el Derecho, a pesar de su conexión com el mundo de los valores, no es pura y simplemente um valor, sino que es um conjunto de cosas que ocurren em el seno de la vida humana y en área de la historia, y que tiene, por conseqüente, una serie de ingredientes que no pueden ser domiciliados em el reino de los objetos ideales, al cual pertenecen los valores”³⁵⁸

3.1. Determinação do “o quê” concretizar.

Dada a abordagem fenomenológica adotada, essa implica o recorte do “o quê” se terá em mente como parâmetro de “concretização dos direitos sociais”.

O “o quê” tomado aqui como parâmetro implica: a) a dimensão *programática* dos direitos sociais, em especial do art. 6º; b) uma interpretação extensiva do artigo 6º da

³⁵⁶ Em Aristóteles, *phantasma* (plural: *phantasmata*) corresponde à imagem mental, à representação remanescente na consciência de uma experiência ou impressão. Tal impressão nunca é exata, pois ela mantém apenas uma imagem esquemática da experiência. A ela, somam-se também as impressões imaginárias resultantes de *impressões*. A imaginação entra em cena de forma a articular e dar um sentido ao conjunto de *phantasmata*. Daí a necessidade do exercício mental reflexivo, de forma a não se construir uma teoria a partir de “fantasmas” de impressões da “realidade”. Cf. <http://plato.stanford.edu/entries/mental-imagery/>.

³⁵⁷ Mitologia grega. Trata-se do mito de um bandido que viveria na região de Elêusis. Em sua casa, ele tinha uma cama de ferro, que tinha seu exato tamanho, para a qual convidava todos os viajantes a se deitarem. Se os hóspedes fossem demasiados altos, ele amputava o excesso de comprimento para ajustá-los à cama, e os que tinham pequena estatura eram esticados até atingirem o comprimento suficiente. Uma vítima nunca se ajustava exatamente ao tamanho da cama porque Procusto, secretamente, tinha duas camas de tamanhos diferentes.

³⁵⁸ SICHES, Luiz Recasens. *Vida Humana, Sociedad y Derecho: Fundamentación de la filosofía del Derecho*. Biblioteca virtual Universal, 2003, pg.19, disponível on line em <http://www.biblioteca.org.ar/libros/89607.pdf>, acessado em 15/11/2015.

Constituição Federal, entendendo que o mesmo aponta como meta o estabelecimento do estado de bem-estar econômico-social. Essas duas colocações demarcam o território de investigação, onde a dimensão programática é a que clama prioritariamente pela necessidade de uma *técnica* que articule *meios* e *fins*, tal como a técnica da Legística; ao mesmo tempo que insere essa ação legislativa no campo da fenomenologia social ampla, sendo necessária a verificação dos efeitos sistêmicos causados pelo Ordenamento. Esse entendimento emerge tanto do ponto de vista jurídico-constitucional quanto fático. Do ponto de vista constitucional, impõe-se uma leitura sistemática da Constituição, revelando a especial conexão do aludido artigo com os <<princípios>> e <<metas>> da República (Art. 1º,II, III,IV; c/c Art. 3º, II e III), os princípios da Ordem Econômica (art.170)³⁵⁹ e os princípios da Ordem Social (art. 193), além da própria metodologia jurídica das normas programáticas, que colocam em evidência o cumprimento do *fim* e não do *meio*.

Desta forma, dada a globalizante tarefa da construção desse estado de bem-estar econômico-social, entende-se por <<concretização>> a que se materializa pela efetiva fruição do <<bem da vida>> pelo indivíduo, independentemente de tal bem ter sido entregue/obtido mediante ações estatais (incluindo-se as *diretas* ou *indiretas*), ou mesmo espontaneamente, por conta própria e/ou pela colaboração entre os indivíduos no seio da sociedade.³⁶⁰

A ação direta e indireta do Estado como englobada pela temática da <<concretização dos direitos fundamentais sociais>> é amplamente reconhecida, não necessitando de esclarecimentos.

Quanto à atividade econômica independente de ações estatais de fomento, tomada como outra forma de concretização de direitos fundamentais sociais, já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Procedeu-se a uma análise *prospectivo-econômica* enfocando a satisfação do direito social de *moradia*. Como sublinhou, então, o Ministro Sepúlveda Pertence: “Creio que o problema é dar efetividade ao direito à moradia, não só com relação às prestações positivas relativas ao Estado, mas também à chamada *eficácia horizontal* desse direito, nas relações privadas”. (Sem destaque no original).

³⁵⁹ Jorge Miranda sublinha essa conexão, através do “realce dos elementos de promoção e de participação dos interessados” e a “correlação com a Constituição econômica, quer na esfera das normas programáticas (...), quer na das normas preceptivas”. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV: Direitos Fundamentais, Coimbra: Coimbra Editora, 1988, pg. 338.

³⁶⁰ “Erradicação da pobreza significaria, necessariamente, tornar os bens da vida acessíveis à maior parte dos cidadãos. Isto seria exatamente o oposto, conforme sustentariam mesmo os liberais, da socialização da pobreza, do forçado despojamento dos cidadãos dos bens por ele obtidos. Para isto, far-se-ia necessário que pudessem adquirir o número de bens hábil à satisfação de suas carências fundamentais, enumeradas nos artigos 6 e 7, IV, da Constituição Federal.” CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. “*Custos dos Direitos*” e *Reforma do Estado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, pg 96-97.

No RE nº 407.688-SP, os ministros utilizaram instrumentos de *análise econômica* sistêmica para verificarem se a revogação do art. 3º, VII, da Lei 8009/90 (que excepciona a regra da impenhorabilidade do bem único do fiador em contratos de locação, para a satisfação do crédito do locador) poderia redundar no encarecimento dos valores de aluguel, logo, na maior dificuldade de satisfação do *direito à moradia* (art. 6º). Sublinhou-se, *in casu*, que a *ratio* do legislador havia sido a de criar um ambiente econômico que facilitasse o acesso à moradia, ao proporcionar aos proprietários de imóveis uma segurança para os mesmos oportunizarem imóveis para aluguel. Logo, não se está aqui inovando, apenas procurando sistematizar a dimensão interpretativa que reconhece o fenômeno econômico social também como fonte concretizadora de direitos sociais.

Esse enfoque ampliado da satisfação dos direitos sociais, por sua vez, colocou em evidência convergências e atritos entre a coordenação econômica-social e o arcabouço normativo, assim como, no plano jusfilosófico, a estratégia epistemológica do Positivismo jurídico, mostrando-a inadequada ao quadro de *complexificação* da sociedade e para a efetividade de normas programáticas ou finalizáveis.

Como foi exposto pelo exemplo do aludido julgado, muitos dos direitos sociais *efetivam-se* “no” ou são *intimamente dependentes* “do” orgânico e complexo fenômeno econômico. A mera formalização de um “direito” não dará origem ao *processo social* que o efetive, a efetivação requer uma segunda etapa, que articule *meios* e *fins* de forma racional e metodológica. Meramente estabelecer o “direito ao trabalho” não fará brotar empregos, antes, caberá ao Estado adotar as estratégias econômicas necessárias para incentivar uma certa *política econômica*, ou, proceder às reformas necessárias que obstaculizam a atividade econômica. Como salienta ASCENSÃO “*O Direito é uma ordem de sociedade. Uma ordem e não a ordem, repare-se, pois na sociedade outras ordens se encontram.*”³⁶¹ A imbricação entre satisfação das necessidades materiais e o fenômeno econômico, colocam em evidência algumas tensões entre Direito (como ordenamento legal) Economia (como fenômeno social) para concretização dos direitos sociais que se pretende analisar mais à frente, à luz da Legisprudência.

Ao deslizar a análise da aplicação subsuntiva da norma para o plano da efetividade penetra-se na abordagem legística, a qual foi criada especialmente para as normas finalizáveis, ou seja, para normas programáticas, que impõe a concretização de um resultado mais do que de um meio de ação predeterminado:

³⁶¹ ASCENSÃO, José de Oliveira, *O Direito: Introdução e Teoria Geral – Uma perspectiva Luso-Brasileira*. 9ª ed, Coimbra: Almedina, 1995, pg 4.

“Tradicionalmente, o Direito expressa valores cuja realização ocorre mediante aplicação de regras positivas. O 'Estado policial' do século XIX e do início do século XX atua pouco, mas de modo constrangedor: o instrumento de ação essencial é o mandamento, ou comando que toma forma de lei ou de ato administrativo. É em torno dessas duas figuras que o direito administrativo se estruturou. A estrutura característica da ação do Estado policial é de tipo condicional: as consequências da violação e pelo juiz nos termos de um raciocínio dedutivo. Os controles, jurisdicionais ou de outra natureza, erigem-se na conformidade das normas inferiores às normas superiores, bem como na dos comportamentos as normas jurídicas em geral.

Com o advento do Estado intervencionista moderno e o desenvolvimento das políticas públicas, aparece um outro modelo de ação, de tipo finalista, baseado na articulação de meios, jurídicos ou não, e dos objetivos a realizar: o meio – prescrição ou estímulo-, ainda que haja conformidade dos comportamentos, não é mais a garantia de que os objetivos visados serão atingidos. O meio é somente um instrumento a serviço dos objetivos.”³⁶²

O acoplamento dos direitos sociais a políticas públicas e a adoção da “técnica das normas programáticas” para concretização dos direitos sociais deixam *implícita* a amplitude dos fenômenos sociais que sustentam a satisfação das necessidades materiais. Para se compreender a tarefa da Legística em procurar articular de forma racional *fins* e *meios*, tendo em vista os efeitos sistêmicos que as normas causam no corpo social, faz-se necessário desviar a atenção do fenômeno puramente jurídico para o campo fenomenológico social da satisfação das necessidades materiais via a coordenação econômica:

3.1.1. A intersecção ontológica entre direitos sociais e economia: giro cognitivo-epistemológico para a conscientização da “fenomenologia” da satisfação das necessidades materiais.

Muitos desses bens resultam do trabalho humano coordenado via relações econômicas, cuja concretização resulta das intersecções eficientes relações sócio-econômicas e de inúmeras cadeias produtivas.

Por exemplo, tomemos o direito à alimentação. Se analisarmos o processo da produção e disponibilidade de alimento para uma determinada população, teremos que considerar o necessário plantio de culturas vegetais e a criação de animais em espaços físicos determinados, e oferta de insumos (adubos, alimentação animal, vacinas, defensivos agrícolas, trabalho humano técnico especializado, maquinário adequado). Após o plantio, p. ex., temos todo o necessário aparato para acondicionamento, transporte, processamento e, em alguns casos, embalagem e higienização. Cada um desses processos requerem, por sua vez, estruturas e insumos especializados. Após, temos a distribuição do atacado para o varejo, quando só enfim

³⁶² DELLEY, Jean-Daniel. *Pensar A Lei: Introdução A Um Procedimento Metódico*. Cad. Esc. Legisl., Belo Horizonte, v.7, n. 12, p. 101-143, jan./jun.2004, pgs 127-128.

os alimentos chegam aos pontos de venda. Cada um dos processos descritos utilizam insumos que são também fruto de cadeias produtivas inteiras. Por exemplo, a colheita de grandes quantidades de alimento deve se utilizar de maquinário agrícola adequado, o qual resulta de um longo processo de investimento e inovação tecnológica industrial e articulação de estruturas industriais inteiras.

Pode-se repetir o mesmo raciocínio com praticamente cada um dos bens materiais necessários para o chamado “mínimo existencial”, de forma a iluminar enormes entrelaçamentos de coordenações sociais complexas que até então não eram plenamente conscientizadas.

Cada um dos bens materiais – e até alguns dos imateriais – são resultado de longas cadeias de coordenação humana que quanto mais especializadas, mais eficientes se tornam para atenderem as necessidades da coletividade como um todo. Esses bens não são distribuídos gratuitamente, requerem uma contrapartida. Para obter um pão realizamos uma troca de cunho econômico com o padeiro. Quando realizadas em certa escala, a venda dos pães é suficiente para pagar as despesas da padaria e o valor necessário para o sustento pessoal do padeiro e sua família, valor que será *trocado* por outros bens que não sejam “pães”. Da mesma forma, cada um de nós, ao obtermos os bens necessários para nosso sustento mediante tais trocas, também participamos desse encadeamento de relações sociais econômicas. Cada um de nós ocupa um determinado espaço em algum ponto dessas grandes teias sociais, obtendo daí a renda de nosso sustento. *Trata-se, portanto, de um processo de mão-dupla, onde cada indivíduo participa ao mesmo tempo como fornecedor e consumidor.*

Por conta de tais imbricações é que não é faticamente possível que *todo* brasileiro possa exigir *diretamente* do Estado a entrega do conteúdo de cada um desses direitos fundamentais sociais. No plano da realidade concreta sabemos que se todo brasileiro nesse exato momento *abandonasse* suas atividades econômicas e passasse a exigir do Estado a entrega desses bens o país entraria em colapso. Não só pela exaurimento quase que imediato dos recursos estatais, mas principalmente porque são as atividades econômicas que fornecem em sua maioria tanto os recursos *financeiros* que custeiam o Estado quanto os próprios bens *in natura* essenciais em si mesmos: o alimento, vestuário, moradia, o transporte, entre outros. O Estado pode até *comprar* vestuário com vistas à sua redistribuição, mas ele não *produz* vestuário.

Mesmo os bens materiais e imateriais que não sejam fornecidos *diretamente* por trocas econômicas - mas pela intermediação de um terceiro, como o Estado ou ação filantrópica - são afetados pela saúde do processo econômico global empreendido pela sociedade.

Por um lado, o Estado necessita de recursos que são recolhidos da sociedade economicamente ativa para custear serviços como saúde, educação, previdência social. Por outro, quando o Estado se assume a tarefa de fornecer uma renda a um indivíduo ou família – como no caso do principal programa de distribuição de renda, o bolsa família – tal renda não supre *por si* as necessidades materiais humanas, servirá apenas para *ser trocada* pelos bens essenciais disponíveis no mercado. Tais valores econômicos servem apenas para serem trocados por bens e serviços que *já devem existir concretamente*. Ainda, dependendo da (in)eficiência das cadeias produtivas e de um número enorme de variáveis, os *valores* dos produtos serão maiores ou menos, determinando o quanto o *valor nominal* daquele benefício financeiro irá efetivamente traduzir-se num benefício material, concreto; ou seja: entre o benefício financeiro dado pelo Estado e o bem *in natura* há a ponte do efetivo *poder aquisitivo* do primeiro. Além do custo dos produtos essenciais, existem ações estatais que afetam a macroeconomia, refletindo no grau de impacto social de ações redistributivas. O processo inflacionário, por exemplo, que não depende diretamente da cadeia produtiva, mas da ação estatal (por exemplo, influenciada pela (ir)responsabilidade fiscal), possuem o poder de diminuir parte do poder de compra daquele valor.

Outro exemplo é a correlação entre a efetividade de uma política de melhoria do salário-mínimo e fatores macroeconômicos como produtividade, concorrência entre empregadores e crescimento econômico para sustentar uma política de contínua melhoria do salário mínimo. Por conta disso, os efeitos da política de melhoria do salário mínimo podem ser ambíguos ou até negativos:

“Pesquisas mostram que o salário mínimo afeta positivamente os outros salários, mas gera efeitos ambíguos sobre o emprego e pobreza. Isso significa que, enquanto aumentos no piso nacional tendem a contribuir para uma redução de pobreza, efeitos negativos sobre o nível de emprego também são observados. A descrição clássica da literatura sobre os efeitos da política de salário mínimo sobre o emprego segue, em linhas gerais, a previsão do modelo teórico de mercado de trabalho competitivo. Ou seja, o aumento do mínimo faz com que a oferta de mão-de-obra seja maior que a demanda por mão-de-obra. Tal descompasso gera desocupação.(...)”

No caso do Brasil, artigos escritos por Foguel, Ramos e Carneiro (2001) e Corseuil e Carneiro (2001) mostram um impacto negativo do salário mínimo sobre o emprego no setor formal da economia, ocorrendo o contrário para os empregados do setor informal. Assim, os perdedores de uma política de salário mínimo são, basicamente, os que sofrem o efeito do desemprego, incluindo aí principalmente os trabalhadores jovens que ficam sem oportunidade de conseguir qualificação.³⁶³

Essa análise poderia continuar indefinidamente, revelando intersecções cada vez

³⁶³ AMARO, Meiriane Nunes; MENEGUIN, Fernando Boarato. *Política de salário mínimo: efetividade, condicionantes e alternativas*. Biblioteca do Senado: Brasília, a. 40 n. 157 jan./mar. 2003, Disponível on line em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/834/R157-03.pdf?sequence=4>, acessado em 01.04.2016.

maiores e mais profundas entre a seara econômica e da concretização dos direitos fundamentais sociais. O exercício fenomenológico serviu para introduzir a constatação de que um estado de qualidade de vida mínimo é atingido por um conjunto encadeado de ações coordenadas mais amplas que a mera entrega direta pelo Estado por tais bens, ou seu fomento. Mais ainda, depende de uma ampla *coordenação* de inúmeros fatores sociais.

Tais entregas diretas existem e obviamente se fazem necessárias, mas o atingimento de um *efetivo* estado de bem estar-social não é assim obtido. O Estado apenas redistribui – e muitas vezes, ineficientemente – através de bens, serviços ou mesmo auxílios financeiros - uma riqueza que *já deve existir*. Tal riqueza (*in natura* – bens, serviços - ou *in valore*) emergem pela co-ordenação dos agentes econômicos (indivíduos, famílias, empresas, etc), como resultado do conjunto do trabalho social. Não se advoga aqui pela total ausência estatal, pois mesmo a coordenação depende de instrumentos jurídico-institucionais para seu desenvolvimento. O que se enfatiza é que a riqueza acumulada e compartilhada por uma sociedade reflete um processo, o qual se desdobra *historicamente*. Observar o conjunto da riqueza de uma sociedade a partir de um determinado ponto temporal pode ser enganoso: o conjunto dessa riqueza é uma imagem que condensa inúmeros processos com raízes no passado.

O estado de bem estar social, portanto, é fruto de uma complexa coordenação de esforços sociais, institutos jurídicos, políticos e econômicos que ao, interagirem sinérgica e positivamente, levam à prosperidade econômico-social.

3.2.Crise do Estado Social : A complexidade jurídica e ontológica da concretização dos direitos fundamentais sociais e a insuficiência do Legalismo tradicional perante essa fenomenologia social.

3.2.1.O acoplamento da concretização dos direitos sociais a políticas estatais. Capacidades institucionais e questões econômicas em questão.

A plena concretização dessas condições materiais dignas mínimas para a existência de cada indivíduo, vistas da *perspectiva da ação estatal*, dependem da implementação progressiva de uma ampla agenda de leis e de políticas coordenadas, que visam tanto à implementação de prestação de serviços e bens *diretamente* pelo Estado quanto as *indiretas*, como políticas específicas de fomento, e, numa dimensão mais ampla, a conformação do Ordenamento de forma a retirar os obstáculos que impedem o desenvolvimento econômico-social ou sanar condutas que ofendam os direitos elencados.

As ações estatais mais evidentes são caracterizadas pela prestação direta do *bem da vida* pelo Estado como ocorre para a prestação da educação fundamental universal e gratuita, sistema de saúde universal e gratuito e o sistema de proteção contra o desamparo social. Tais ações subsumem-se mais claramente ao raciocínio positivista. Todavia, tais ações levam à necessidade da construção de um grande aparato estatal, o que, por sua vez, coloca em evidência a o *custo e eficiência* de tais estruturas.

Para que uma ação estatal se efetive, o Estado necessita aglutinar e organizar recursos materiais e humanos, que envolve desde o ato fiscalizatório do cumprimento da norma, até a aplicação efetiva da sanção no caso de descumprimento. No caso da técnica dos direitos sociais que envolvam prestações, a tarefa é mais complexa, pois a técnica de concretização adotada *prioritariamente* até então foi a de acoplamento dos mesmos com políticas estatais ou a entrega direta do bem jurídico enunciado pela norma. Tal demanda exigiu a construção de um aparato governamental para tal prestação, levando ao crescimento do Estado no decorrer do sec. XX. A construção dessa gigantesca estrutura já é, em si, um enorme desafio para a efetividade das normas, em especial das normas constitucionais sociais, por conta das limitações das capacidades institucionais³⁶⁴, explosão legislativa³⁶⁵ e as consequências econômicas derivadas desse cenário, seja no plano macro quanto no microeconômico.

A construção, manutenção e efetividade dessa estrutura coloca em questão pautas econômicas. As questões de cunho econômico mais evidentes (tomado prevalentemente sob a perspectiva macroeconômica) subdividem-se em três: i) no plano sociedade-Estado, qual o nível ótimo de absorção da riqueza social pelo Estado (e a garantia de seu efetivo retorno em bens públicos). Ultrapassado esse nível, a ação estatal motivada por uma pretendida redistribuição poderá ser ineficiente, engatilhando um processo circular vicioso com danos sociais (altos impostos – estagnação econômica – desemprego), o que frustra, por exemplo, o direito ao emprego, o qual é um dos principais sustentáculos de todos os demais direitos sociais³⁶⁶; em sentido contrário, poderá pecar por “insuficiência de proteção”.

³⁶⁴ Uma análise das limitações institucionais sob a perspectiva *cognitiva*, ou seja, da apreensão da realidade onde irão operar, é dada por Adrian VERMEULE. “*The methodological thesis is that institutional analysis is indispensable to any account of legal interpretation. The question in law is never “How should this text be interpreted?”. The question is always “what decision-procedures should particular institutions, with their particular capacities, use to interpret this text”?* Put negatively, legal theory cannot reach any operational conclusions about how judges, legislators, or administrative agencies should interpret texts unless it takes account, empirically, of the capacities, of interpreters and of systemic effects of interpretive approaches.” *Judging Under...* ob. cit., pg 2.

³⁶⁵ “O desenvolvimento contemporâneo da Legística acompanha o do Estado intervencionista.” Tendo por objetivo “uma abordagem racional da ação pública”. DELLEY, Jean-Daniel; FLÜCKIGER, *A Elaboração Racional Do Direito Privado: Da Codificação À Legística*. Tradução: Paulo Roberto Magalhães. Revisão da tradução: Maria Lina Soares Souza. Cad. Esc. Legis., Belo Horizonte, v. 9, n. 14, p. 35-58, jan./dez. 2007, pg 37.

³⁶⁶ MELLO, Celso de Albuquerque. *A proteção dos direitos humanos sociais nas Nações Unidas*. In: SARLET,

ii) Sob o mesmo espectro, emerge também o fator desenvolvimento econômico e disponibilidade de recursos para a implementação, ou seja, é necessário certo desenvolvimento econômico para que a sociedade *gere* riquezas para o Estado manter tais atividades; iii) frustração de direitos sociais quando tal dependia da prestação direta por parte do Estado, causada pela limitação orçamentária do Estado. Entramos na seara do tema jurisprudencial da “reserva do possível”. Esse obstáculo liga-se também ao desenvolvimento sócio-econômico, pois o nível desse determinará o teto da capacidade contributiva da sociedade, por conseguinte, do Estado.

Além disso, nem todos os bens sociais tutelados pelas normas constitucionais podem ser satisfeitos plenamente apenas pela construção, jurídica e de fato, de estruturas estatais responsáveis por tal atendimento, tal como ocorre com a Assistência aos desamparados (art. 203 da Constituição Federal). O conjunto dos bens elencados pelo art. 6º aponta para uma conjuntura global social mais ampla, para a realização de um patamar mínimo de *qualidade de vida*. Tratam-se de processos mais sutis, mas não menos importantes, que se referem ao desenvolvimento sócio-econômico, diferentes escalas de dirigismo que garantam o “pleno emprego”, e políticas de fomento voltadas à consecução de direitos sociais específicos. Como afirma o Pacto em seu preâmbulo:

“o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que se criem as condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos,” (sem grifos no original).

Veja, por exemplo, o direito à proteção contra a fome, que visa tanto políticas de distribuição de alimentos, quanto a melhoria dos “métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais” (PIDESC, Art. 11, §2 subitem 1).

Portanto, no rol de medidas a serem empreendidas para a concretização dos direitos fundamentais sociais, estão subsumidas àquelas que visam o desenvolvimento econômico, o qual, por sua vez, *implica a maior participação econômica do próprio indivíduo de forma a ele poder garantir uma renda digna a si e à sua família quando tal condição se mostra possível*. Ou, em outras palavras, *a participação econômica individual* de forma a oportunizar uma renda consistente com as necessidades materiais essenciais do núcleo familiar. Tais colocações

Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pg. 228.

convergem com os já mencionados *Direito ao Desenvolvimento* e com o princípio da Autonomia que coroa os dois Pactos dos Direitos Humanos já elencados.

O cenário amplo onde se desdobram os fenômenos que sustentam a satisfação dos direitos sociais coloca também em questão a da efetividade e eficiência da ação pública. Para tanto, faz-se necessária uma *racionalização* de toda ação pública, de forma a tornar efetivo o princípio constitucional da *eficiência* (art. 37) seja na organização da estrutura da Administração Pública, seja no conjunto do Ordenamento. A Legística se ocupa justamente dessa tarefa, ao sublinhar a já aludida eficiência e a necessidade de *coesão* e *coerência* do Ordenamento, de forma a sanar conflitos e sobreposições normativas que obstaculizam o exercício legítimo da liberdade dos indivíduos.

3.2.2. Explosão legislativa: choque entre a complexidade da realidade e os pressupostos metafísicos do Legalismo.

A tarefa dada ao Direito de dar concretude ao rol dos bens enunciados pelo art. 6º da Constituição Federal diferencia-se da enunciada por outras proposições jurídicas, como já exposto, em razão da *amplitude de fenômenos sociais/conduitas humanas necessárias a serem encadeadas* para culminarem num *estado de coisas* onde cada indivíduo tenha suas necessidades básicas atendidas. Essa é a diferença entre as normas finalizáveis (programáticas) e normas condicionais (tradicionais), segundo DELLEY. As primeiras visam atingir um efeito na realidade, independentemente dos meios eleitos para tanto, enquanto as segundas voltam-se diretamente à conformação de condutas, estando os efeitos concretos globais num segundo plano. Por tal motivo, os direitos fundamentais não se efetivam mediante simples atitudes *atomísticas* de ação ou inação, antes, são compreendidos como princípios estruturantes de todo o Ordenamento. E, como visto, a concretização dos direitos sociais necessita ser faticamente sustentada por *processos* sociais, mesmo em sua modalidade prestacionista direta.

O Ordenamento jurídico atual é fruto do Positivismo jurídico kelseniano, destacadamente, a ênfase ao caráter rigorosamente lógico-formal do ordenamento constitucional e aos princípios fundamentais do normativismo jurídico, “cujos corolários mais conhecidos são os princípios da constitucionalidade, da legalidade, da segurança do direito, da hierarquia das leis e da unidade sistêmica.”³⁶⁷

Seus pressupostos metafísicos repousam sobre um racionalismo-deducionista que

³⁶⁷ FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira, *Reforma Constitucional em Período De Globalização Econômica*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 90, 1995, pg. 254, disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67297/69907>

entende a realidade como abrangida, englobada pela norma legal³⁶⁸, dada a transferência da autoridade legiferante da “realidade” e da “razão prática” para o “soberano”. Doravante, a lei dada pelo “soberano” afigurar-se-á como autossuficiente racional e moralmente para organizar a sociedade. O Estado moderno tomou o lugar do “soberano”, ocupando esse lugar de autoridade moral e de fato. Tais pressupostos remontam, segundo WINTGENS, ao *nominalismo*³⁶⁹, culminando seu processo hipertrófico no Positivismo. O Legalismo, assim, de forma ampla, pode ser caracterizado como “*an ethical attitude that holds moral conduct to be a matter of rule following and moral relationship to consist of duties and rights determined by rules*”.³⁷⁰

As diferentes mudanças ocorridas ao longo do século XX, pela sofisticação e crescentes complexidade da sociedade, colocaram em evidência a limitação dos postulados e as categorias das construções jurídicas herdadas do século anterior, caracterizadas por identificar as leis como instrumento disciplinar e regulador *exclusivo* das relações sociais, políticas e econômica. Observou-se o choque entre as ambições do “Estado-Providência”, por conta das tarefas que se assumiu³⁷¹, e a roupagem e a metodologia jurídica ordenadora herdada do Estado liberal clássico:

“O Estado intervencionista, o Estado das grandes políticas públicas, que ambiciona, se não revolucionar a sociedade, pelo menos influenciar o seu curso, quer seja em matéria econômica (estimular o crescimento, domesticar a inflação), social (combater as desigualdades, evitar a exclusão) ou em matéria de formação (promover uma parte determinada de uma faixa de idade a um grau explícito de formação) principalmente.”³⁷²

³⁶⁸ WINTGENS, Luc J. *The Metaphysics of Legalism* In: *Legisprudence: Practical Reason in Legislation*. University of Brussels, Belgium, 2012, pgs. 9 à 58.

³⁶⁹ WINTGENS, idem, idem.

³⁷⁰ SHKLAR, J.N. *Legalism, Law, Morals and Political Trials*. 2ª ed, Cambridge MA: Harvard University Press, 1986, pg. 1, APUD: WINTGENS, *Legisprudence*.ibidem, pg. 9

³⁷¹ “Diante da exigência de respostas específicas a problemas conjunturais e estruturais de caráter econômico, administrativo, comercial, financeiro e social inéditos, por isso mesmo não previstos pelos ordenamentos jurídico-constitucionais de inspiração liberal-clássica, o Executivo foi sendo gradativamente obrigado a assumir parte das funções legislativas e adjudicantes até então detidas, respectivamente, pelo Parlamento e pelo Judiciário. Por causa da decrescente capacidade auto-reguladora do mercado e da crescente heterogeneidade da sociedade, os governos tiveram de exercer um papel cada vez mais controlador, diretivo, coordenador, indutor e planejador. De simples provedores de serviços essenciais nos campos da educação, segurança, saúde e justiça, por exemplo, eles passaram até mesmo a atuar como produtores diretos de bens e serviços, chegando ao ponto de se tomarem árbitros dos conflitos nos quais também eram parte. É justamente neste momento que o Estado liberal se converte no Estado-Providência, cuja função básica - na melhor tradição da social-democracia é promover o crescimento e assegurar algum tipo de proteção jurídica e material aos cidadãos economicamente desfavorecidos. Com o vetor tanto do progresso material quanto da Justiça social, o Executivo se converte, assim, em instrumento de consecução de objetivos concretos; seu sistema jurídico é basicamente concebido como técnica de direção gestão e regulação da sociedade; e se, por um lado, todas essas mudanças abrem caminho para fenômeno da “publicização do direito”, por meio da expansão desordenada do Direito Administrativo, Tributário, Trabalhista, Previdenciário e Econômico, por outro a continuidade do Direito Privado sem maiores alterações por parte do legislador faz com que a generalidade intrínseca a suas normas se converta numa espécie de “véu ideológico” das diferentes situações de vida”. FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira, *Reforma Constitucional em Período De Globalização Econômica*. Revista de Direito da USP, pgs. 255-256, disponível *on line* em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67297/69907>.

³⁷² DELLEY, Jean-Daniel; FLÜCKIGER, Alexandre. ob.cit., pg 37.

3.2.3. O paradoxo do Estado-Social: enfraquecimento da efetividade dos direitos pelo crescimento do Ordenamento.

A combinação de uma sociedade cada vez mais diferenciada, complexa e interconectada e de um Estado que se colocou a desempenhar tarefas múltiplas e algumas até contraditórias, levou a que tais tensões desaguassem no sistema normativo. Essa intrincada pluralidade de pretensões geraram “*um potencial ilimitado de crescimento legislativo*”. O ordenamento herdado do sec. XX demonstra essa história, pela sobreposição da racionalidade sistêmica residual dos Códigos e da colcha de retalhos de “leis extraordinárias” e “microssistemas” normativos, além da franca atividade legiferante do Executivo.

Essa situação de desordem acaba alimentando-se de si mesma, pelo enfraquecimento das relações sociais originais, passando a requerer uma ação estatal para uma precária estabilização substitutiva, levando a um círculo vicioso; problema já apontado por TEUBNER em seu trilema regulatório³⁷³. Assim, em face das variadas respostas pragmáticas que o legislador é obrigado a dar a essas pretensões materiais contraditórias e excludentes, a tendência inevitável é a do esvaziamento da própria função das leis, concomitantemente com o estrangulamento da autonomia e autorregulação social.

O Estado contemporâneo passa a agir de modo paradoxal, por conta da corrosiva inflação jurídica. Num sistema jurídico que vai sendo “inflacionado” por um sem número de “leis de circunstância” e “regulamentos de necessidades” condicionadas por conjunturas políticas, econômicas e sociais bastante específicas e transitórias, a velocidade e a intensidade na produção de novas normas constitucionais e de leis ordinárias acabam levando o “Estado-Providência” a perder a dimensão exata do valor tanto das regras que edita quanto dos próprios atos que disciplina, gerando efeitos sociais sistêmicos que, se não anulam, enfraquecem o poder de ação do Estado-Providência:

*“No limite, esse processo pode levar à própria anulação do sistema jurídico, uma vez que, quando os direitos se multiplicam, multiplicam-se na mesma proporção as obrigações; e estas, ao multiplicarem os créditos, multiplicam igualmente os deveres, formando um círculo vicioso, cuja continuidade culminaria na absurda situação de existirem apenas devedores, todos sem direito algum.”*³⁷⁴ (sem destaque no original)

³⁷³ Como explicitado por uma das facetas do “trilema regulatório de Teubner”, a lei possui o poder de estrangular a autorregulação social. Dessa forma, concluímos que o fato das relações sociais primárias terem sido enfraquecidas, um novo setor social acaba por reclamar auxílio da regulação estatal, levando a um círculo vicioso. TEUBNER, Gunther. *O Direito como Sistema Autopoiético*. Trad. e Prefaceo José Engracia Antunes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

³⁷⁴ FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira, *Reforma Constitucional em Período De Globalização Econômica*. Revista de Direito da USP, pgs. 258, disponível *on line* em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67297/69907>.

Desta forma, nem os princípios da legalidade e do primado da lei (típicos do Estado liberal) e nem o da eficiência das políticas públicas nos campos social e econômico (típico do Estado-Providência) concretizam-se plenamente.

Diante desse quadro, de incoerência e explosão do sistema normativo, a *eficácia* dos direitos sociais mantém-se aquém do idealizado, por conta do engessamento das normas que lhes deveriam dar proteção. No primeiro caso, essas tensões são exponenciadas pelo fato de que, apesar dos esforços para ver suas demandas reconhecidas como direitos subjetivos e convertidas em obrigações do Estado, tais conquistas formalmente consagradas em textos legais encontram-se, na verdade, esvaziadas por um sistema jurídico pesado, ineficaz e impotente; além dos efeitos secundários não previstos, como estrangulação das relações e atividades econômico-sociais, constituindo um dos principais fatores responsáveis pelo agravamento das tensões entre grupos sociais. Ainda, ao provocar a desvalorização do instrumento que os governos têm ao seu dispor, menos o Estado parece capaz de mobilizar os instrumentos de que formalmente dispõe para efetivamente cumprir suas tarefas essenciais (como segurança, acesso ao Judiciário, acesso a serviços sociais essenciais como saúde e educação), agravando as condições sociais justamente dos mais vulneráveis.

Não se sabendo então como conjugar a complexidade do fenômeno social econômico com a concretização dos direitos sociais, adotam-se fórmulas constitucionais voltadas para o futuro³⁷⁵, que sem um pacto claro para sua densificação nada mais são que um formalismo meramente de "fachada".

Eis, exposto, o paradoxo ao qual chega o Estado Social: O Estado-Providência, cuja missão precípua é justamente a garantia e universalização de um estado de bem-estar social, gera enfraquecimento dessas mesmas garantias por conta da roupagem jurídica adotada. O cúmulo desse paradoxo ocorre quando a mesma ação do Estado Social é justamente a causa da destruição de bens sociais, por conta da explosão legislativa, como no caso dos queijeiros artesanais mineiros.

A **organicidade** dos fenômenos que **sustentam** os direitos sociais desafia, assim, o *raciocínio jurídico racionalista-dedutivo*, característico do “Legalismo forte”, tal como exposto por Luc. J. Wintgens, em sua *Legisprudência*. A reorganização do sistema normativo de forma

³⁷⁵ “Outra peculiaridade dessas pretensões a prestações de índole positiva é a de que elas estão voltadas mais para a conformação do futuro do que para preservação do status quo. Tal como observado por Krebs, pretensões à conformação do futuro (Zukunftgestaltung) impõem decisões que estão submetidas a elevados riscos: o direito ao trabalho (CF, art 6º) exige uma política estatal de criação de empregos. Da mesma forma, o direito à educação (CF, art 205 c/c art. 6º), o direito à assistência social (CF, art. 203 c/c o art. 6º) e á previdência social (CF, art. 201 c/c o art. 6º) dependem de uma série de pressupostos de índole econômica, política e jurídica.” MENDES, Gilmar. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, 4ª, Editora Saraiva: São Paulo, 2012, pg. 473.

a restaurar sua eficácia, coloca-se, atualmente, como uma “exigência primordial”, imperativos cuja “justiça e necessidade são inquestionáveis”³⁷⁶. Por isso, a abordagem que focaliza “a racionalização dos processos de produção legislativa” comprova a constatação de que se caminha não para restauração da racionalidade jurídica tradicional, antes, “confirma seu declínio”:

“Longe de caminhar no sentido da restauração da racionalidade jurídica tradicional, a racionalização dos processos de produção legislativa não faz mais do que confirmar a acentuar o seu declínio: não só porque demonstra que a norma jurídica se vê doravante obrigada a *conquistar uma legitimidade*, que já não lhe é inerente, demonstrando, porque essa racionalização é indissociável da norma *concepção instrumental do direito*, de que ela é a concretização.”³⁷⁷

Surgem, assim, a necessidade de um “quadro de otimização”³⁷⁸, mediante a inserção de “momentos reflexivos”³⁷⁹, de “novas alternativas teóricas que reflitam sobre a produção legislativa”, ou à “restauração de um sistema menos unidimensional de regulação social”³⁸⁰. A Legística e a Legisprudência ocupam-se dessa tarefa; a primeira, ao criar uma abordagem racional-empirista voltada aos efeitos concretos do arcabouço legislativo, e a segunda, ao colocar em questão os pressupostos filosóficos do legalismo, problematizando a prerrogativa estatal de criação de normas sem se ater à dimensão da *liberdade* e da realidade concreta.

³⁷⁶ CHEVALLIER, Jacques. *A racionalização da produção jurídica*. Legislação: Cadernos da Ciência da Legislação. Instituto Nacional de Administração, nº 3, Janeiro/Março, 1992, pg 9.

³⁷⁷ CHEVALLIER, Jacques. Idem, pg 9

³⁷⁸ SOARES, Fabiana de Menezes, *Legística e Desenvolvimento: A Qualidade da Lei no Quadro da Otimização de uma melhor Legislação*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, nº 50, p. 124-142, jan. – jul., 2007.

³⁷⁹ TEUBNER, Gunther. *O Direito como sistema Autopoiético*. Ob.cit., 1989.

³⁸⁰ Antônio Hespanha afirma que essas construções encerraram um projeto de substituição definitiva do pluralismo jurídico pelo monopólio do Estado em matéria de produção legislativa, substituição vista como condição básica da democratização política, na dinâmica de um processo de modernização global que também incluía uma administração burocrática-radical no plano institucional; a consolidação da economia de mercado, no plano econômico; e a conscientização, por parte da coletividade, dos direitos fundamentais, no plano político-cultural. No entanto, diz este autor, ao submeter o paradigma legalista e formalista a um confronto histórico: “*damo-nos conta de que ele corresponde a uma estratégia paradoxal. Ao instituir a lei como forma única de controle social, ele leva a cabo, na verdade, uma enorme redução da panóplia das tecnologias disciplinares disponíveis noutras épocas, mesmo que não consideramos senão aquelas que podem ser subsumidas ao conceito de tecnologias "jurídicas". Isto numa época em que, como nunca, tem vindo a crescer o âmbito de situações a regular. E, para além disso, a "forma legal" constitui uma técnica de controle exigente, requerendo a verificação de uma série de condições sociais, culturais e jurídicas. As estratégias de controle social sofreram, portanto, um afunilamento e, ainda por cima, no sentido de uma via cheia de pontos críticos. A compreensão da atual crise da lei passa pela reflexão crítica sobre o paradoxo inerente a este "paradigma legalista", enquanto que a chave para a superação da crise pode resistir na restauração de um sistema menos unidimensional de regulação social"* HESPANHA, Antônio Manuel, *Lei e Justiça: história e prospectiva de um paradigma*, in *Justiça e Letigiosidade*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 13.

3.3. Direitos fundamentais sociais e suas diversas *dimensões*: diversidade de ações e prestações estatais.

A amplitude do tipo de fenômenos envolvidos para concretização dos direitos sociais reflete-se na emergência de várias dimensões dos direitos sociais, as quais abrem uma diversidade de possibilidades de ações pelo Estado para cumprir e efetivar o conteúdo daqueles, inclusive a *abstenção estatal*. Desta forma, faz-se necessário “enriquecer o cardápio” de ações cabíveis pelo Estado, reativando o seu poder conformador e garantidor de efetiva satisfação das necessidades materiais da coletividade.

No sentido clássico, os direitos fundamentais teriam suas funções reveladas nas relações entre o indivíduo e o Estado, tal como a sistematização clássica do publicista Georg Jellinek.³⁸¹ Nela ele desenvolve a conceituação de diversas posições que o indivíduo podia assumir frente ao Estado. Trata-se da doutrina dos quatro status (*negativus*, *positivus*, *activus* e *passivus*). Sob a perspectiva negativa (o qual o autor tb chama de *status libertatis*)³⁸², os direitos fundamentais confeririam ao indivíduo o direito subjetivo público de exercer a *defesa* de espaços vitais, como os de liberdades ou de outros bens jurídicos frente a intervenções, restrições ou violações provenientes do Estado. Já pelo ponto de vista de sua função positiva, Jellinek definiu que os direitos fundamentais clássicos assegurariam certas prestações a cargo do Estado, v.g., o fornecimento de estruturas (polícia, exército, judiciário) voltadas a garantir o exercício dos direitos. No status *positivus* encontra-se a posição de possibilidade de exigência de prestações materiais sociais que hoje em dia são objeto dos direitos fundamentais sociais a cargo do Estado. O terceiro dos status, o *activus*, se vincularia aos direitos que o indivíduo possui de participar da vida política, vale dizer, do direito de votar e de ser votado. Já o último dos status citados relaciona-se não a direitos, mas a deveres que o indivíduo possuía na ordem estatal.

Juntamente com a teoria dos quatro *status*, deve-se fazer referência à teoria das “gerações” de direitos fundamentais, de autoria do jurista tcheco Karel Vasek. Inspirado pela simbologia da bandeira francesa (liberdade, a igualdade e a fraternidade) teorizou sobre “as gerações – evolução – dos direitos fundamentais”, da seguinte forma: a) primeira geração dos direitos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade, b) a segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade; c) por

³⁸¹ JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Tradução para espanhol: Fernando de Los Rios, Buenos Aires: Editorial Albatros, 1973, e *System der subjektionen öffentlichen Rechte*, reimpressão, revisada, Mohr Siebeck, 2011 (publicação original de 1905).

³⁸² JELLINEK, Georg. *System der subjektionen öffentlichen Rechte*, reimpressão, revisada, Mohr Siebeck, 2011, pg. 39.

fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade.

O desenvolvimento da doutrina dos direitos fundamentais acabou por revelar que tais sistematizações seriam incompletas³⁸³, possuindo um valor mais heurístico que classificatório, pois os direitos de “defesa” exigiriam também prestações ou ações por parte do Estado, como por exemplo, a densificação de seu âmbito normativo; assim como também os direitos sociais também teriam uma dimensão “negativa”, ou de “defesa”³⁸⁴. Nesse sentido: *“Economic and social rights, on the other hand, can in many cases best be safeguarded through non-interference by the State with freedom and use of resources possessed by individuals.”*³⁸⁵

ALEXY, ao “refinar” a teoria dos quatro status de Jellinek, adota um conceito amplo de direito à prestação, que coincide com “todo direito a uma ação positiva” do Estado, sendo ela “direito de proteção mediante normas de direito penal”, a pretensão a normas organizacionais, por fim prestações pecuniárias.³⁸⁶ Por tal motivo, o constitucionalista alemão entende que, no caso dos direitos fundamentais sociais, *“há um feixe de posições que dizem respeito em parte a prestações fáticas e em parte a prestações normativas.”*³⁸⁷

A complexidade das ações necessárias para a concretização dos direitos sociais gera efeitos também para a sua justiciabilidade, por conta da dificuldade de se individualizar *faticamente* a atitude a ser tomada:

“Com frequência afirma-se que a justiciabilidade dos direitos a ações negativas (direitos de defesa) impõe menos problemas que a justiciabilidade dos direitos a ações positivas (direitos a prestações). Uma razão básica para tanto decorre de uma simples, porém fundamental, diferença **teórico-estrutural**. Para seus destinatários, direitos de defesa são, dentre outras, proibições de destruir ou afetar negativamente algo. Já os direitos a prestações são, para seus destinatários, dentre outras, obrigações de proteger ou fomentar algo. Se é *proibido* destruir ou afetar negativamente algo, então, *toda e qualquer* ação que represente ou produza destruição ou afetação negativa é proibida. De outro lado, se é *obrigatório* proteger ou fomentar algo, *nem toda* ação que represente ou produza uma proteção ou um fomento será obrigatória. Assim é que a proibição de matar implica, ao menos *prima facie*, a proibição de qualquer ação de matar; já a obrigação de salvar não implica toda e qualquer ação de salvar. Se é possível salvar alguém que está se afogando seja nadando até ele, seja atirando uma bóia, seja com o auxílio de um barco, de nenhuma forma serão as três ações simultaneamente obrigatórias. Ao contrário, obrigatória é ou a primeira, ou a segunda ou a terceira ação. Mas isso significa que, se não houver motivos restritivos adicionais, o destinatário do dever de salvar tem uma discricionariedade, no interior do qual ele pode escolher como pretende realizar seu dever. E o

³⁸³ Nesse sentido ver HOLMES, Stephen, SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. New York. WW. Norton & Co, 1999.

³⁸⁴ No universo dos direitos sociais, ao analisar-se o âmbito de proteção de forma focalizada, podem ser encontradas posições tanto prestacionais quanto de defesa, por exemplo, no direito à moradia. Cf: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed., rev, atual., e ampliada, Livraria do Advogado, 2009, p. 330;

³⁸⁵ EIDE, Asbjørn. *ob cit*, pgs 1115-1118.

³⁸⁶ ALEXY, Robert. *ob.cit.*, pg 442

³⁸⁷ ALEXY, Robert. *idem*, pg 442-443.

termo ‘discricionariedade’ é o termo decisivo no que diz respeito à justiciabilidade dos direitos à ações positivas’.”³⁸⁸

Toda essa complexidade leva à problematização da identificação dos direitos fundamentais sociais com a dimensão prestacionalista estatal de forma *exclusiva*. Todavia, por outro lado, a compreensão das diferentes dimensões dos direitos sociais abre a perspectiva para novas formas de proteção e de ação estatal.

Tanto os direitos sociais como os direitos políticos-individuais extravasam das tradicionais classificações de posição de prestação ou defesa perante a ação Estatal. Podem ser prioritariamente identificados com tais posições, mas não são *coincidentes* rigorosamente, e é nessa faixa não-coincidente que se insere o potencial de ampliar o rol de ações estatais.

Para revelar todas as dimensões dos direitos sociais, faz-se necessário colocar em evidência o princípio da Autonomia, pois é ele que oferece um princípio em volta do qual articular a harmonização do encadeamento das ações estatais e graus de profundidade da ação ou intervenção do Estado:

“Fundamental to a realistic understanding of state obligations is that the **individual is the active subject of all economic and social development, as stated in the Declaration on the Right to Development (article 2)**. The individual is expected, whenever possible through his or her own efforts and by use of own resources, to find ways to ensure the satisfaction of his or her own needs, individually or in association with others. Use of his or her own resources, however, requires the person has resources that can be used – typically land or other capital, or labour.”³⁸⁹ (sem destaque no original)

As ações estatais devem ser articuladas de forma a, em primeiro lugar, garantirem e protegerem o espaço de ação do indivíduo, inclusive aquela que vise a garantia de seu sustento econômico. Desta forma, isso implica tanto a dimensão de defesa (contra a ação estatal e contra terceiros), e a dimensão positiva, subdividindo-se essa na forma *normativa* (como procedimentalista) e por último a forma de prestação de *cumprimento do conteúdo* do direito social.

Recordando a classificação de EIDE, tendo em conta as dimensões apontadas, no primeiro nível de ação estatal tem-se em vista o dever estatal de respeito aos recursos de propriedade do indivíduo, comunidade ou unidade familiar e a liberdade de aplicar/utilizar tais recursos, incluindo a liberdade de exercer um trabalho ou ofício de sua escolha, sozinho ou em associação com outros. Depreende-se desse dever do Estado o “dever de reconhecimento jurídico dos recursos econômicos”. A falta desse reconhecimento constitui obstáculo relevante para a liberdade econômica de pessoas em situação de hipossuficiência, como se verá em

³⁸⁸ ALEXY, ob.cit., pg 461-462.

³⁸⁹ EIDE, Asbjørn. ob.cit., pgs 1115.

capítulo próprio.

No segundo nível de atuação estatal, tem-se o dever de proteção da liberdade de atuação econômica dos indivíduos – seu trabalho ou outros recursos – contra a opressão ou violência exercida por terceiros, seja violência efetiva ou pressão econômica ilegítima (proteção contra fraude, concorrência econômica antiética, lesão contratual, *dumping*, etc.). EIDE dá especial importância para esse tipo de atuação estatal: “*This protective function of the State is the most important aspect of state obligations also with regard to economic, social and cultural rights, and it is similar to the role of the State as protector of civil and political rights.*”³⁹⁰

No terceiro nível, o Estado tem o dever de assistir e de cumprir com o conteúdo dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais. A ação do Estado nesse nível de atuação pode assumir várias formas, *diretas e indiretas*, como deveres de incentivo e fomento – incentivos à produção de alimentos, uma política de criação de empregos, incentivo ao desenvolvimento científico voltado para bens sociais – e dever de dar *diretamente* o próprio “bem da vida”, no caso de bens assim elencados legalmente, independentemente da comprovação da necessidade (como saúde e educação), e no caso de efetiva situação de necessidade do indivíduo ou unidade familiar, atraindo o atendimento pela Assistência ou Previdência Social, a depender do caso específico.

Relembrando o entendimento de EIDE, no sentido de interpretar-se prioritariamente os deveres estatais como *deveres de resultado*:

“In light of the complexity of the issue, and the need for flexibility to respond to different situations, it now becomes understandable that the basic provisions (CESCR, articles 2 and 11) **were drafted more in the form of obligations of result rather than obligations of conduct.** It is also understandable that these obligations, taken at their highest and most general level, cannot easily be made justiciable (manageable by third party judicial settlement). Nevertheless, the obligations exist and can in no way be neglected.”³⁹¹

4. NECESSÁRIA DENSIFICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA.

A **densificação do princípio de Autonomia** pode revelar ações que destravem o potencial realizador dos indivíduos, ao mesmo tempo que harmoniza a diversidade das ações empreendidas pelo Estado, de forma que seu conjunto traga efeitos concretos para o fim dos direitos econômicos e sociais, sanando eventuais contradições tanto no plano jurídico quanto no plano dos efeitos concretos.

³⁹⁰ EIDE, Asbjørn. ob.cit., pgs 1115-1118.

³⁹¹ EIDE, Asbjørn. Idem, pgs 1115-1118

A proteção plena do direito à auto-determinação, de forma a englobar todas as suas *dimensões*, se impõe por inaugurar dois importantes pactos internacionais de direitos Humanos, revelando seu papel de super-direito ou “super-regra”, de princípio interpretativo do Pacto como um todo, dando coesão às políticas a serem implementadas:

“Its place of honor as Article 1 of the two major Covenances itself suggests its status as a super rule, as a concept that stands apart from the normal discourse of rights and directly affects political power and organization within and among states”³⁹²

O princípio da “autonomia” constitui o “super-princípio” ou “super-direito” que articula o conjunto dos direitos humanos no plano normativo internacional. Tal princípio encontra eco no princípio da Dignidade Humana no plano pátrio (art. 1º, III da C.F.), colocando em evidência a dimensão ativa e criadora do ser humano. A ausência de reconhecimento *pleno* desse “princípio-direito” leva a que fatos como o da ilegalização da atividade produtiva dos produtores artesanais de queijo mineiro ocorram diuturnamente, sem que isso entre na esfera cognitiva dos operadores do direito, do legislador e do administrador público, em que pese tal direito estar formalmente integrado ao Ordenamento nacional pela ratificação nacional da normativa internacional que o veicula.

4.1.Relação entre Autonomia, trabalho e direitos sociais.

Para exemplificar a aplicação do Princípio da Autonomia à luz do Direito Constitucional pátrio, utilizemos o caso paradigmático dos produtores mineiros.

Tal ofensa ao “direito de manutenção da fonte de renda ou atividade produtiva”, concretizou-se no caso da ilegalização da atividade dos produtores de queijo tradicional mineiro. Como já abordado, em Minas Gerais, apenas uma fração ínfima dos 30.000 produtores de queijo tradicional são formalizados, estando assim a maioria impedida de ter acesso ao mercado consumidor em igualdade de condições com estruturas industriais de maior vulto que podem cumprir com os draconianos requisitos para obter a formalização jurídica. Dos 30 mil produtores de queijo artesanal espalhados pelo Estado de Minas Gerais, apenas 245 estão registrados no IMA, desses 60 em processo de conformidade com as normas sanitárias, e, de todo esse universo, apenas 6 possuem autorização para o comércio interestadual, por estarem cadastrados junto ao Sistema Brasileiro de Inspeção de Produtos de Origem Animal (SISBI-POA). Foi apenas em 2013 que a primeira queijaria mineira localizada em região certificada

³⁹²STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip. *International Human Rights in context – Law, politics, morals*. Oxford, 2000, pg. 1248.

obteve tal habilitação³⁹³. Todos os demais funcionam “ilegalmente”, na visão das normas sanitárias.

Temos aqui a ilustração fática da cadeia de desenvolvimento da questão que envolve a explosão legislativa: o voluntarismo, intervencionismo estatal, seguido pela inflação legislativa desordenada, levando ao estrangulamento da autonomia de indivíduos hipossuficientes. Além da manutenção dos agricultores numa situação de quase indigência econômica, o obstáculo jurídico criou também uma desigualdade de acesso ao mercado consumidor entre os poucos produtores queijeiros que possuem uma estrutura física, econômica e social que lhes permitam cumprir com as exigências legais draconianas e os que não, constituindo esses últimos a ampla maioria, questão que interessaria ao direito econômico sob a rubrica da ofensa à livre concorrência.

Não bastasse a questão econômica das famílias individualmente consideradas, o <<fazer artesanal tradicional do queijo mineiro>> constitui um patrimônio cultural³⁹⁴, que se consubstancia e se reproduz justamente através da atividade econômica de milhares de famílias de pequenos proprietários rurais.

Dissonâncias entre a realidade dos produtores de queijo artesanal e a legislação sanitária não são uma exclusividade do Brasil, sendo um problema enfrentado em todos os países industrializados; *o que muda é o trabalho contínuo de adaptação e flexibilização das normas, em razão da mentalidade subjacente à produção normativa*. As dificuldades criadas pelo marco regulatório sanitário nacional ficaram mais evidentes quando colocadas ao lado daquelas requeridas pelos países europeus, e, em especial, pela França³⁹⁵. Nesse país, a

³⁹³ <http://g1.globo.com/minas-gerais/triangulo-mineiro/noticia/2013/08/queijaria-individual-de-araxa-mg-e-primeira-da-regiao-registrada-no-sisbi.html>.

³⁹⁴ Processo nº 01450.012192/2006-65, IEPHA, 2008.

³⁹⁵ “A União Europeia tem buscado alternativas para garantir a segurança de consumidores sem, com isso, adicionar a etapa de pasteurização [do leite], que descaracterizaria os queijos tradicionais. Nesse sentido, cabe mencionar regulamentações com base na análise de riscos e princípios de Análise de Perigos e Pontos Críticos de Controle (APPCC) [Análise de Perigos e Pontos Críticos de Controle (APPCC), ou em inglês Hazard Analysis and Critical Control Point (HACCP) é um sistema de gestão de segurança alimentar]. A regulamentação da União Europeia permitiu a comercialização de queijos de leite cru, independentemente do tempo de maturação, mas, em contrapartida, passou a exigir de todos os países membros do bloco que fossem empregados controles baseados nos princípios de APPCC. Todavia, a adesão ao APPCC pode ser flexibilizada. O Regulamento Europeu nº 2.074, de 2005 permite, em seu Artigo 7º, algumas derrogações para o que denomina “produtos alimentares que apresentam características tradicionais”. Entre essas, cabe mencionar: 1) as relacionadas aos locais em que os produtos tradicionais são expostos no caso de o ambiente contribuir ao desenvolvimento de suas características; 2) as medidas de limpeza e desinfecção dos locais de produção, que devem ser adaptados à atividade produtiva, de modo a considerar a flora existente no ambiente próprio da atividade produtiva; 3) as relacionadas à natureza dos materiais que compõem os instrumentos e equipamentos utilizados especificamente para a preparação, embalagem e acondicionamento desses produtos. O Regulamento Europeu nº 2.074 dá executividade às normas dos Regulamentos CE 853 e 852 de 2004, que estabelecem as regras gerais de higiene aplicáveis aos alimentos e os processos de controle de cumprimento dessas regras com objetivo principal de “um elevado nível de proteção da vida e da saúde humanas”, e facilitar o comércio entre os Estados-membros. Neles já vêm previstos os princípios a nortear as derrogações a adaptações a serem implementadas pelos estados-membros.”. Entre eles: “Os

Administração Pública tratou de flexibilizar ao máximo as normas sanitárias europeias frente seus pequenos produtores, justamente pela compreensão de sua importância econômica, social e cultural.

Temos então que a atividade econômica de um grupo social hipossuficiente encontra-se ilegitimamente dificultado ou obstaculizado por uma regulação estatal, de forma ilegítima. Entretanto, segundo o art. 5º, inciso XIII, “é livre o exercício de qualquer *trabalho*, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.” No caso, as normas sanitárias não se referem diretamente às especiais “qualificações profissionais”, mas são inspiradas numa política de industrialização forçada, e, após, mantidas por uma visão hipersanitarista desconectada de um interesse público³⁹⁶ concreto que justificasse tamanha intervenção na atividade dos pequenos agricultores.

Além disso, o direito ao “trabalho” é não só direito individual, mas um dos *princípios estruturais* da Constituição, como “primado” da Ordem Social Constitucional (art. 193), e um dos fundamentos da República (art. 1º, IV). Uma interpretação sistemática constitucional revela que o “direito ao trabalho”, como formalização de um direito à busca da emancipação econômica, constitui o principal sustentáculo para a concretização do rol dos direitos sociais coincidentes com as necessidades materiais essenciais, especialmente se focalizarmos a estreita relação entre o art. 6º e o inciso IV do art. 7º (salário-mínimo suficiente para suprir as necessidades essenciais). Não se poderia entender que tal proteção ao trabalho fique restrita apenas aos trabalhadores que obtêm sua renda mediante uma “relação empregatícia”. Tal restrição não se sustenta sob a ótica dos direitos fundamentais em sentido “material”. Conforme já explicitado pelo constitucionalista Jorge Miranda: “*todos os direitos fundamentais em sentido formal são também direitos fundamentais em sentido material. Mas há direitos*

requisitos do sistema HACCP deverão tomar em consideração os princípios constantes do Codex Alimentarius. **Deverão ter a flexibilidade suficiente para ser aplicáveis em todas as situações, incluindo em pequenas empresas.** Em especial, é necessário reconhecer que, em certas empresas do sector alimentar, não é possível identificar pontos críticos de controlo e que, em certos casos, as boas práticas de higiene podem substituir a monitorização dos pontos críticos de controlo. Do mesmo modo, o requisito que estabelece “limites críticos” não implica que é necessário fixar um limite numérico em cada caso. Além disso, o requisito de conservar documentos tem de ser flexível para evitar uma sobrecarga desnecessária para as empresas muito pequenas.” (Reg. 852 CE, 2004). (Sem grifos no original). A legislação francesa aplicou tal possibilidade derogativa através da Nota de serviço 8239 de 07 de novembro de 2011, do Ministério da Agricultura Francês, que erigiu como princípio de conduta dos fiscais sanitários “*o respeito máximo aos procedimentos já estabelecidos pelo próprio produtor.*” com vistas à máxima proteção dos métodos tradicionais adotados pelo próprio produtor.

³⁹⁶ No artigo aludido, demonstrou-se a baixa periculosidade do queijo mineiro e a raríssima ocorrência de intoxicação alimentar. Mesmo as poucas ocorrências registradas referiam-se a problemas de armazenagem e não das técnicas produtivas. Cf. PRETE, Esther Kulkamp Eyng. *O Fazer Tradicional dos Queijos de Minas Gerais e os Efeitos da má Legislação: Desenvolvimento Econômico-Social Para Quem?* Artigo apresentado no IX Congresso da Rede Latino-Americana de Antropologia Jurídica, ocorrido entre 29/09 e 02/10 de 2015 em Pirenópolis (GO).

*fundamentais em sentido material para além deles”.*³⁹⁷

A realidade nos revela que uma parcela considerável da sociedade se compõe de empreendedores individuais, pequenos produtores rurais, empresários de pequeno porte³⁹⁸ entre outros, os quais não podem ser menosprezados. Formalmente, tais indivíduos e famílias encontram-se na “livre iniciativa”, todavia, o interesse substantivo que as move é econômico-social, a satisfação material de suas necessidade básicas, a perpetuação de um negócio familiar ou até mesmo de tradições de interesse cultural regional, ou seja, não coincide com o interesse econômico-capitalista lucrativo que também é albergado pelo direito geral à “livre iniciativa” econômica; de forma que tal atividade econômica encontra-se substantivamente em harmonia com a tônica dos direitos sociais - cujo sistema coloca como um dos seus “primados” o valor “trabalho”, como já mencionado. De forma que, negar uma proteção a tais pequenos empreendedores fundada nos valores sociais da Constituição, e assim jogá-los numa situação de mendicância, para só então reconhecer-lhes um residual “direito social” consubstanciado na Assistência Social (art. 203), e, então, considerar-se o acesso a uma prestação assistencialista como “concretização” dos direitos sociais desses agricultores. Isso constituiria um absurdo!

O tratamento ideal que essa situação concreta reclama consiste, obviamente, em remover o obstáculo legal que relegou tais produtores nessa situação de clandestinidade e hipossuficiência econômica, de forma a respeitar o direito de exercício do trabalho por parte dos mesmos, além do respeito à dimensão cultural envolvida na reprodução do seu modo de vida. Assim, pelo respeito à autonomia desse grupo social, através da ativação da dimensão de defesa do direito social ao trabalho, permite-se de forma mais adequada o acesso desse grupo à satisfação de suas necessidades materiais e sócio-culturais.

³⁹⁷ *Manual de Direito Constitucional*. Ob.cit., pg. 9. A distinção não constitui inovação. O autor cita que “A distinção de direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material remonta ao IX Aditamento (de 1791) à Constituição dos Estados Unidos e encontra-se, expressa ou implícita, em diversas Constituições – entre as quais as portuguesas de 1911, 1933 e 1976.” Ob.cit, pg. 11.

³⁹⁸ Segundo Censo 2010 (IBGE), aproximadamente 29,2% da população economicamente ativa *não* é constituída de empregados: 21,5%, trabalhadores por conta própria; 2,0% empregadores; 4,00%, trabalhadores na produção para consumo própria, e 1,7% trabalhadores não remunerados – como o caso de familiares. Cite-se, ainda, a estimativa de que em torno de 16,1% do PIB do ano de 2014 (R\$ 826 bilhões) foi movimentado na informalidade, a qual se caracteriza pela prevalência de menores estruturas empresariais (Segundo dados do Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Getúlio Vargas - FGV/IBRE); soma-se à grande demanda gerada pela adoção da figura do Micro empreendedor Individual (mais de 6 milhões de inscritos em junho/2016). <http://www.portaldopreendedor.gov.br/estatistica/lista-dos-relatorios-estatisticos-do-mei>. Veja ainda, as estimativas da OIT que focalizam a pobreza nas nações em desenvolvimento concentrada nas áreas rurais: “more than 80 per cent of the moderate or extreme poor in developing and emerging countries are in rural areas and two-thirds of the extreme poor are employed in agriculture”, *World Employment and Social Outlook 2016: Transforming jobs to end poverty*. pg. 143.

4.2. Questão da titularidade: a ação econômica de cunho social como bem jurídico a ser protegido sob a égide dos direitos fundamentais sociais.

As diversas dimensões e posições jurídicas potencialmente levantadas pelos direitos fundamentais sociais acabam por levantar questões também quanto à titularidade dos mesmos, de forma a expandir seu conjunto de eventuais titulares pela ampliação do seu âmbito de proteção.

Menciona-se que, ao menos *prima facie*, num senso positivo de ação do Estado, o art. 6º da Constituição imponha deveres de prestacionais frente os indivíduos que não consigam suprir as necessidades ali enunciadas por *moto próprio*. De acordo com a doutrina, alguns direitos sociais seriam universais – como o direito à saúde – enquanto outros são reservados a uma parcela específica da população quando o indivíduo se encontra num estado de *vulnerabilidade* (ou necessidade). Todavia, vislumbra-se a universalidade da cobertura protetiva oferecida pela dimensão programática do art. 6º.

Os “direitos fundamentais” são, por sua natureza jurídica-constitucional, *universais* a todo brasileiro, podendo ser acionados por qualquer um. O que muda é a aplicação do direito, ou o conteúdo da prestação jurisdicional, por conta das diversas dimensões dos mesmos, tanto positivas quanto negativas, já mencionadas. Senão, teríamos um paradoxo topográfico e ontológico no art. 6º da Constituição: tais encontram-se no Título II da Constituição, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, ou seja, extensíveis a todo brasileiro, mas sob um estreito paradigma que identifique unicamente a dimensão prestacionista dos direitos sociais, muitas situações fáticas acabariam desabrigadas.

Imaginemos um exemplo concreto: digamos que em um determinado país o Governo proíba a utilização de adubos químicos por todos os agricultores. Tal proibição concretiza não só uma intervenção ilegítima no campo econômico, mas também ofende vários direitos sociais, por exemplo, coloca em risco *o direito social à alimentação* (art. 6º) de toda a coletividade, ao colocar em risco toda a produção da agricultura daquele país, com efeitos devastadores difíceis de mensurar, além da devastação econômica a ser sofrida pelos agricultores. No caso concreto, toda a população é *titular* do direito de clamar proteção contra tal ação governamental sob o manto da proteção de um direito social.

No RE nº 407.688-SP, já aludido, os ministros tomaram em consideração os efeitos sistêmicos que a revogação do art. 3º, VII, da Lei 8009/90 (que excepciona a regra da impenhorabilidade do bem único do fiador em contratos de locação, para a satisfação do crédito do locador) poderia redundar no encarecimento dos valores de aluguel, logo, na maior

dificuldade de satisfação do *direito à moradia* (art. 6º). Sublinhou-se, *in casu*, que a *ratio* do legislador havia sido a de criar um ambiente econômico que facilitasse o acesso à moradia, ao proporcionar aos proprietários de imóveis uma segurança para os mesmos oportunizarem imóveis para aluguel. Os titulares, aqui, não se enquadram na classificação tradicional de pessoas em situação de hipossuficiência atual, antes, verificou-se a possibilidade de um risco futuro ao direito à moradia, e, sublinhe-se, concretizado mediante puras trocas econômicas, sem que a ação estatal se apresente seja em sua modalidade direta ou indireta (*eficácia horizontal*).

Dessa análise emerge que ações estatais que coloquem em risco a atividade econômica que pela qual um indivíduo ou unidade familiar satisfaça suas necessidades básicas materiais (ou seja, o conteúdo dos direitos sociais, em especial os enunciados pelo art. 6º), tenha também o direito a defender-se de tais ações, especialmente diante de uma situação de explosão legislativa, tal como a descrita em nosso capítulo introdutório. Esse direito de defesa repousaria sobre uma dimensão dupla: por conta da defesa individual assim como pela dimensão social, pois o interessado está inserido na teia social econômica, havendo interesse social na manutenção do seu *status* de emancipado economicamente.

Não seria factível, por exemplo, que os direitos sociais em sua dimensão prestacional (ou positiva) fossem exigidos por *todo* brasileiro. É ontologicamente contraditório com a estrutura de sociedade. Observe, não é apenas uma questão de suportabilidade financeira, estrutural e humana do Estado, como ocorre, por exemplo, com o Judiciário: um número demasiado de lides sobrecarregaria o sistema judicial, prejudicando a própria prestação jurisdicional. Vai além desse ponto: é como se o próprio titular do direito à tutela jurisdicional fosse também o juiz, o cartorário, o advogado. Se todos os brasileiros (ou uma parcela expressiva) exigissem do Estado vestuário, por exemplo, significaria que não existiria ninguém *produzindo* vestuário. O povo que exige a prestação do Estado – no exemplo – é o mesmo que produz esse mesmo bem.

Tomando o mesmo exemplo da tutela jurisdicional, serão poucas vezes que um cidadão necessitará recorrer ao Judiciário. Apenas no caso de um conflito social mais grave, que não se solucione por outras formas de composição, é que um indivíduo utiliza de seu direito de acesso à tutela judicial. Todavia, não é o mesmo com bens materiais essenciais: *todos os dias* necessitamos de alimento, *todos os dias* necessitamos de uma moradia, *todos os dias* todos nós utilizamos de vestuário, *diuturnamente* acessamos o mercado na busca de bens para nosso sustento material. *Seriam então as trocas econômicas que satisfazem essas necessidades totalmente irrelevantes do ponto de vista dos direitos fundamentais sociais?*

5. Tensão entre visões ideológico-filosóficas subjacentes aos direitos humanos e fundamentais.

5.1 As filosofias políticas concorrentes subjacentes aos direitos fundamentais e a (não) integração com o econômico.

A teoria dos direitos humanos e fundamentais reflete toda uma concepção de Estado e organização social. Por conta disso, sua construção dogmática dá-se numa superfície sob a qual tensionam-se mutuamente profundas divergências político-ideológicas, que, *se não conscientizadas e sanadas, limitam o alcance dos direitos fundamentais.*

Um brevíssimo retrospecto histórico servirá apenas para ressaltar a profunda divergência entre as duas principais posições filosófico-políticas concorrentes que alimentaram a construções dos direitos fundamentais, levando a dificuldades de uma integração dialética.

Um momento marcante de nossa História, fazendo parte da passagem do Medievo para a Modernidade, foi o estabelecimento de direitos fundamentais e universais (mesmo que em tese)³⁹⁹ com a Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão em 26 de agosto de 1789. Esse documento constituiu a culminação da lenta impregnação da filosofia liberal que há pelo menos dois séculos já circulava na Europa. Seu texto, olhado retroativamente do ponto de vista contemporâneo, fala-nos muito das ambições daquele momento, aglutinadas em torno da ideia de *liberdade*. A primeira etapa de concretização de direitos fundamentais foi o estabelecimento de proteções contra a opressão (*direitos de defesa*), em especial a opressão do Estado, então fortemente identificado com a classe aristocrática. Naquele contexto, a filosofia liberal destacou a dimensão autossuficiente do indivíduo, sua dignidade imanente de sua liberdade criadora, de forma a contrastá-la da imagem do ser humano definido pelo cumprimento de seus deveres religiosos, tribais, familiares e de vassalagem à aristocracia.⁴⁰⁰

“A missão histórica precípua do Liberalismo consistiu naquilo que Schumpeter denominou “patrimonialização do indivíduo”, isto é, “o processo pelo qual o indivíduo se liberta das obrigações e atitudes da relação feudal, tornando-se teoricamente um cidadão entregue aos seus próprios desejos, modelando a sua vida privada mais ou menos a sua vontade, mesmo que no momento ainda estivesse gozando de privilégios especiais e preso a formas sociais fixas”. Ele tornava, assim, paulatinamente, realidade social e política, sob certo critério, um dos ângulos da pregação cristã. Entretanto, como notou Goethe, abdicava de ser um sentimento para tentar ser uma ideia.”⁴⁰¹

³⁹⁹ Como é notório, após a Revolução Francesa, a França passou por inúmeras convulsões políticas e sociais até efetivamente construir uma democracia e poder efetivar os direitos estampados na *Declaração*.

⁴⁰⁰CUNHA, Fernando Whitaker da. *Democracia e Cultura (a teoria do Estado e os pressupostos da ação política)*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1973, pg. 369. APUD: Nagib Slaibi Filho. *Direito Constitucional*. Forense: Rio de Janeiro, 2009, pg 304.

⁴⁰¹CUNHA, Fernando Whitaker da. *Democracia e Cultura ...* Idem, pg. 369. APUD: Nagib Slaibi Filho. idem, pg. 304.

O “sentimento” procurava encontrar brechas na estrutura social de então, meandros por onde o indivíduo histórico pudesse realizar seus anseios. Significa que, por um certo tempo, os anseios liberalizantes tinham sua justificativa (e até limitações) dadas pelo contexto: diante dele o *homem* do liberalismo tomava alguma forma, tinha sua *práxis* justificada pela estrutura social de então. Não se fazia necessário destacar a importância da dimensão social e a interdependência entre estruturas sociais e a sobrevivência do indivíduo, *porque justamente a dimensão social de então era o problema* pela ótica liberal. Por conta disso que se tomava como princípio fundante o indivíduo abstratamente considerado, sem integrá-lo – *a priori* – em suas relações mais amplas, como as familiares e comunitárias. Naquele momento histórico, a mente humana esforçava-se por criar conceitos que servissem para estabilizar, expressar o desejo – ou, o “sentimento” como apontou Goethe - de autonomia e libertação frente ao poder opressor, que por sua vez hipertrofiavam uma das facetas da imagem cristã da dignidade do indivíduo.

Todavia, quando o “sentimento” dá lugar à “ideia”, e essa hipertrofia a imagem idealizada do homem liberal, o liberalismo perde o contato com as demais dimensões culturais e sociais que lhe davam *contextualização*. Enquanto isso, o *Ancien Régime* cai, a estrutura da sociedade que contra o qual o liberalismo se levantara fôra varrida, juntamente com os antigos deveres e laços sociais. Contrastado contra o contexto do “novo mundo”, justamente construído pela mente liberal, esse novo homem agora emergia como um átomo solto. Certos *vazios* da concepção ontológica humana liberal requeriam, agora, densificação para reintroduzir a dimensão social. Por tudo isso, o liberalismo puro, como prática política, só foi possível até o século XIX⁴⁰². A partir do século XX as pressões sociais e econômicas, a contínua industrialização, a urbanização, o desenvolvimento das comunicações, ente outros, em suma, exigiram a atuação do Estado.

“O Estado Liberal, que se seguiu ao absolutismo que propiciou a formação dos grandes Estados nacionais, era a correspondência política do regime de livre iniciativa que já havia progressiva e lentamente surgido na economia, resultante das lutas pela conquista progressiva de direitos até então reservados apenas à nobreza. O individualismo filosófico [e metódico] foi o resultado da criação de conceitos que veiculassem as aspirações sociais de libertação tanto do teocentrismo medieval quanto do autoritarismo absolutista.”⁴⁰³

Com a consolidação dos direitos individuais de *defesa*, seria natural a evolução filosófica passar a incluir também a *dimensão social*, por exemplo, pela responsabilização compartilhada de todos pelos membros mais vulneráveis, *absorvendo*, assim, o princípio da

⁴⁰² SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. Forense: Rio de Janeiro, 2009, pg. 304.

⁴⁰³ SLAIBI FILHO, Nagib. *idem*, pgs 303- 304.

fraternidade na investigação ontológica humana. Todavia, por um momento, observamos não uma *evolução* político-filosófica, mas uma *ruptura* total. Uma “evolução” se daria com a *absorção* do liberalismo por uma teoria e prática político-filosóficas mais amplas, entretanto, por pelo menos 72 anos (de 1917, revolução russa, a 1989, queda do muro de Berlim) o mundo esteve dividido política e filosoficamente por conta do comunismo. Ao mesmo tempo, o Liberalismo, passa a ter sua dimensão econômica hiper-focalizada pela necessidade de um contra-ponto ao avanço do totalitarismo comunista, *quando na verdade seu foco inicial não era materialista, antes, se apresentava como uma filosofia ontológica do humano com vistas à transformações políticas que espelhassem a dignidade do indivíduo.*

O hiper-coletivismo do comunismo⁴⁰⁴ somado ao seu materialismo induziram a essa amputação de uma longa e tortuosa conquista ontológica que a conjunção de Cristianismo, da filosofia do Renascimento e do Iluminismo (cujo conjunto consolida-se no Liberalismo) havia legado à Humanidade: *a dignidade inerente ao indivíduo.*

O século XX foi o século no qual o poder destruidor do Estado fez-se sentir mais dramaticamente na História. O fascismo, nazismo, comunismo⁴⁰⁵ fizeram tantas vítimas e demonstraram uma tal violência contra a vida e a dignidade humana, que sob a luz deles todos os demais delitos da História da Humanidade, reunidos, ficam diminuídos. Ao mesmo tempo, foi justamente o choque causado pelo “século dos genocídios” que fez emergir a premência por uma instância que garantisse *direitos humanos*, direitos inalienáveis, oriundos da própria condição de *ser humano*, que não fossem relativizados por visões político-filosóficas.

Por isso, o mesmo século XX é também o século dos direitos humanos, com desdobramentos nos planos nacionais, pelas Constituições de vários países⁴⁰⁶, incluindo o nosso. Todavia, aqueles foram gerados num momento no qual o mundo encontrava-se dividido entre os países do bloco socialista e os países capitalistas, e em certa medida sendo influenciado pelas visões concorrentes. O direito de busca do sustento material é focalizado agora sob a lente

⁴⁰⁴ Sobre o antagonismo entre filosofias coletivistas e o individualismo metódico fundante das “sociedades abertas” ver POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*. vol. I e II.

⁴⁰⁵ Só o Comunismo, segundo a pesquisa histórica consolidada na obra “Livro Negro do Comunismo”, mais de 100 milhões de pessoas foram assassinadas para implantação e manutenção de governos e revoluções comunistas. BARTOSEK, Karel, MARGOLIN, Jean-Louis; PACKOWSKI, Andrzej; PANNÉ, Jean-Louis; *Livro Negro do Comunismo: Crimes, Terror e Repressão*. Trad. Caio Moreira, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

⁴⁰⁶ Após a Segunda Guerra Mundial e com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, várias constituições incluíram em seu contexto os direitos sociais. No âmbito europeu cabe citar a Constituição francesa de 1946, a italiana de 1948, e a Lei Fundamental da República da Alemanha de 1949. Mais recentemente, a Constituição portuguesa de 1976 e a espanhola de 1978. No continente americano, especialmente na América Latina, também se seguiu a elaboração de constituições com estatutos de direitos sociais, por exemplo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a Constituição Política da Colômbia de 1991. Diante dessa preocupação com a positivação e a efetivação dos direitos sociais, não há como se olvidar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos é uma das principais, senão a principal, fonte dos direitos sociais consagrados pelas atuais constituições, inclusive a Constituição Federal de 1988.

de um “direito ao *emprego*”. Se o ápice hipertrofiante da visão liberal foi a economia liberal que chegou à concepção do *homo economicus*, por outro lado, a dogmática dos direitos sociais parece admitir apenas constrangidamente a vivência econômica do ser humano, admitindo sua capacidade de participação econômica a, no máximo, como *proletário*.

Toda essa ebulição político-filosófica e econômica desaguaria na interpretação dos direitos fundamentais nos respectivos planos nacionais, dada sua direta influência na seara política. Como bem resume o teórico constitucionalista alemão ALEXY: “*As indagações sobre quais direitos o indivíduo possui enquanto ser humano e enquanto cidadão de uma comunidade, quais princípios vinculam a legislação estatal e o que a realização da dignidade humana, da liberdade e da igualdade exige expressam grandes temas da filosofia prática e pontos centrais das lutas políticas, passadas e presentes.*”

Nos planos nacionais, através das *constituições dirigentes*⁴⁰⁷, a integração da dimensão econômica revela-se um dilema mais evidente. Como já afirmou Canotilho, o grande problema do constitucionalismo contemporâneo seria em “determinar o caráter jurídico-normativo da parte dirigente da Constituição”, especialmente frente às questões de ordem econômica. Afirma que o grande problema, na atualidade, reside em “ponderar as medidas liberais e estatais que devem informar o texto constitucional”, para que continue a ser a Lei Fundamental sem se converter em um instrumento “totalizador com concepções unidimensionais do Estado e da sociedade”. Frear o Estado e sua tendência à concentração de poder, ao mesmo tempo, evitando que a Constituição perca a sua força normativa.⁴⁰⁸

5.2. Apontamentos sobre o desafio interpretativo para integração das diferentes filosofias.

Sabemos que o Direito procura criar, mesmo que imperfeitamente, instrumentos de ação que, acionados em conjunto, levem a *um estado de coisas*. Desta forma que os princípios fundamentais do Estado de Direito irradiam-se pelo Ordenamento, de forma a dar concretude àqueles⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Reimpressão, Coimbra Editora Limitada, 1994.

⁴⁰⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, pg.1192.

⁴⁰⁹ Por exemplo, ao comando jurídico “Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos” (art. 121, caput, Código Penal), apreende-se que a norma jurídica pressuposta pelo enunciado normativo é a proibição de *matar*. Almeja-se, pela norma, e sua repressão que se segue no caso de descumprimento, a preservação da vida humana; e essa por sua vez, conjugada com os demais comandos jurídicos repressivos do Código Penal, tem em mira a *um ambiente de segurança da integridade psico-física dos indivíduos*. Mas esse estado de coisas é o resultado do conjunto das normas penais aplicadas, finalidade que não vem explicitado por uma norma isolada. A finalidade é explicitada pela soma das normas que individualizam, cada uma por sua vez, uma específica conduta humana. Ou seja, agem individualmente pela técnica subsuntiva, mas em conjunto procuram dar densidade a princípios que justificam o próprio Estado de Direito, como a dignidade humana (CF, inciso III do art.1º).

Todavia, enquanto algumas normas do rol dos direitos fundamentais possuem suficiente inteligibilidade para delas se extrair sua imediata aplicabilidade, outras se mostram abertas, por conta da implícita complexidade de sua concretização. A norma constitucional não tipifica nenhuma conduta em particular em seu art. 6º, *mas apenas o resultado a ser alcançado*, partindo daí a dificuldade de *imediata* subsunção de qualquer conduta, seja individual ou estatal *prima facie*. Dessa abertura que emerge o acoplamento dos direitos sociais a políticas públicas a serem implementadas pelo Estado⁴¹⁰, levando à sua gradativa concretização.

A sistematização, teorização e interpretação dos direitos fundamentais alcançam um patamar de enorme importância quando esses passam a “problemas jurídicos” por conta de sua positivação por via *constitucional*. “Quando uma Constituição (...) vincula os poderes legislativo, Executivo e Judiciário a normas de direitos fundamentais” e quando essa vinculação “está sujeita a amplo controle por parte de um tribunal constitucional”⁴¹¹, tal leva à “juridicização do político”, pois aquelas possuem o poder de determinar amplamente a conformação social. Por conseguinte, a disputa ideológica poderia constituir um dos maiores obstáculos à coerência da interpretação dos direitos fundamentais, logo, de sua concretização:

“Diante da existência de um catálogo escrito de direitos fundamentais, o problema jurídico associado a esses direitos é, em primeiro lugar, um problema que diz respeito à interpretação das formulações do direito positivo. Neste ponto, ele não se diferencia dos problemas de interpretação diante dos quais se depara a Ciência do Direito em geral. Contudo, um rápido olhar sobre a discussão acerca dos direitos fundamentais da Constituição alemã demonstra que a polêmica a respeito dos direitos humanos e dos direitos dos cidadãos, embora tenha adquirido um novo caráter, em virtude de sua positivação como direitos diretamente vinculantes, não perdeu em agudeza nem em profundidade.

Uma razão para isso é a frequentemente mencionada abertura das disposições do catálogo de direitos fundamentais. (...) Mas a abertura não é, sozinha, uma explicação suficiente para a intensidade das controvérsias acerca dos direitos fundamentais, Mesmo que extremamente aberta, uma normatização pode não suscitar grandes discussões caso haja um amplo consenso sobre a matéria. **Mas, se a abertura estiver associada a um profundo dissenso sobre o objeto regulado**, estará aberto o flanco para uma disputa. É exatamente o caso dos direitos fundamentais. O catálogo dos direitos fundamentais regula de forma extremamente aberta questões em grande parte muito controversas acerca da estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. Isso pode ser percebido com grande clareza nos conceitos dos direitos fundamentais à dignidade, à liberdade e à igualdade. Se a eles forem adicionados conceitos sobre os fins do Estado, a estrutura da democracia, do Estado de direito e do Estado Social, chega-se a um sistema de conceitos que abarca os conceitos-chave do direito racional moderno, complementado pelo princípio do Estado Social, que expressa exigências dos movimentos sociais dos séculos XIX e XX. Esses conceitos continuam a ser

⁴¹⁰ “Assim, por exemplo, consagra-se um direito à saúde e uma política de realização da saúde com base num serviço nacional de saúde universal e gratuito; reconhece-se o direito ao ensino mediante uma política de democratização do ensino baseada na gratuidade progressiva dos vários graus de ensino; proclama-se o direito à segurança social com base num serviço nacional e unificado de segurança social.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 1ª ed. Brasileira, 2ª ed. Portuguesa, Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2008,pg. 130

⁴¹¹ ALEXY, Robert, ob.cit., pg. 25

conceitos fundamentais da filosofia política. Ao mesmo tempo, são eles utilizados, nas discussões ideológicas como armas semânticas. A expressão “luta pela constituição” refere-se, acima de tudo, a tais conceitos.⁴¹² (sem destaque no original)

5.3. Combinação de diferentes *teorias* para a mais completa proteção dos direitos fundamentais.

Portanto, o primeiro passo para uma interpretação ou análise de qualquer conteúdo é verificar se os parâmetros epistemológicos do intérprete são adequados ao objeto, especialmente no caso, onde se colocaram lado a lado dois temas muitas vezes considerados incomunicáveis, por implicarem desafiar posições filosófico-políticas subjacentes, ou, no mínimo, de aproximação polêmica. Nesse capítulo, foram destacados pontos de conexão e intersecção entre a concretização dos direitos sociais, entendido num sentido ampliativo de “estado de bem-estar social”, e o fenômeno econômico. Ressaltou-se a profunda relevância desse para uma abordagem completa, com vistas à efetiva e continuada concretização dos direitos sociais.

“A polêmica sobre os direitos a prestações é marcada por uma profunda divergência de opiniões acerca da natureza e da função do Estado, do Direito e da Constituição – e também dos direitos fundamentais -, bem como acerca da percepção da atual situação da sociedade. Vista que essa polêmica se relaciona, entre outros, a problemas distributivos, seu caráter “politicamente explosivo” é facilmente compreensível. Em quase nenhuma área a conexão entre o efeito jurídico e as valorações práticas gerais ou políticas é tão clara, em quase nenhum campo a polêmica é tão tenaz. Diante disso, é natural que se fale, de forma crítica ou favorável, de ‘uma mudança na compreensão dos direitos fundamentais’ e que se clame por uma ‘desdemonização, uma desideologização e uma desmocialização do conceito de direitos fundamentais sociais’.”⁴¹³

Como ilustrado, faz-se necessário urgentemente ultrapassar qualquer resquício de sectarismo. Para tanto, pode-se proceder à harmonização *dialética* das diferentes concepções e visões filosófico-políticas que contribuíram para o enriquecimento da teorização dos direitos fundamentais. O constitucionalista ALEXY, autor de talvez a mais importante sistematização contemporânea dos direitos fundamentais, advoga nesse sentido.

Para ilustrar esse ponto, começa por citar a sistematização de Böckenforde, que classificou as diferentes teorias dos direitos fundamentais em cinco: a) a teoria liberal ou do Estado de Direito burguês, b) a teoria institucional, c) a teoria axiológica, d) a teoria democrático-funcional e e) teoria social-estatal. Cite-se, ainda, a “teoria procedimentalista”.

⁴¹² ALEXY, Robert. ob. cit. pgs 26-27.

⁴¹³ ALEXY, Robert. idem, pg. 441.

Cada uma delas cumpre a “função como ideia normativa guia para a interpretação”⁴¹⁴ dos direitos fundamentais, estabelecendo a moldura dentro da qual são interpretados: qual o “objetivo” e a “estrutura” dos mesmos.

Deve-se evitar uma interpretação dos direitos fundamentais baseada em apenas uma dessas concepções básicas, segundo ALEXY. Primeiramente, por conta da excessiva abstração que cada concepção básica necessariamente padece, pois cada uma deixa de considerar, na mesma medida, a dimensão *analítica, empírica e normativa*⁴¹⁵ do Direito. O segundo problema consiste em, ao eleger apenas uma tese fundamental, cada uma dessas teorias descartaria todas as demais dimensões e aplicações dos direitos fundamentais não albergadas pela sua própria concepção eleita, amputando, em algum sentido, os direitos fundamentais. Ou seja, poderíamos concluir que cada teoria aponta para uma dimensão da *ontologia humana* e/ou da fenomenologia das relações entre indivíduo e Estado não totalmente abrangidas pelas demais.

Por tais razões, Alexy denomina uma teoria dos direitos fundamentais que se baseie em apenas uma dessas teses de “unipolar”. A melhor abordagem, aquela que o autor adota e que com a qual assentimos, seria a *integrativa*, que *regulasse* as contribuições que cada abordagem teórica possui para a concretização dos direitos fundamentais. A jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão aponta para essa direção, ainda que sem realizá-la totalmente :

“Contraposto ao conceito de teoria unipolar é o conceito de teoria combinada. Uma teoria combinada é a que subjaz à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, a qual recorre a todas as concepções básicas aqui mencionadas. Esse tipo de teoria é também sustentada por inúmeros autores, que falam em inúmeras funções, aspectos ou fins dos direitos fundamentais.”⁴¹⁶

Em que pese o fato da “teoria combinada” não ser efetivamente uma *teoria* dos direitos fundamentais por não esclarecer seus pressupostos de integração de inúmeros “*topoi* extremamente abstratos”, a prática do Tribunal Alemão tem o mérito de revelar que a *situação concreta*, para ser solucionada, requer que “inúmeros pontos de vista sejam considerados”, escapando da superficialidade de uma teoria unipolar.⁴¹⁷

Como já mencionamos, sob a superfície da dogmática dos direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais, fervilham filosofias políticas diversas, e, muitas vezes, opostas, especialmente quando se contrapõe direitos ou valores concebidos sob a égide da filosofia liberal (como os direitos de defesa ou de primeira dimensão) e sob a égide socialista (direitos

⁴¹⁴ Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Methoden der Verfassungsinterpretation, NJW 29, 1976, pg. 2096, APUD: ALEXY, Robert, ob. cit, pg 40.

⁴¹⁵ ALEXY, Robert, ob. cit., pgs 32-38.

⁴¹⁶ ALEXY, Robert, idem., pg 42.

⁴¹⁷ Ibidem, ibidem., pg. 42.

sociais ou de segunda dimensão). Caso nos apeguemos à *origem* histórica do aludido direito, mantendo cada “classe” dos aludidos direitos sob um único tipo de perspectiva (ou seja, estabelecendo um limite epistemológico diverso para cada “tipo”), acabar-se-á fechando a cognição para novas possibilidades e dimensões de cada direito individualmente. Assim, caso o intérprete se mantenha “fiel” a apenas uma única concepção filosófico-política, negando-se a *considerar* diferentes perspectivas, acabará no erro da “unipolaridade” aludida por ALEXY, tendendo a replicar preconceitos⁴¹⁸ que prejudicarão a população que necessita de uma aplicação *eficiente* dos direitos sociais.

Não se pode permitir, portanto, que filosofias subjacentes, herdadas das lutas políticas, diminuam o horizonte interpretativo dos direitos fundamentais por conta de sectarismos que se encontram *nos intérpretes*, não *nos direitos em si mesmos*. Tal abordagem se mostra importante também com vistas a repudiar qualquer abordagem que coloque direitos sociais e direitos fundamentais individuais como *ontologicamente* em contraposição.

Ultrapassada essa verdadeira barreira epistemológica, o intérprete poderá passar às substantivas (e difíceis) tarefas subjacentes à atividade de interpretação dos direitos fundamentais, como a “ponderação” entre direitos fundamentais, densificação das normas constitucionais e sua aplicação frente às situações concretas.

A “ponderação”, seja entre direitos fundamentais ou princípios constitucionais, apresenta especial conexão com a temática aqui proposta, pois a mesma atrai para si a concomitante aplicação de vários princípios constitucionais. O raciocínio requerido para a solução do caso concreto é mais sofisticado, escapando à lógica formal:

“Durante muito tempo, a subsunção foi a única fórmula para compreender a aplicação do Direito, a saber: premissa maior – a norma- incidindo sobre a premissa menor – os fatos – e produzindo, como consequência, a aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto. Mais recentemente, porém, a dogmática jurídica deu-se conta de que a subsunção tem limites, não sendo por si só suficiente para lidar com situações que, em decorrência da expansão dos princípios, são cada vez mais frequentes. (...)Diante de um fato ao qual podem ser subsumidas várias premissas maiores (como confronto de direitos fundamentais, tais como direito à privacidade liberdade da imprensa). O raciocínio subsuntivo trabalharia com apenas uma das normas, mas o que não é possível, em razão do princípio da unidade da Constituição.” (...) [Todavia], “(...)o intérprete não pode simplesmente optar por uma norma e desprezar outra em tese também aplicável”(...)“Será preciso um raciocínio de estrutura diversa, mais complexo, que seja capaz de trabalhar multidirecionalmente, produzindo a regra concreta que vai reger a hipótese a partir de uma síntese dos distintos elementos normativos incidentes sobre aquele

⁴¹⁸ “Calha sempre recordar que a força dos estereótipos é tal que, quando eles estiverem em jogo, nem mesmo os conceitos jurídicos mais tradicionais serão respeitados e a própria reconstituição dos fatos pode resultar negligenciada. E assim, não apenas a aplicação prática do direito sai prejudicada como também a própria orientação para tal aplicação. Mesmo o debate conceitual, que, no âmbito doutrinário, deveria ocupar o primeiro plano, passa a um plano secundário” CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Interpretação jurídica e estereótipos*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2003, pg. 132.

conjunto de fatos.”⁴¹⁹

Nesse trabalho, como se tem colocado em enfoque uma dimensão ligada ao mundo dos fatos, a contingencialidade se apresenta como fator incontornável, mas não devendo ser tomada sob o signo da negatividade. A contingência é uma limitação sob *algumas* perspectivas, mas não uma limitação *absoluta*. O que ela nos impõe é o respeito pelos meios e recursos faticamente existentes. Abrindo-se, assim, à contingência, pode-se descobrir novas possibilidades não percebidas numa primeira análise, que podem até suplantar em eficácia aquela idealizada inicialmente pelo intérprete como a adequada.

A razoabilidade, assim, se mostra como técnica interpretativa necessária. Alípio Silveira, apoiando-se em Recaséns Siches, sobre a Lógica do Razoável, expõem alguns pontos desse modo de raciocinar pertinentes ao tema:

“(…) a formulação dos propósitos, ou estabelecimento de finalidades, não só se apoiam sobre valorações mas estão, além disso, condicionados pelas possibilidades que ofereça **a realidade social humana concreta**. A formulação das finalidades ou metas é o resultados da conjugação entre o conhecimento sobre uma realidade social particular e certas valorações estimadas como pertinentes a essa realidade”. (sem destaque no original)

E continua

“(…) o logos humano está orientado pelos ensinamentos tirados da experiência vital e histórica, isto é, individual e social – atual e pretérita – e se desenvolve instruído por essa experiência.”⁴²⁰

6. Novas estratégias de “concretização”: uma abordagem metajurídica.

Nesse capítulo, procurou-se sublinhar os pontos de contato, atrito e, principalmente, de intersecção entre a dimensão econômica e a concretização dos direitos sociais. Vimos que desde seu início os direitos de “segunda dimensão” tiveram sua concretização correlacionada com os processos econômicos subjacentes necessários para dar-lhes sustentação, seja no plano internacional (Pacto Internacional dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais), seja no plano normativo nacional. Procurou-se iluminar, mesmo que imperfeitamente e muito brevemente, os diferentes níveis de entrelaçamento entre direitos sociais e os fenômenos econômicos, consubstanciadas em: i) a necessária produção de riqueza por parte da sociedade, para quê a mesma fornece os necessários recursos para o Estado efetuar suas atividades, inclusive as de caráter prestacional-social; ii) como o fenômeno econômico serve de meio para

⁴¹⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6 ed. Rev. atual. e ampliada. Editora Saraiva, 2004, pg 355-357.

⁴²⁰ SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica Jurídica: seus princípios fundamentais no direito brasileiro*. 2 ed.. São paulo: Brasiliense, 1985, pgs. 171-172.

concretização de direitos sociais, como moradia e alimentação, podendo tal processo ser alvo de fomento estatal; iii) no caso de subvenções econômicas, que aparentemente seriam totalmente independentes do fenômeno econômico, sublinhamos que ainda assim a economia se faz sentir por conta do valor da moeda e pela necessidade da economia ser sofisticada o bastante para que *existam* os bens pelos quais a subvenção monetária será trocada e que os mesmo tenham valores acessíveis (exemplo do Bolsa-família); iv) por fim, tem-se que os mesmos cidadãos beneficiários dos direitos sociais são, em muitos casos, também *atores* promotores do mesmo processo econômico que sustenta todos os processos já mencionados.

Por fim, sublinhamos como pelo direito e valor “trabalho” interconectam-se mutuamente a dimensão econômica e social, a Ordem Social Constitucional e a Constituição Econômica.

Soma-se a isso, a aludida “obsolutização” da técnica jurídica da subsunção se confrontada contra o tecido fenomenológico fático dos vários níveis de entrelaçamento entre economia e a dimensão do bem-estar social. As situações descritas nesse capítulo constituem “situações-limite”, que atraem a aplicação simultânea de várias princípios constitucionais (no plano jurídico) ao mesmo tempo que faticamente não se amoldam à subsunção pura e simples.

Todas essas diferentes dimensões do entrelaçamento entre bem-estar social e fenômeno econômico desafiaram a roupagem jurídica atual, até às suas bases epistemológicas mais profundas, que remetem ao kantismo-kelseniano. Destacamos, como epifenômeno da inadequação de tais pressupostos jusfilosóficos à complexidade da realidade sócio-econômica, a atual a explosão normativa. Sendo essa uma consequência da estratégia adotada pelo Estado-providência (estratégia legalista-positivista), chega-se ao paradoxo de essa mesma explosão legislativa impedir a fruição de direitos econômicos e sociais justamente por um grupo social que é apontado como de especial atenção por parte desse mesmo Estado-Providência (caso dos produtores rurais artesanais de queijo). Destacou-se também o esgarçamento do tecido normativo, especialmente pela perda da coesão normativa, destacado contra o fundo fático já mencionado.

Chegamos, assim, a seguinte conclusão: limitar o tema “concretização dos direitos fundamentais sociais” à mesma lógica legalista positivista autorreferenciada (que crê, por exemplo, que basta a criação de mais instrumentos jurídicos para tanto), mostra-se limitado. Os limites epistemológicos do legalismo tenderão a replicar os mesmos epifenômenos apontados, ou seja, é inerente a esse processo manter um “véu de ignorância” frente às realidades ônticas supra-positivas.

Por tal motivo, não é incomum que eminentes juristas já tenham intuído que a plena

concretização dos direitos sociais apontam para um plano metajurídico de reflexão⁴²¹.

No Brasil, um dos grandes estudiosos dos Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais foi o Prof. Antonio Augusto Cançado Trindade. Prof. Cancado, que tanto advogou justamente pela integralidade dos direitos humanos, relata a necessidade de compreender também como o campo econômico se movia, para assim melhor orientar as políticas públicas governamentais. Tendo absorvido muitos ensinamentos daquele que foi o grande pioneiro do Direito Econômico no Brasil – Prof. Washington Peluso Albino de Souza – afirma que com ele aprendeu que “(...) as relações econômicas entre os povos, e toda a temática do desenvolvimento, *não se enclausuram nos parâmetros dos ordenamentos jurídicos internos, nem tampouco nos diferentes ramos do Direito em sua sistematização clássica.*”⁴²²

Baseado, então, em sua experiência de estudioso e militante da matéria, Prof. Cançado afirma que dois são os principais obstáculos para a plena efetivação dos direitos econômicos: um, refere-se ao déficit de “implementação e exigibilidade de tais direitos” por uma ação intranormativa. Segundo, e o principal ponto que se pretende destacar, que “*o universo jurídico conceitual de que dispomos não se mostrava suficiente*”. “*Fazia-se necessário que o estudioso ampliasse seu horizonte para tratar de tal matéria, com um “enfoque bem mais amplo, inclusive necessariamente **interdisciplinar**”*”.

Tem-se, assim, somado a todo o anteriormente exposto, a necessidade de uma fenomenologia mais abrangente e aprofundada dos específicos fenômenos e pontos de entrelaçamento entre economia e direitos sociais, inclusive, de forma a reconstruir qual o real papel da dimensão econômica para a temática. Concomitantemente, necessita-se reconhecer a necessidade de acessar à realidade concreta, mas de forma metódica e controlável. Tal necessidade ilumina pontos de contato da temática com a Legisprudência e Legística:

O avaliador [no caso, o jurista] também não se pode contentar com a referência aos objetivos explícitos de uma lei para medir sua eficácia. Uma abordagem tão restrita conduz à negligência de parte importante dos efeitos gerados e ao empobrecimento do leque de fins e objetivos efetivamente perseguidos.⁴²³

⁴²¹ Nesse sentido: “As garantias sociais consubstanciam-se na capacidade de o Estado prover adequadas condições materiais a seus habitantes, tomados em sua dimensão individual e coletiva. Elas estão associadas a dois fatores: a) a capacidade de geração de riquezas no âmbito da sociedade, b) a forma de distribuição dessas riquezas pelos indivíduos que a integram.” (...)“Trata-se de um plano metajurídico – timbrado por componentes econômicos e ideológicos – mas que figura, conforme assentamos em outra parte, como pressuposto de fato para o exercício pleno dos direitos fundamentais positivados” BARROSO, Luis Roberto. *Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pg120.

⁴²² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Do Direito Econômico aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. 199-. Biblioteca UFMG sob o registro 34:33 D631 [199-], introdução.

⁴²³ DELLEY, Jean-Daniel. *Pensar A Lei. Introdução A Um Procedimento Metódico*. Cad. Esc. Legisl., Belo Horizonte, v.7, n. 12, p. 101-143, jan./jun.2004, pg. 115-116.

A utilização da Nova Economia Institucional serve como instrumento heurístico a demonstrar a enorme relevância do arcabouço normativo para a atividade econômica de forma ampla e para os indivíduos, de forma a preparar a compreensão do campo de aplicação da Legística e de sua importância para a busca da efetividade das normas do Estado-Providência, com fins para a efetiva concretização dos direitos sociais em todas as suas dimensões.

Capítulo 5

LEI, EXCLUSÃO E POBREZA: A Legislação que funciona para todos.

“lack of income is just one dimension of poverty.”⁴²⁴

‘We can’t solve problems by using the same kind of thinking we used when we created them.’

Albert Einstein

1. Conexão entre lei, exclusão e perpetuação da pobreza: “Millennium Development Goals”.

No ano de 2000, todos os 189 membros das Nações Unidas e 23 organizações internacionais comprometeram-se formalmente com as “Metas de Desenvolvimento para o Milênio” (Millennium Development Goals)⁴²⁵. Tal documento apresentava oito metas, entre as quais, a *erradicação da pobreza extrema e da fome*.

Conectado a tal meta, formou-se a *Comission On Legal Empowerment Of The Poor*, como uma força-tarefa com a missão de ser a “primeira iniciativa global para investigação da conexão entre exclusão, pobreza e a lei”.⁴²⁶ Após 3 anos de pesquisas, foi produzido o relatório “*Making the Law work for Everyone*”, que apresenta um cenário bastante preocupante: a maior parte da população mundial encontrar-se-ia fora do abrigo da proteção jurídica (*rule of law*). Um marco institucional e normativo inadequado ou insuficiente estaria enclausurando uma grande parte da população global numa situação de exclusão, ao negar-lhes os instrumentos

⁴²⁴ *Comission On Legal Empowerment Of The Poor* foi dirigida por 22 comissionários, de diversas partes do globo, entre juristas, economistas e chefes de Estado, cinco equipes técnicas, pesquisas de campo realizadas em 22 países, juntamente com ONGs e organizações comunitárias locais. COMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR, *Making The Law Work for Everyone*. vol I, Nações Unidas, 2008,pg. 1, disponível *on line* em: https://www.un.org/ruleoflaw/files/Making_the_Law_Work_for_Everyone.pdf

⁴²⁵ As demais metas são: garantir educação primária universal, promover a igualdade de gênero e empoderamento feminino, redução da mortalidade infantil, promover a saúde materna, combater as epidemias de AIDS, malária, entre outras; assegurar sustentabilidade ambiental, desenvolver uma parceria global pelo desenvolvimento.

⁴²⁶ “The Commission on Legal Empowerment of the Poor is the first global initiative to focus on the link between exclusion, poverty, and the law. Launched by a group of developing and developed countries including Canada, Denmark, Egypt, Finland, Guatemala, Norway, Sweden, South Africa, Tanzania, and the United Kingdom, it has been hosted by the United Nations Development Programme (UNDP) in New York. Co-chaired by former U.S. Secretary of State, Madeleine Albright, and the Peruvian economist, Hernando de Soto, it brought together eminent policymakers and practitioners from around the world. The full list of Commission members is at the opening of this report. Legal empowerment is not about aid, but about helping poor people lift themselves out of poverty by working for policy and institutional reforms that expand their legal opportunities and protections.” COMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR, *Making The Law Work for Everyone*. vol I, Nações Unidas, 2008,pg. 16, disponível *on line* em: https://www.un.org/ruleoflaw/files/Making_the_Law_Work_for_Everyone.pdf

jurídicos que possibilitariam a participação no mercado. Assim, esse arranjo institucional estaria mantendo *artificialmente* a situação de pobreza (*poverty as a man-made situation*). A partir de tais constatações, embasadas empiricamente, o relatório traça quais seriam também as estratégias jurídicas e políticas a serem adotadas para inclusão dessa parte da população.

Na literatura microeconômica, o vínculo entre os direitos de propriedade e o aumento do bem-estar econômico já estava estabelecido, ao menos quanto a três “canais”: a) aumento de segurança da ocupação e dos incentivos ao investimento, custos de transação mais baixos e ganhos com o comércio, e aumento do valor do ativo como colateral e diminuição da restrição ao crédito⁴²⁷. Os trabalhos de Hernando de Soto inovaram por estabelecer a conexão entre ausência de direitos de propriedade e pobreza, ao apontar que o capital dos pobres permaneceria como um “capital morto” se desprovido dos instrumentos jurídicos que lhes permitiriam participar do mecanismo de mercado. Os trabalhos da *Commission On Legal Empowerment Of The Poor* tomam por base teórica a abordagem institucionalista, aplicada a uma grande base de dados (22 países) e contando com a colaboração de inúmeros pesquisadores e organizações sociais locais.

Segundo o Relatório final, a pobreza não seria um “estado natural” do ser humano⁴²⁸, antes, o resultado de arranjos institucionais injustos, inadequados, que obstruem uma parcela da população de possuírem os instrumentos jurídicos que permitam o acesso ao mercado, tais como, direitos trabalhistas, direitos de propriedade, possibilidade de formalização de micro e pequenas empresas (*business rights*) e acesso à Justiça. Burocracia, altos custos de registros, linhagem excessivamente técnica, corrupção, leis inadequadas à realidade de pequenos negócios, acesso à Justiça dificultado, a alienação da lei frente às realidades locais, seriam algumas das formas pelas quais a lei ergue um fosso entre a “elite” que se beneficia dos instrumentos jurídicos que permitem a participação do mercado e o restante da população. A lei acabava criando, do ponto de vista econômico, o impedimento da entrada de novos “concorrentes”, e do ponto de vista político-institucional, a manutenção de estruturas de autoridades corruptas que se “alimentam” das dificuldades geradas pela lei, tais como máfias e milícias. Essas estruturas de poder político e econômico que se formavam em torno do marco regulatório inadequado/insuficiente são apontadas pelo Relatório como o grande obstáculo político para efetuar as reformas necessárias (*highly resistant to change because of entrenched interests*).

⁴²⁷ Cf: BESLEY, Timothy. *Property rights and investment incentives: theory and evidence from Ghana*. The Journal of Political Economy, v. 103, n. 5, p.903-937, outubro de 1995. FIELD, Erica. *Entitled to work: urban property rights and labor sup*. Princeton: Princeton University, outubro de 2002.

⁴²⁸ *Making The Law Work for Everyone*. vol I, ob.cit. Pg. 1,

“(..) and where they are not excluded from the legal system, they are often oppressed by it. Because the poor lack recognised rights, they are vulnerable to abuse⁴²⁹ by authorities that discriminate, seek bribes, or take the side of powerful interests who may wish to prevent the poor from competing economically or seek to evict them from their land.”⁴³⁰

De acordo com os dados apresentados pelo relatório da Comissão, mais de 4 bilhões de pessoas⁴³¹ não possuiriam acesso pleno à proteção jurídica, relegando-as, assim, à situação de vulnerabilidade frente a abusos como extorsão, discriminação e perda ilegal de suas posses, além de estarem impedidas de usufruírem das vantagens do mercado, como já mencionado. Devido à situação de vulnerabilidade, essas pessoas veem-se constantemente sob o signo da *insegurança*.

Conseqüentemente, por mais que tais pessoas trabalhem, elas não conseguem manter e colher os frutos de todo seu trabalho. O “trabalho”, como subsistência, por si só, não retiraria as pessoas da pobreza se as mesmas estiverem desprovidas de direitos jurídicos que revistam e protejam os *frutos* do mesmo. Desta forma, não conseguem inserirem-se social e economicamente e nem elevarem suas condições materiais.⁴³² Uma vez que a condição de insegurança é contínua, retirando-lhes qualquer perspectiva que ultrapasse o horizonte imediato, as ações e decisões são pautadas pelas necessidades *imediatas*, levando as pessoas a não verem sentido em investirem em seus negócios e propriedades. *Vivem para o hoje, para a mera subsistência*.

Nos países ricos, por outro lado, a maioria da população conta com uma rede de instrumentos jurídicos que tornam efetivos seus interesses, tais como direitos trabalhistas e suas garantias correlatas, acesso a direitos de propriedade *eficientes*, *business rights*, proteção contra

⁴²⁹ SCHNEIDER, Friedrich. ‘*Shadow Economies and Corruption all over the World: New Estimates for 145 Countries*’, July 2007, published in: Economics, The Open-Access, Open-Assessment E-Journal, No. 2007-9. Available at <http://www.econ.jku.at/Schneider/publik.html>, APUD: *Making The Law Work for Everyone*. vol I, Nações Unidas, 2008, pg 90.

⁴³⁰ COMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR, *idem*, pg. 2 e 3.

⁴³¹ “In studies conducted on the ground in 20 countries since 1998 at the request of the governments of Guatemala, Bolivia, Panama, Honduras, Argentina, Mexico, Haiti, Dominican Republic, El Salvador, Ecuador, Colombia, Peru, Tanzania, Egypt, Albania, the Philippines, Ethiopia, Georgia, Ghana, and Pakistan, the Institute for Liberty and Democracy (ILD) conservatively estimated that between 70 percent and 90 percent of the urban and rural population were extralegal. Applying these results to 179 developing and former Soviet nations, according to the degree of development of their institutional framework, it was found that 85 percent of the population lived in extralegal areas. Given a population of 4.9 billion in these 179 countries, it was concluded that at least 4.1 billion live in extralegal areas.” *Ibidem*, *ibidem*, vol I, Nações Unidas, 2008, pg. 90.

⁴³² “(...) is not the absence of assets or lack of work that holds them back, but the fact that the assets and work are insecure, unprotected, and far less productive than they might be. There are further vulnerabilities, as well. Indigenous communities may be deprived of a political voice and their human rights violated. In addition to exclusion based on their poverty and their gender, poor women may also be denied the right to inherit property. In our own era then, vast poverty must be understood as created by society itself.” COMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR, *ibidem*, pg. 1 e 2.

a evicção ilegal da propriedade e acesso à Justiça. No caso de uma ofensa ensejada seja por uma autoridade legal, seja por terceiros, as pessoas têm à sua disposição um facilitado acesso ao Judiciário e efetiva força protetiva do Estado; se os contratos são descumpridos, da mesma forma. O conhecimento desses direitos e instrumentos jurídicos também é difundido. Assim, essa teia normativa dá às pessoas segurança jurídica, que por sua vez influencia suas condutas econômicas:

“The knowledge that legal rights and obligations can be enforced, if necessary, guides people’s everyday actions, and this certainty allows them to pursue economic and other opportunities. In effect, the prosperity of rich countries is created through a variety of sophisticated instruments and norms such as limited-liability companies, partnerships and cooperatives, tradable assets, labour contracts, venture capital, insurance and intellectual property – all of which rely on an effective framework of law and functioning institutions.”⁴³³

A existência desse complexo e sofisticado sistema jurídico-institucional não é conscientizada por aqueles que dela usufruem (*given for granted*), desta forma, não ocorre muitas vezes àqueles que vivem sob o amparo da lei sequer *cogitar* como seria o mundo delas se elas não tivessem essa rede protetiva. Esquecem-se como elas tornam as transações mais seguras e baratas, permitem previsibilidade, segurança e confiabilidade, tornando assim possível contratos de longos períodos ou de períodos indeterminados mesmo entre estranhos, o que, por sua vez, permitiu a especialização do trabalho e a economia de escala, além das ferramentas de crédito e seguros. “*Such features mark the difference between a rudimentary economy with a simple pattern of production and exchange and a vastly more complex and productive developed economy.*”⁴³⁴ Os que vivem sob o amparo da lei não imaginam o que é viver sob o signo da insegurança, imaginando que a qualquer momento suas poucas posses poderão ser arrancadas por milícias, máfias, ou “confiscadas” por autoridades corruptas. Leis efetivas e inclusivas, garantidas por instituições funcionais, trazem uma miríade de benefícios econômicos que, de tão fundamentais, podem se tornar “invisíveis” para aqueles que sempre viveram sob sua proteção.

“Douglass North was one of the first to note that the policy prescriptions associated with traditional economic theory failed to capture the nuances and complexities of informal economic activity. North and later economists such as Nicholas Stern shifted their focus from standard theories of how markets operate, to the importance of market institutions such as property systems, the business environment, and labour. These institutions, they argued, shape ordinary people’s economic activity.”⁴³⁵

⁴³³ COMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR, ob.cit, vol. 1, pg 21.

⁴³⁴ Idem, idem., vol. 1, pg 48.

⁴³⁵ Ibidem, ibidem., vol. 1, pg 17.

“Part of the problem is that the voices of the poor are not heard.”:⁴³⁶ Desta forma, é comum que os mesmos que teorizam sobre a pobreza às vezes não consigam captar “as nuances e complexidades do problema”. Por tal motivo, a Comissão tomou por pressuposto compreender os desafios que os pobres enfrentam em *seus próprios termos*, colocando-se no ponto de vista deles, e munindo-se de dados empíricos. “Our agenda is not based on abstract theories or utopian pieties; it reflects the realities of poverty and exclusion experienced by poor people themselves.”⁴³⁷

2. Tornando as regras do jogo mais Justas: “Legal Empowerment of the Poor”.

Os direitos apontados pelo Relatório, quando efetivos, possuem o poder de engatilharem processos econômicos sistêmicos. Por exemplo, a mera formalização jurídica da propriedade, com efetivo acesso à proteção estatal, por si só, possui o potencial de valorizar diferentemente uma propriedade formalizada frente outra não formalizada. Pesquisas demonstraram a valorização de áreas rurais no Brasil, Indonésia, Filipinas e Tailândia entre 43% e 81% após a formalização da propriedade⁴³⁸. O mesmo efeito de valorização econômica após formalização legal também foi observado em áreas urbanas, sendo citados dados de Manila (14%), em Guayaquil e Lima (25%), e em Davao (58%).⁴³⁹

Por outro lado, sem possuírem a proteção jurídica, as pessoas necessitam recorrer a outros instrumentos de proteção. O Relatório cita que pessoas que sintam que suas propriedades são inseguras devotam “valuable resources to physically protect it and often get tied down in conflicts over plot boundaries.” Um estudo realizado no Peru descobriu que aproximadamente metade daqueles que não possuíam tal segurança jurídica contratavam um vigia para cuidarem de sua área. Já as famílias que possuíam a segurança de sua propriedade ficavam livres para se devotarem mais ao trabalho, totalizando 45 horas semanais a mais gastas num emprego produtivo. No total, equivale à renda de um membro da família a mais. Tal situação se mostrava especialmente relevante para as mulheres.⁴⁴⁰

⁴³⁶ COMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR, ob.cit., vol. 1, pg 14.

⁴³⁷ Idem, idem., vol. 1, pg. 21.

⁴³⁸ WORLD BANK. *World Development Report 2005: A Better Investment Climate for Everyone*. Washington: The International Bank for Reconstruction and Development, p.79, disponível *on line* em: http://siteresources.worldbank.org/INTWDRS/Resources/477365-1327693758977/FNL_WDR_SA_Overview6.pdf

⁴³⁹ WORLD BANK. Idem, p.80 APUD: *Making The Law Work for Everyone*. Idem, vol I, pg. 50.

⁴⁴⁰ “My estimates suggest that titling results in a substantial increase in labor hours, a shift in labor supply away from work at home to work in the outside market and substitution of adult for child labor. For the average squatter family, granting of a property title is associated with a 17% increase in total household work hours, a 47% decrease in the probability of working inside the home, and a 28% reduction in the probability of child labor.” FIELD, Erica. *Entitled to Work: Urban Property Rights and Labour Supply in Peru*, Harvard University, julho de

Após a formalização, além da valorização dada apenas pela mera formalização jurídica da propriedade, foi observado também que o comportamento dos proprietários alterava-se, levando-os a investirem mais esforços na melhoria das mesmas. Com a segurança trazida pelo título de propriedade e pela valorização econômica, os proprietários passavam a demonstrar maior predisposição em reinvestirem em suas propriedades, elevando também a produtividade, com o conseqüente aumento de renda dos proprietários. Pesquisas na Polônia, Romênia, Rússia, Eslováquia, e Ucrânia revelou que empreendedores que se sentiam seguros de seus direitos de propriedades reinvestiam, em média, 40% mais em seus negócios.⁴⁴¹

Na China, o efeito combinado de emissão de títulos de propriedade e liberalização dos preços aumentou a produtividade das áreas rurais em 42% entre 1978 e 1984.⁴⁴² O relatório ainda cita que fazendeiros tailandeses que possuem o título legal de suas propriedades produzem em média ¼ a mais que os que não possuem.⁴⁴³

Um estudo efetuado numa favela na Argentina descobriu que posseiros que recebiam títulos de propriedade da posse passavam a cuidar melhor de suas casas.⁴⁴⁴ O mesmo fenômeno foi observado em Lima, onde residentes que tinham seus direitos de propriedade segurados passavam a investir em média 68% mais em melhorias residenciais.⁴⁴⁵

Para citar ainda outros efeitos econômicos gerados por direitos de propriedade, esses geram efeitos “colaterais” que podem ser revertidos para iniciarem pequenos negócios ou a compra de outros bens. Quando formalizada, a propriedade torna-se um título hábil para a obtenção de *crédito*, que por sua vez é um instrumento financeiro essencial para alavancar um novo negócio ou para financiamento da compra de outros bens.

A formalização de pequenos negócios também pode impactar diversamente o valor econômico dos mesmos. Por exemplo, negócios informais, em regra, não possuem acesso a outros instrumentos que permitam sua profissionalização: como não podem garantir direitos trabalhistas formais não podem contratar melhores funcionários, o que leva por sua vez a

2003, pg. 24. Disponível *on line* em: <http://www.rwj.harvard.edu/papers/field/Field%20Entitled%20to%20Work%20....pdf>

⁴⁴¹ COMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR, ob.cit., vol. 1pg. 50.

⁴⁴² Idem, idem, pgs. 80 e 81.

⁴⁴³ Ibidem, ibidem, pg. 50.

⁴⁴⁴ GALIANI, Sebastián; SCHARGRODSKY, Ernesto. *Property Rights for the Poor: Effects of Land Titling*. Journal of Public Economics, n. 94, junho 2010, pgs.700-729. Disponível *on line* em: [http:// sites.harvard.edu/fs/docs/icb.topic845003.files/Session%2013%20-%20Mar%208/Galiani%20Schargrotsky_2010_Land%20Titling.pdf](http://sites.harvard.edu/fs/docs/icb.topic845003.files/Session%2013%20-%20Mar%208/Galiani%20Schargrotsky_2010_Land%20Titling.pdf).

⁴⁴⁵ “(...) results indicate that strengthening property rights in urban slums has a significant effect on residential investment: the rate of housing renovation rises by more than two-thirds of the baseline level. The bulk of the increase is financed without the use of credit, indicating that changes over time reflect an increase in investment incentives related to lower threat of eviction”. FIELD, Erica. *Property Rights and Investment in Urban Slums*. Journal of the European Economic Association Papers and Proceedings. vol. 3, Issue 2-3, pgs 279–290, April-May 2005, Disponível *on line* em: <http://scholar.harvard.edu/files/field/files/fieldinvestjeea-2.pdf>

relacionamentos empregatícios precários. Torna-se comum o uso da força de trabalho da entidade familiar, levando à confusão entre a hierarquia familiar e a hierarquia do negócio, com graves prejuízos tanto da ordem de produtividade quando na ordem pessoal. Os relacionamentos comerciais, pelas mesmas razões, restringem-se à roda de relacionamentos pessoais empreendidos pelo chefe de família, pois são baseados na confiança pessoal, não em contratos formalizados. Essa situação, além de gerar diferentes retornos econômicos por parte da empresa, também afetará os direitos dos herdeiros. Quando o proprietário de uma empresa legalmente registrada falece, os herdeiros recebem a participação na pessoa jurídica, e mais facilmente poderão revender a empresa, se assim desejarem. Já no caso de um negócio informal, os herdeiros recebem unicamente os bens materiais que muniam o negócio, e sem a presença pessoal do *de cuius* os relacionamentos comerciais desfazem-se. Todo o trabalho empreendido pelo *de cuius*, e muitas vezes auxiliado pelos familiares (filhos e cônjuge) se perde. Seu capital acumulado evapora-se.⁴⁴⁶

A recent Inter-American Development Bank study of 12 Latin American countries found that only eight percent of all enterprises are legally registered, and that nearly 23 million businesses operate informally. The owners of these businesses cannot get formal bank loans, nor can they enforce contracts or expand beyond a personal network of familiar customers and partners. An estimated two billion people are without access to basic financial services. As a result, the poor have no choice but to accept insecurity and instability as a way of life.⁴⁴⁷

Esses são só alguns exemplos de efeitos causados pela *dinâmica* que se opera sob as limitações/possibilidades que se colocam diante de diferentes arranjos institucionais. Por tal razão, a “Comissão” argumenta fortemente que o que está em jogo é a possibilidade de os pobres poderem participar do Mercado em “*iguais condições*” (equal terms), ou seja, terem acesso a ferramentas jurídicas com a mesma adequabilidade usufruída pelo restante da sociedade. “*The rules of the game are unfair*”⁴⁴⁸

“The Commission believes that poverty is *manmade*, a consequence of our actions and our inaction. By design or by default, markets, laws, institutions, and politics often fail to serve the common good, excluding or discriminating against poor women and men. Democracy is often more of a mantra than a reality; the rule of law, in practice, is often rule by law, arbitrarily and unequally applied. While people in poor countries may have rights on paper, that is often where they remain. Frequently the only laws that people know are informal rules, some traditional, others more recent.”⁴⁴⁹

⁴⁴⁶ COMMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR, ob.cit., vol I, pg 55.

⁴⁴⁷ DFID Press Release, 18 June 2007 (<http://www.dfid.gov.uk/News/files/pressreleases/bank-billion-benefit.asp>), IN: Idem, idem., vol. I, pg 15.

⁴⁴⁸ Ibidem, ibidem., vol. I, pg. 2.

⁴⁴⁹ Ibidem, ibidem, vol. I, Pg 21.

A pobreza persistente, portanto, **seria um processo dinâmico, histórico, de causas institucionais**, e sua efetiva solução requer o desenlace dos mesmos obstáculos institucionais que impedem que uma grande parcela da população tenha acesso às proteções jurídicas que permitem uma efetiva participação econômica. As medidas propostas pela “Comissão” em seu relatório constituem a agenda do “empoderamento legal dos pobres”, ou seja, a reforma legal e institucional de forma a retirar os obstáculos que impedem que os mais pobres tenham acesso às *mesmas ferramentas* jurídicas, com o *mesmo grau de efetividade*, atualmente usufruídas pelas “elites”.

Por “empoderamento legal dos pobres” (Legal empowerment of the Poor–LEP) compreendem-se a gama de estudos que apontam as relações entre o conjunto jurídico e pobreza, assim como as estratégias voltadas para sanar tais desequilíbrios sócio-econômicos derivados da estrutura institucional. Vejamos algumas definições:

“[Legal empowerment of the poor] involves the use of law to increase disadvantaged populations' control over their lives through a combination of education and action.” (Asian Development Bank).⁴⁵⁰

“Legal empowerment of the poor is a rights-based strategy for improving governance and alleviating poverty ... [and involves] ... the use of legal services and related development activities to increase disadvantaged populations' control over their lives.” (Carnegie Endowment).⁴⁵¹

“Legal empowerment promotes safety, security, and access to justice and helps poor people solve problems and overcome administrative barriers.” (World Bank)⁴⁵²

“Legal empowerment of the poor expands the rule of law to the benefit of all citizens, rich or poor, men or women, rural or urban, and whether they belong to ethnic majorities, indigenous people, or other minorities.”⁴⁵³ (High Level Commission for Legal Empowerment of the Poor - HLCLEP)⁴⁵⁴

“Legal empowerment of the poor refers to actions and processes, including but not limited to legal reforms, by which the poor are legally enabled to act more effectively to improve their

⁴⁵⁰ GOLUB, Stephen; MCQUAY, Kim. *Legal Empowerment: Advancing Good Governance and Poverty Reduction*. In: Law and Policy Reform at the Asian Development Bank, 2001, pg. 7.

⁴⁵¹ GOLUB, Stephen. *Beyond Rule of Law Orthodoxy: The Legal Empowerment Alternative*. Carnegie Paper No. 41, October 14, 2003, pg. 3.

⁴⁵² PALACIO, Ana. *Legal Empowerment of the Poor: An Action Agenda for the World Bank*, 2006, pg. 15, disponível on line em: http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTINST/Resources/Legal_Empowerment_of_the_Poor.pdf

⁴⁵³ PALACIO, Ana. *Idem*, pg. 15.

⁴⁵⁴ “High Level Commission for Legal Empowerment of the Poor” constitui a comissão superior nos assuntos concernentes ao tema nas Nações Unidas, cuja primeira reunião ocorreu em janeiro de 2006, sua criação surgiu da proposta do Governo da Noruega com o apoio dos demais países nórdicos (Dinamarca, Finlândia, Islândia, and Suécia). Entre seus membros encontravam-se o Presidente do World Bank, U.S. Secretary of State Madeleine Albright, o economista Hernando de Soto, e líderes políticos como Gordon Brown, ex-presidentes Benjamin Mkapa (Tanzania), Fernando Cardoso (Brasil), Ernesto Zedillo (México), Mary Robinson (Irlanda), U.S. Supreme Court Justice Anthony Kennedy, e ganhador do prêmio Nobel da Paz Shirin Ebadi do Irã. Cf: PALACIO, Ana. *ibidem*, pg. 5.

economic situation and livelihoods, allowing them to alleviate or escape poverty.” (USAID)⁴⁵⁵

“Legal empowerment is the process through which the poor become protected and are enabled to use the law to advance their rights and their interests, vis-à-vis the state and in the market.” (Commission On Legal Empowerment Of The Poor).⁴⁵⁶

Por conta dos inúmeros estudos apontando a relação entre “lei, exclusão e pobreza,” em especial o estudo sistemático do relatório da *Commission On Legal Empowerment Of The Poor (Making the Law Work for Everyone)* A ONU reconheceu que o “empoderamento legal” “é essencial para a efetiva erradicação da pobreza e da fome” mediante a Resolução A/C.2/64/L.4 – *Legal empowerment of the poor and eradication of poverty*. Nele, a Assembleia Geral reconhece que “acesso à justiça e a realização dos direitos de propriedade, trabalho e empreendedorismo reforçam-se mutuamente e são componentes essenciais para a erradicação da pobreza”,⁴⁵⁷ juntamente com a influência que o conjunto normativo exerce sobre crescimento e desenvolvimento econômico sustentável. Por conseguinte, a Assembleia Geral das Nações Unidas:

“Recognizes the importance of pursuing appropriate policy and regulatory frameworks at respective national levels to promote a dynamic, inclusive, wellfunctioning and socially responsible private sector as a valuable instrument for generating economic growth and reducing poverty, and encourages the promotion of an enabling environment that facilitates *entrepreneurship and doing business by all*, including women, the poor and the vulnerable;” (...)

“Encourages countries to promote the *four pillars of legal empowerment of the poor*, namely, access to justice and the realization of rights related to property, labour and business by incorporating these dimensions into their national development policies and strategies and making them an integral part of their eradication of poverty efforts;” (sem destaques no original)⁴⁵⁸

De forma a escapar da “armadilha” da pobreza, os pobres necessitariam de um sistema legal que lhes forneça os instrumentos e proteções de forma jurídicas de forma a possibilitá-lo a *expansão de seu raio de ação*, possibilitando-lhes realizar seu capital humano e físico em igualdade de condições jurídicas com qualquer outro cidadão.

A agenda do “empoderamento econômico dos pobres” se baseia sobre quatro “pilares”. Os três primeiros, de caráter *substantivo* são: direitos de propriedade, direitos trabalhistas adequados e proteção jurídica adequada para a realidade de pequenos negócios.

⁴⁵⁵ BRUCE, John W.; GARCIA-BOLIVAR, Omar; HANSTAD, Tim; ROT, Michael, NIELSEN, Robin, KNOX Anna, SCHMIDT, Jon. *Legal Empowerment Of The Poor: From Concepts To Assessment*. United States Agency for International Development, ARD Inc, março 2007, pg. 9, Disponível *on line* em: <https://www.usaid.gov/sites/default/files/documents/1866/Legal%20Empowerment%20for%20the%20Poor%20Guide.pdf>

⁴⁵⁶ COMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR, ob.cit. vol. 1, pg. 26.

⁴⁵⁷ Tradução livre. ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, A/C.2/64/L.4, 57ª sessão, de 19 e outubro de 2009, disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N09/567/44/PDF/N0956744.pdf?OpenElement>.

⁴⁵⁸ Idem, idem, pg.3.

Como apenas a mera reforma substantiva da lei não a realiza completamente, o quarto pilar repousa sobre a garantia e/ou facilitação do acesso ao devido processo legal *efetivo*. “*For the legal system to play a role in empowering the poor to lift themselves out of poverty, they need more than laws conferring the appropriate mix of rights, powers, privileges, and immunities; they also need a legal and judicial system that can make these legal entitlements practical and meaningful*”.⁴⁵⁹

A Comissão sublinha que não defende que o “empoderamento legal dos pobres” possa, por si mesmo, erradicar a pobreza. Tal agenda de propostas deve ser vista como complementar e de implementação concomitante com outras que se mostrarem necessárias (*context-based legal reform as a principle of governance*). A Comissão afirma estar consciente da complexidade da sociedade, de seus fenômenos e dos processos que alimentam o estado de pobreza. Todavia, em contrapartida, não há como incluir economicamente as pessoas se as mesmas não estiverem de posse dos instrumentos jurídico-institucionais que se fazem necessários para participarem do mercado.⁴⁶⁰ Foram as inovações institucionais ocorridas historicamente que permitiram que massas populacionais pudessem usufruir de direitos até então exclusivos de uma aristocracia, dando assim, origem ao livre mercado. A inclusão dos pobres sob a proteção da regra jurídica é uma tarefa que mostra relevância de ordem econômica, política, social, e moral.”⁴⁶¹ “*They deserve a chance to make their business operations, no matter how small or even micro they are, more productive, and they are entitled to decent working conditions.*”⁴⁶²

Ocorre que tais direitos não foram devidamente estendidos à maior parte da população mundial, travando o desenvolvimento humano e econômico de muitas nações. Somando-se a isso, a expansão desordenada dos Ordenamentos no decorrer do século XX tornaram essa situação crônica. Para tanto, advoga-se pela utilização combinada e concomitante do conjunto de campos de estudo derivados do paradigma institucional e economia comportamental – economia institucional, teoria da negociação, antropologia jurídica, teoria da escolha pública, entre outros - de forma a se traçar políticas e reformas legislativas de forma integrada.⁴⁶³

⁴⁵⁹ COMMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR, ob.cit. vol II, pg 56.

⁴⁶⁰ Idem, ob.cit.. vol I, pg. 11.

⁴⁶¹ Idem, *Making The Law Work for Everyone*. vol I, 2008,pg. 11, ibidem.

⁴⁶² Idem, ibidem., Vol. 1, Pg 20.

⁴⁶³ “Many strands of research, however, from institutional economics to negotiation theory and from legal anthropology to the analysis of market failure, can yield information about the most promising strategies for providing access to justice. Law and development, operating under the name of legal empowerment, is one particular strand the Commission could usefully build on (Golub and McQuay 2001; Golub 2003), and there are others using bottom-up perspectives (Van Rooij 2007). More generally, bottom-up and empowerment approaches have been part of the development agenda since the late 1990s (Narayan 2005), and they have now become building blocks of programmes such as the World Bank’s work in Community Driven Development and, more

2.1. Teoria do “capital morto” dos pobres.

Para melhor compreender a proposta do CLEP, é necessário ter em mente a teoria criada pelo economista Hernando DE SOTO sobre como o capital acumulado pelos pobres mantem-se em estado de inatividade, por falta de formalização jurídica. De Soto estava já há muitos anos trabalhando em pesquisas a respeito das diferenças dos níveis de desenvolvimento econômico entre países, em especial entre o Ocidente desenvolvido e a América Latina e economias recém-saídas do mundo comunista. Descartando teorias tradicionais a respeito do subdesenvolvimento, como as teorias culturalistas, De Soto buscou na História das nações desenvolvidas o “segredo” da transformação de bens no capital que irriga o desenvolvimento econômico. Identificou que na história desses países, como dos Estados Unidos, a regra jurídica amoldou-se progressivamente às necessidades dos pequenos fazendeiros, comerciantes e inventores. Ela foi fruto, originalmente, da criação espontânea da sociedade e adequada às suas necessidades. Os Estados desses países adotaram e deram, posteriormente, coercibilidade a tais normas, ampliando sua aplicabilidade.

Concomitantemente a esse processo de formalização de um sistema normativo nascido da razão prática, da experiência viva dessas sociedades, as regras de reconhecimento da propriedade e de legalização dos comércios, permitiram a emergência de um sistema *unitário* e *seguro* para as trocas econômicas e enriquecimento contínuo da sociedade.

“In the West, by contrast, every parcel of land, every building, every piece of equipment or store of inventories is represented in a property document that is the visible sign of a vast hidden process that connects all these assets to the rest of the economy. Thanks to this representational process, assets can lead an invisible, parallel life alongside their material existence.”⁴⁶⁴

Atividades econômicas não formalizadas – “unrecorded, unreported activities” – resultam em uma profusão de pequenos negociantes desprovidos da possibilidade de obterem crédito, venderem seus negócios, em suma, de expandirem e ascenderem à mobilidade social. Eles ficam, igualmente, impossibilitados de obterem os remédios jurídicos cabíveis para a proteção de suas propriedades e negócios no caso de ofensas perpetradas por terceiros. Não bastassem essas barreiras obstaculizantes, o Estado não possui meios de coletar impostos sobre essas atividades.

recently, its Justice for the Poor programme.” COMMISSION.. ob.cit., vol II, pg. 2

⁴⁶⁴ DE SOTO, Hernando. *The mystery of the Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*, Random House , 2010, pg. 6.

"The existence of such massive exclusion generates two parallel economies, legal and extra legal. An elite minority enjoys the economic benefits of the law and globalization, while the majority of entrepreneurs are stuck in poverty, where their assets – adding up to more than US\$10 trillion worldwide – languish as dead capital in the shadows of the law"⁴⁶⁵

Segundo esses achados, “descobriu-se” que muitos dos considerados pobres em nações subdesenvolvidas não são completamente desprovidos de bens, mas tais posses se encontravam fora da proteção jurídica e das facilidades de trocas oferecidas pelo mercado. Os pobres não conseguem transformar sua força de trabalho e seus bens em “capital” em razão das barreiras imposta pelas próprias leis, que obstaculizam o acesso à formalização e ao exercício de direitos econômicos (como *business rights*). O efeito é *tridimensional*: impede uma parte da população de se libertar de sua condição de pobreza, que por sua vez priva a economia formal de ser irrigada pelo capital acumulado por essa mesma parcela da população e o Estado de poder colher parte de tais rendimentos na forma de impostos e revertê-los na forma de serviços e infra-estrutura.

Segundo levantamentos realizados por sua equipe apresentados em sua obra (*The Mystery of the Capital*, 2001), os bens no mercado informal nas economias subdesenvolvidas totalizavam **9,3 trilhões de dólares**, um valor que à época correspondia a toda a riqueza norte-americana ou ao total do valor de todas as companhias listadas nas bolsas de valores no mundo. Todavia, esse imenso patrimônio se encontra em estado de “capital morto”, ou seja, relegadas à informalidade e incapazes de gerarem maiores benefícios econômicos aos seus proprietários e à economia como um todo.

2.2. Um caso concreto de mudança: Sewa Nagar, Índia.

De acordo com os relatos apresentados pelo Relatório, ainda que as premissas pareçam simples na teoria, alterações institucionais que ofereçam proteção à atividade econômica de pessoas em situação de vulnerabilidade possuem o potencial de transformação profunda na vida dessas pessoas. Uma situação observada entre comerciantes do mercado Sewa Nagar, Deli, na Índia, ilustra como a mudança institucional altera a *dinâmica de poder*, entre pessoas exploradas e seus exploradores.

Um grupo local de comerciantes uniu forças para conseguirem *formalizar* seus pequenos negócios, e assim, livrarem-se das cobranças de propinas das autoridades locais. O relato de um dos indivíduos beneficiados revela o quão impactante isso foi para sua qualidade de vida:

⁴⁶⁵ DE SOTO, Hernando. ob. cit, pg. 30.

‘Nunca esquecerei como a vida era terrível antes,’ afirma Mehboob, que vende potes plásticos em Sewa Nagar. ‘*Nós lutávamos para sobrevivermos mediante trabalho duro, honesto, mas isso era quase impossível.* A polícia e as autoridades locais nos exigiam propinas, ameaçando-nos de confiscar nossos produtos ou nos prenderem. Eu tinha que pagar, mas ainda assim eu apanhava e era assediado. Meus produtos foram levados e eu perdi a conta de quantas vezes eu fui preso. Nunca imaginei que as coisas pudessem ser diferentes’.

Quem visita agora Sewa Nagar não reconheceria o mesmo lugar descrito pela vívida lembrança de Mehboob. O mercado é inundado por clientes procurando por barganhas pelas agora limpas e estruturadas vendas cujos comerciantes competem por sua atenção. Madan Sal é um dentre eles, vende frutas secas, Santosh tenta seduzir clientes femininas com seus cosméticos e bijuterias, Raju realiza negócios animados barbeando os homens – e nenhum deles está mais com medo. A fonte dessa impressionante transformação é simples, mas profunda. Enquanto no passado Santosh e outros negociantes não estavam formalmente autorizados para negociarem, agora eles possuem licenças oficiais para tal. No papel isso pode parecer não ser revolucionário, mas na prática isso empodera os negociantes pobres do Mercado para realizarem seu trabalho [livremente]. Em troca de um aluguel razoável, os negociantes agora possuem direitos estabelecidos para exporem e venderem suas mercadorias. ‘Nós não mais pagamos propinas’ explica Mehboob. ‘*Sinto-me bem porque estou ganhando meu dinheiro honestamente e pago meus impostos.*’⁴⁶⁶

O testemunho trazido demonstra como, *em suas próprias palavras*, o indivíduo em situação de pobreza moderada, mas empoderado legalmente, passou a usufruir de: a) sensação de segurança, b) liberdade para exercer sua atividade econômica, c) segurança contra *abusos* de terceiros. Consequentemente, ele relata a conquista de i) senso de respeito e dignidade próprio por poder prover seu próprio sustento, ii) especialmente de maneira “honesto”; iii) que ele passou a colaborar com o Estado com o pagamento de impostos; iv) a mudança comportamental econômica, agora voltada para o investimento no seu negócio, observado pela melhoria das condições estruturais e de higiene no local e em seu próprio negócio, tal como apontado pelas pesquisas anteriormente aludidas.

Para compreendermos a real dimensão do impacto que essa simples formalização jurídica causou, devemos compreender o contexto: segundo informa o relatório da Comissão, a maioria esmagadora dos vendedores de rua em Deli trabalham informalmente. As leis locais proibem venda de rua sem as devidas licenças. Ocorre que, numa cidade de 15 milhões de habitantes, pouco mais 4000 licenças haviam sido emitidas pela Prefeitura até então. Estima-se que 99% dos vendedores dos 10 milhões de vendedores de rua que existem na Índia trabalhem ilegalmente.⁴⁶⁷ As dificuldades burocráticas marcadas por vários processos e órgãos com responsabilidades sobrepostas criaram um ambiente propício para a naturalização da corrupção e surgimento de máfias que vivem da extorsão dos pequenos negociantes. As dificuldades para enfrentar as autoridades corruptas locais eram tantas que o projeto-piloto só teve sucesso

⁴⁶⁶ COMMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR, ob.cit., vol. 1, Pg 14.

⁴⁶⁷ Idem, idem, vol. 1, pg 14.

porque aquele grupo de negociantes conseguiu provocar a intervenção do Primeiro-Ministro indiano em seu favor. Os líderes do movimento relataram ameaças e distúrbios causados por demais autoridades, que possuiriam interesse na manutenção de uma zona “livre para corrupção” (*bribe-free zone*).

A mudança institucional, conforme descrito, foi essencial para livrar esses indivíduos de uma situação precária, de forma a concretizar os ditames da Dignidade Humana e do princípio da Autonomia que inaugura o *Pacto Internacional Sobre Direitos Cíveis e Políticos* e *Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. A situação revela também conexão com os seguintes artigos da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*: art. 3º (*todas as pessoas têm direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal*), art. 17 item 2 (*Ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua propriedade*), art. 28 (*Toda a pessoa tem direito a que reine, no plano social e no plano internacional, uma ordem capaz de tornar plenamente efetivos os direitos e as liberdades enunciadas na presente Declaração*). Poderia-se ainda argumentar, *cum grano salis*, que a situação de opressão que os pequenos comerciantes sofrem, sendo aterrorizados e extorquidos pelas máfias locais, sem uma opção real de acesso à justiça, pode ser comparável a um tipo de *servidão*, pois o ato repete-se quotidianamente, levando os pequenos comerciantes a efetivamente sustentarem economicamente essa estrutura mafiosa, ofendendo o direito enunciado pelo art. 4º, primeira parte, da citada Declaração (*ninguém pode ser mantido em escravidão ou em servidão*).

Temos então, com o empoderamento legal dos pobres, uma *convergência* tanto de fatores axiológicos mais superiores (Dignidade da pessoa humana, conquista da autonomia, liberdade frente à opressão) quanto pragmático-econômicos; tanto individuais quanto coletivos (manutenção dos frutos do próprio trabalho, comportamento econômico voltado ao reinvestimento, aumento da receita do Estado pela formalização de novos contribuintes).

Na seara política, ressaltamos que a comportamento das máfias locais combinada com o arranjo institucional, assim como a grande resistência à mudança institucional para torná-la inclusiva, imita a dinâmica das já aludidas instituições político-econômicas extrativistas:

“A existência do círculo vicioso tem razões naturais. Instituições políticas extrativistas produzem instituições econômicas também extrativistas, que promovem a riqueza de poucos em detrimento de muitos. Aqueles que se beneficiam do extrativismo dispõem assim dos recursos para montar seus próprios exércitos (privados) e reunir mercenários a seu serviço, comprar seus juízes e manipular as eleições de modo a perpetuar-se no poder. Têm também o maior interesse em resguardar o sistema. Portanto, as instituições econômicas extrativistas servem de plataforma para que suas contrapartes políticas persistam. O poder é valioso em regimes com instituições políticas extrativistas, por ser irrestrito e promover tantas benesses

econômicas.”⁴⁶⁸

Nas próprias palavras de um dos líderes do movimento dos negociantes indianos, o desejo é a conquista para os pobres de um espaço de ação livre da opressão, para que os mesmos possam viver suas vidas em paz e em integração com o restante da sociedade:

“For Madhu, the battle is only just beginning. ‘This pilot project is part of a much larger campaign that seeks to free the lives of the self-employed poor in India from needless 15 bureaucratic controls and extortionist mafias,’ she says. ‘It recognises that poor people’s enterprise plays a vital role in the country’s economy and that they have a right to earn a living free from harassment, extortion, beatings, and other human-rights abuses.’”⁴⁶⁹

3. Emancipação econômica centrada no potencial do indivíduo.

A análise do funcionamento das instituições teve por critério como elas oportunizam a participação do próprio indivíduo no mercado e como elas protegem os recursos econômicos em sua propriedade. Os pobres podem e na verdade efetivamente geram renda, “and are incredibly resourceful and ingenious in scratching out a living”⁴⁷⁰. Desta forma, um conjunto institucional funcional é aquele que permite o uso das potencialidades pessoais de cada indivíduo.⁴⁷¹

Essa abordagem se mostra harmonizada com a estrutura dos Direitos Humanos – centrada no princípio da Autonomia – e com o papel de co-participação dos indivíduos na construção do Desenvolvimento, tal como delineado pelo Direito ao Desenvolvimento, ambos já tratados no capítulo prévio. “The poor are not the objects of legal empowerment, but its co-designers and facilitators. They must participate and provide feedback in all phases of the reform”⁴⁷².

A abordagem também ressalta o papel incremental das mudanças, onde os ganhos de cada fase permitem a abertura de novos horizontes de inserção econômica e melhora das condições de vida da população em situação de vulnerabilidade, de forma a criarem uma agenda renovada de combate à pobreza (Renewed Anti-poverty Agenda). As novas possibilidades abertas pelos últimos desenvolvimentos da teoria econômica e institucional criam um dever de utilizá-las para a efetiva emancipação desses indivíduos. “*In our era, however, we have every possibility to make economic opportunity broadly available. In the last*

⁴⁶⁸ ACEMOGLU, ROBINSON, *Porque as nações falham..* ob.cit, pg 266-267.

⁴⁶⁹ COMISSION..ob.cit, vol. 1, pg 14-15.

⁴⁷⁰ Idem, idem, vol. 1, Pg 28.

⁴⁷¹ Ibidem, ibidem, vol. 1, pg 18.

⁴⁷² Ibidem, ibidem, vol. 1, pg 9.

*six decades, more wealth has been created than in all previous history. No longer can it be argued that poverty is natural or inevitable”.*⁴⁷³

4. Diferentes causas subjacentes ao estado de pobreza.

A pobreza pode ser resultado de outros processos, diferentes dos aqui apontados. Collier traça uma linha que diferencia as causas da pobreza entre os países com problemas estruturais profundos (*falling apart states*) e as de países que se encontram em fase de desenvolvimento. Durante a fase de crescimento econômico mundial ocorrida desde os anos 80, acelerado durante os anos 90, quando se observou a profunda queda da pobreza mundial, esse processo foi excetuado pelos países acometidos de problemas internos severos, tais como conflitos armados (73% das pessoas que se encontram na linha extrema da pobreza encontram-se em países que recentemente passaram ou estão em guerra)⁴⁷⁴. Tais países, por suas condições internas, não seguiram o caminho de crescimento experimentado pelos demais, por tal motivo, mantêm grandes parcelas da pobreza extrema mundial⁴⁷⁵.

Dado que a pobreza refere-se a processos dinâmicos de diferentes naturezas⁴⁷⁶, os instrumentos de intervenção deverão ser adequados para cada caso em particular.⁴⁷⁷ Em linhas gerais, a ajuda internacional de caráter assistencialista, por exemplo, faz-se necessária para países que emergiram de situação de falha institucional completa⁴⁷⁸, todavia, mesmo nessas

⁴⁷³ COMMISSION. ob.cit, vol I, pg. 1.

⁴⁷⁴ COLLIER, Paul. *The Bottom Billion: Why the poorest countries are failing and what can be done about it*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2007, pg.17.

⁴⁷⁵ Países com população vivendo na linha da extrema pobreza (\$1,90 por dia, Segundo nova forma de medição do Banco Mundial): Benin, 53,1%; Sierra Leoa, 52,3%; Nigéria, 50,3%; Tanzania, 46,6%; Chad, 38,4%; Senegal, 38%; Congo, 28,7%; Índia, 21,3%; Honduras, 18,8%; Georgia, 17,8%; África do Sul, 16,6%; Guatemala, 11,5%; Camboja, 8,9%; Bolívia, 8%; Colômbia, 6,6%; Equador, 5,9%; Paraguai, 5,5%; Brasil, 5,5%; Peru, 4,4%; Panamá, 4%; Armênia, 2,3%; Bulgária, 2,2%; Argentina, 1,5%; Chile, 1,3%, Mongólia, 0,6%. Fonte: BANCO MUNDIAL, dados de 2011. Disponível em <http://databank.worldbank.org/data/reports.aspx?source=2&country=&series=SI.POV.DDAY&period=>

⁴⁷⁶ “The poor is shorthand for a huge variety of people who have low incomes and struggle with problems such as hunger, ill health, and inadequate housing. They live in remote rural villages, as well as in urban shantytowns. They work as household service providers, subsistence farmers, casual labourers, street vendors, and trash recyclers. Many are from under-represented ethnic minorities – often internal or international migrants who have moved to an area where they lack clear legal status. Many have been displaced by war and civil unrest. Others are indigenous peoples who have been excluded by the dominant society. The poor are disproportionately women. Particularly the poor, scarcely interact with national institutions and the formal legal system. Their lives are mostly shaped by informal local norms and institutions, such as the conditions of the slum in which they live or the degree of corruption of local officials. Big national reforms pass them by.” COMMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR, ob.cit., vol. 1, pg. 17.

⁴⁷⁷ Idem, idem., vol. 1, Pg 19.

⁴⁷⁸ Segundo o Autor, mesmo no caso dos países que concentram a extrema pobreza mundial, medidas efetivas também deverão mirar os processos internos de cada país, apenas são de outra natureza. A mera abordagem assistencialista não surge efeito, pois não altera as estruturas internas desses países: “Unfortunately, it is not just about giving these countries our money. If it were, it would be relatively easy because there are not that many of

situações, devem ser geridas de forma a não gerarem dependência, destruição do comércio local e fonte de sustento e fortalecimento para autoridades corruptas locais, que costumam desviá-las⁴⁷⁹. Além disso, a ajuda humanitária apresenta um potencial de auxílio menor do que o que se imagina. ACEMOGLU, por exemplo, cita que “vários estudos estimam que apenas 10%, 20% no máximo dos recursos humanitários chegam ao seu destino”: uma grande parcela dos recursos é absorvida com a estrutura que administra os recursos, além do que é simplesmente desviada de forma ilícita, de forma que o que efetivamente chega ao beneficiário é uma pequena parcela.⁴⁸⁰ Já a pobreza remanescente nos países emergentes, especialmente após o crescimento econômico mundial observado desde os anos 80, transmutou-se, exigindo outras ferramentas:

“Collier (...) believes that aid will do relatively little to boost development and reduce poverty in other developing countries, which have other resources to tap, such as trade, foreign direct investment, and taxation.”⁴⁸¹

them. With some important exceptions, aid does not work so well in these environments, at least as it has been provided in the past. Change in the societies at the very bottom must come predominantly from within; we cannot impose it on them. In all these societies there are struggles between brave people wanting change and entrenched interests opposing it. To date, we have largely been bystanders in this struggle. We can do much more to strengthen the hand of the reformers. But to do so we will need to draw upon tools— such as military interventions, international standard-setting, and trade policy—that to date have been used for other purposes.” COLLIER, Paul. *The Bottom Billion: Why the poorest countries are failing and what can be done about it*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2007, pg xi.

⁴⁷⁹ Segundo alguns críticos, a ajuda internacional é ineficiente ou até mesmo prejudicial caso ela se prolongue no tempo. A *ineficiência* se dá pelo fato de muito da ajuda internacional ser absorvida para sustentar sua própria burocracia. *Prejudicial* quando gera um estado de dependência local, desviando os esforços e renda do comércio local para as doações; sustenta redes de corrupção que se tornam ditatoriais, entre outros. O economista queniano James Shikwati, um dos maiores denunciadores dos efeitos negativos da ajuda internacional desenfreada, cita o exemplo da indústria têxtil da Nigéria, que teria encolhido por conta do excesso de doações de roupas (em 1997, contava com 137,000 empregados, em 2003 esse número cai para 57,000). Segundo SHIKWATI a ajuda internacional gera mais efeitos negativos que positivos, e afirma que a mesma é utilizada como ferramenta política de manipulação das pessoas na África e de promoção e políticos e artistas dos países doadores. MOYO, economista que converge em tais críticas, sublinha que mais de US\$1 trilhão foi enviado em programas de desenvolvimento para a África sem resultados concretos – a maior parte teria sido sugada pelas redes de corrupção, além de efeitos econômicos negativos como inflação, desindustrialização e ausência de estrutura para receber tal ajuda. MOYO, Dambisa, *Dead Aid: Why Aid is not Working and There is Another Way for Africa*. London: Penguin Books. January 2010. Paperback, 188 pages. ISBN 978-1-84614006-8; SHIKWATI, James. SPIEGEL Interview: “*For God's Sake, Please Stop the Aid!*”, 27.08.2005, disponível em <http://www.spiegel.de/international/spiegel/spiegel-interview-with-african-economics-expert-for-god-s-sake-please-stop-the-aid-a-363663.html>

⁴⁸⁰ Os autores citam um caso que ilustra o que efetivamente ocorre com os recursos humanitários “Os aldeões de um distrito remoto no vale central do Afeganistão ouviram pelo rádio um comunicado sobre um programa multimilionário para a construção de abrigos na região. Muito tempo depois, foram entregues algumas traves de madeira, trazidas pelo cartel de transporte de carga de Ismail Khan, conhecido ex-líder militar e membro do governo afegão. Como, porém, eram demasiado grandes para ter qualquer utilidade no distrito, os aldeões deram-lhe o único uso possível: lenha. Sendo assim, que fim tiveram os milhões de dólares prometidas à população? Dos recursos prometidos, 20% foram destinados aos custos administrativos da ONU, em Genebra. O resto foi terceirizado para uma ONG, que abateu mais 20% para cobrir seus próprios custos administrativos em Bruxelas – e assim por diante, por mais três camadas, nas quais cada parte se apropriava de mais 20% do restante que lhe chegava às mãos. A pequena quantia que chegou ao Afeganistão foi usada para comprar madeira no oeste do Irã e, em grande parte para contratar o cartel de Ismail Khan, arcando com preços de transporte inflacionados.” Ob.cit. pg. 349.

⁴⁸¹ COMMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR, ob.cit. vol. 1, pg 18-19.

Aqueles que se encontram na linha de pobreza “moderada” na verdade possuem alguma renda e bens (em termos de PIB, a economia informal engloba em torno de 1/3 dos países em desenvolvimento, e com tendência de alta)⁴⁸², logo, no caso de uma mudança institucional, seriam os beneficiários diretos. Para essa classe de pessoas a proteção de seus recursos/bens mostra-se ainda mais fundamental que para outras classes sociais. Todavia, a mera proteção formal não é suficiente. O grande impacto se daria, mediante um conjunto articulado de mudanças institucionais, pela possibilidade de seus bens transformarem-se em ativos, de forma a aumentarem suas rendas pela segurança jurídica e pela participação econômica.

5. Pilares do Empoderamento Legal dos Pobres.

Dado o recorte da presente pesquisa, serão analisados apenas os dois pilares referentes aos direitos de propriedade e direitos para regularização do empreendedorismo (*business rights*). Os direitos trabalhistas, em que pese sua enorme importância, recebem já a devida proteção jurídica no Brasil e facilitado acesso ao Judiciário. Quanto ao acesso ao Judiciário em sentido amplo, dada a grande gama dos estudos trazidos pelo Relatório da Comissão, receberiam melhor apreciação por especialistas da área processual. Todavia, ressalte-se, o primeiro em importância para a “Comissão” é o devida acesso ao *rule of law*, pois sobre ele repousam a efetividade plena de todos os demais “pilares”.

5.1. Direitos de Propriedade.

Direitos de propriedade constituem um direito humano fundamental (art. 17, DUH), cujo desenvolvimento histórico, nessa qualidade, remete ao reconhecimento da autodeterminação e liberdade do indivíduo. Deve-se desfazer a má-compreensão de que os mesmos atendam aos interesses de poucos, antes, constituem a única proteção jurídica-econômica dos mais vulneráveis frente à opressão (de um Governo ou de terceiros),⁴⁸³ além dos

⁴⁸² “Estimations of the shadow economies for 120 countries, including developing, Eastern Europe and Central Asian and high income OECD countries over 1999 to 2006 are presented. The average size of the shadow economy (as a percent of “official” GDP) in 2004/05 in 76 developing countries is 35.5%, in 19 Eastern and Central Asian countries 36.7% and in 25 high income OECD countries 15.5%. An increased burden of taxation and social security contributions, combined with labour market regulations are the driving forces of the shadow economy.” SCHNEIDER, Friedrich. ‘*Shadow Economies and Corruption all over the World: New Estimates for 145 Countries*’, Economics, The Open-Access, Open-Assessment E-Journal, No. 2007-9, julho 2007,. Disponível em: <http://www.econ.jku.at/Schneider/publik.html>

⁴⁸³ “There is also a widespread perception that promoting property rights will further the interests of the elite few. This is not necessarily true. It all depends on how such reforms are implemented and whether the interests of the

efeitos benéficos sinérgicos sentidos pela coordenação econômica eficiente.

A propriedade é “a submissão de uma coisa, em todas as suas relações, a uma pessoa”⁴⁸⁴. Ela compõe um feixe de direitos e posições jurídicas frente ao Estado e terceiros, de forma a operacionalizar todas as dimensões de utilidade da coisa, consubstanciadas nas ações de usar, gozar e dispor, e de reavê-la de quem injustamente a detenha (art.1228,CC). Por isso, “a propriedade é um direito complexo, se bem que unitário”⁴⁸⁵. Abrange várias espécies como o direito autoral, o direito de herança, propriedade de marcas, inventos e patentes. É também um direito fundamental constitucionalmente reconhecido cujo *âmbito de proteção é normativo*, ou seja, necessita que a lei infraconstitucional o densifique. Entre indivíduos a propriedade pode ser reconhecida tacitamente, mas a propriedade alcança sua plena operacionalização quando o Estado garante ao proprietários o feixe de ações oponíveis *erga omnes*. “É a lei que transforma a mera posse em propriedade.”⁴⁸⁶ A garantia *institucional* do direito de propriedade se depara, então, diante de uma tensão entre a realidade das ações e necessidades dos indivíduos e a disciplina implantada pelo Estado, na ordem civil, administrativa, tributária e fundiária.

A fully functioning property system is composed of four building blocks: a system of rules that defines the bundle of rights and obligations between people and assets reflecting the multiplicity and diversity of property systems around the world; a system of governance; a functioning market for the exchange of assets; and an instrument of social policy. ***Each of these components can be dysfunctional, operating against the poor.***⁴⁸⁷ (sem destaques no original)

Os pobres são especialmente vulneráveis a todas as sutilezas modulatórias da disciplina da propriedade, especialmente no que tange a propriedade imobiliária. Seus bens escassos podem não preencher requisitos para reconhecimento jurídico, como ocorre em áreas urbanas cujos “lotes” usufruídos por seus proprietários *de facto* não se coadunam com o plano

poor are consistently safeguarded from the outset. Implemented efficiently, a well-functioning and inclusive property rights system is as important, if not more so, for the poor. The relevance of property rights goes way beyond their role as economic assets. Secure and accessible property rights provide a sense of identity, dignity, and belonging. They create reliable ties of rights and obligations within a community, and a system of mutual recognition of rights and responsibilities beyond it. For many poor individuals and communities, land is more than just an aggregate of occupied and used plots. It is the expression of a way of life, which they should have the opportunity to improve by their own efforts. Starting out as ownership over parcels of nature, property arrangements have evolved enormously to cover land, other concrete assets, and ever-expanding abstractions such as pollution quotas, financial products, inventions, and ideas. Overwhelming evidence, from all over the world, shows that functional property relationships are associated with stable growth and social contracts, whereas dysfunctional property relationships are associated with poor, unequal, and unstable societies. When property rights are out of peoples’ reach, or rights are subject to competing claims, their assets are often not secure and their economic potential remains severely inhibited.” COMMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR, ob.cit. vol. 1, pg. 45.

⁴⁸⁴ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19ª edição, rev.atual. e aum., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, pg. 109.

⁴⁸⁵ GOMES, Orlando. idem, 2004, pg. 109

⁴⁸⁶ MENDES, Gilmar. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, pg. 38

⁴⁸⁷ COMMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR, Idem, vol 1, pg. 6.

diretor, impedindo, assim, a regularização. Dificuldades e despesas de registro, impostos, falta de regularização fundiária, entre outros, obstaculizam a formalização ou a fruição de direitos de propriedade.

Todavia, a falta da garantia institucional esvazia o direito fundamental e humano da propriedade. ALEXY alerta para a necessidade de estabelecer um núcleo normativo mínimo, uma densidade normativa mínima que projeta o instituto jurídico da propriedade⁴⁸⁸, de forma a evitar que se perpetuem posições ilegítimas. A falta de uma disciplina adequada à realidade social impede a fruição de um direito humano e constitucional por uma parcela da população, constituindo uma ofensa por “insuficiência de proteção”. A regularização da propriedade dos pobres, tendo em vista suas *reais* necessidades, é, portanto, um *dever* que toca aos juristas e legisladores.

De acordo com uma análise do Banco Mundial - *World Bank's Country Performance and Institutional Assessment* (CPIA) – no ano de 2005 indicavam que, numa escala de 1 à 6, apenas 5 de 76 países em desenvolvimento chegaram ao grau 4 de proteção jurídica e governança estatal adequada ou superior.⁴⁸⁹ Dado que os cinco países tratar-se-iam de pequenos estados-ilha, tem-se que a realidade institucional comum dos países subdesenvolvidos é de proteção insuficiente ou inexistente dos direitos de propriedade.

No caso dos países latino-americanos, o relatório da Comissão aponta, em linhas gerais, o desalinhamento entre a realidade social e a disciplina legal como fonte da situação de desproteção da lei no qual se encontram os pobres (*misalignment of social practice and legal provision*)⁴⁹⁰, oriundas de duas principais fontes históricas: primeiramente, os sistemas de direitos de propriedade impostos, ainda durante a época colonial, sobre vastas áreas de terra que até então eram regidas por leis costumeiras. O resultado foi o distanciamento entre os requisitos legais e as práticas da população. Esse processo de distanciamento entre a lei e a realidade social repete-se com a intensificação da urbanização, quando normas disciplinadoras de ocupação do solo, falta de infraestrutura, impostos, e um burocrático e lento sistema de registros tornaram proibitiva a formalização das propriedades. Esse “desalinhamento”, alerta o Relatório, também enfraquece a legitimidade do Estado perante essa população.

Por tal motivo, as propostas apresentadas pela Comissão pautam-se pelo máximo respeito à realidade local, aos usos e costumes, devendo a lei tanto quanto possível servir de canal para tais usos. “*Law must evolve organically to suit the context in which it is to be*

⁴⁸⁸ ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais* ..ob.cit., pgs. 302 e ss, e pgs. 486 e 487.

⁴⁸⁹ IDA, *Resource Allocation Index*, 2005 APUD: COMMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR, ob.cit. pg. 64.

⁴⁹⁰ COMMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR. Idem, vol ii, pg. 67

*applied. Legal aspects of property systems must grow from land practices on the ground and incorporate customary interactions and networks.*⁴⁹¹

5.1.1 Efeitos econômicos.

A ausência ou insegurança e direitos de propriedade é, segundo a Comissão, “*a central and ubiquitous cause of poverty, not only in the very poorest states, but also in middle income countries such as Brazil, Russia, India and China.*”⁴⁹² A relação entre ausência/inadequação de direitos de propriedade e pobreza tem se deslocado do campo meramente retórico para o campo científico, mediante comparativos analíticos e medições.

Direitos de propriedade facilitam as transações econômicas (em *especial* entre pessoas em situação de vulnerabilidade *que não podem bancar elevados custos de transação*), aumentando a eficiência no uso de recursos (auxiliando, inclusive na sustentabilidade ambiental), permite o surgimento e evolução do mercado de títulos de crédito e possibilita maior transparência das atividades econômicas. Na sua ausência ou inadequação, a atividade econômica não floresce, assim como prejudica a governança estatal em diversos níveis, reforçando, por sua vez, a estagnação econômico-social.⁴⁹³

Para compreender a relação entre direitos de propriedade e desenvolvimento econômico-social deve-se ter em mente o processo histórico dinâmico que evidencia tal conexão. A economia global cresceu muito lentamente até o início do século XIX. Foi a massificação dos direitos de propriedade (em suas várias espécies) que permitiu a Revolução Industrial, a qual reforçou o processo de expansão econômica e definitiva cristalização dos direitos de propriedade, incorporando-os na ordem jurídica juntamente com os usos consagrados. Assim, pouco a pouco uma economia predominantemente “extralegal” passou para a legalidade, re-alimentando o processo crescimento econômico.⁴⁹⁴ Assim, engatilhou-se um círculo virtuoso de crescimento econômico e o reforço da regra da lei/governança estatal.

“The possibility is opened for the poor to use property as collateral for obtaining credit, such as a business loan or a mortgage. It encourages compliance by attaching owners to assets, assets to addresses, and addresses to enforcement; that is, making people accountable. As such, property reform can strengthen access to legal identity and to justice. Property records unify dispersed arrangements into a single legally compatible system. This integrates fragmented local markets, enabling businesses to seek out new opportunities outside their immediate

⁴⁹¹ COMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR, ob.cit., vol ii, pg. 67.

⁴⁹² DEPARTMENT FOR INTERNATIONAL DEVELOPMENT (DFID) Press Release, 18 June 2007, disponível *on line* em: <http://www.dfid.gov.uk/News/files/pressreleases/bank-billion-benefit.asp>

⁴⁹³ COMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR, idem. vol ii, pg.64.

⁴⁹⁴ Idem, ibidem, vol II, pg 66.

vicinity, and putting them in the context of the law where they will be better protected by due process and association of cause.”⁴⁹⁵

A compreensão dos efeitos que a segurança da propriedade causa no comportamento individual e os efeitos sistêmicos sentidos socialmente é algo difícil de apurar pela metodologia analítica, pois são efeitos *globais*, que envolvem grandes grupos sociais e cujos efeitos manifestam-se mais evidentemente no longo prazo. Todavia, tornam-se evidentes quando os dados são tomados em conjunto.⁴⁹⁶ Para além dos impactos econômicos imediatos, ficou evidenciado, entre outros, um uso mais racional de recursos com implicações intergeracionais⁴⁹⁷ e para a questão ambiental. Por exemplo, um estudo de caso realizado na Nicarágua, verificou um aumento médio de 30% no valor de Mercado de propriedades que passaram pela formalização, (efeitos econômicos imediatos), além de mudanças no comportamento dos moradores, com maior predisposição em alocar recursos de forma mais racional e voltada para o investimento no bem-estar doméstico e cuidado com a moradia, induzindo a um comportamento racional-econômico “próximo do ponto ótimo”.⁴⁹⁸

Como já mencionado, direitos de propriedade conjugam um “feixe” de posições e ações juridicamente asseguráveis. Os direitos de propriedade possuem várias faces, tanto do ponto de vista econômico quanto jurídico, e quanto melhor o segundo espelhar o primeiro, melhores serão os resultados micro e macro econômicos gerados. *“There are many important facets to property rights, often context specific. Different sets of institutions can enhance or undermine the protection of property rights in a given context. These include laws, policies and norms which determine.”*⁴⁹⁹ O controle sobre a coisa e os resultados econômicos que ela possa gerar são assegurados/mediados por uma série de leis, regulamentos e diretrizes. As mesmas

⁴⁹⁵ COMMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR, ob.cit., vol 1, pg. 7.

⁴⁹⁶ “There is a medium-sized body of high quality evidence supporting a positive link between secure property rights and long-term economic growth.” UK Department for International Development (DFID), *Secure property rights and development: Economic growth and household welfare*, Part of a collection: DFID Evidence Papers, 16 April 2014, disponível on line em: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/304551/Property-rights-evidence-paper.pdf

⁴⁹⁷ Ver GALIANI, Sebastián; SCHARGRODSKY (2004). Os autores realizam um estudo onde verificam os efeitos derivados da garantia de direitos de propriedade da terra para um grande grupo. A análise revela que se verificaram mudanças econômicas derivadas pela diferente dinâmica que emergiu. Os efeitos de obtenção de crédito foram modestos, todavia, ficam claros aumentos substantivos no investimento no bem-estar doméstico. Observou-se uma redução no tamanho das famílias e maior dedicação à educação das crianças, levando à comprovação dos efeitos de longo prazo e intergeracionais. GALIANI, Sebastián; SCHARGRODSKY, Ernesto, *Effects of Land Titling on Child Health*, Red de Centros de Investigación Research Network Working Paper n 491, 2004.

⁴⁹⁸ CHAMORRO, Juan Sebastian; DEININGER, Klaus, *Investment and equity effects of land regularisation: the case of Nicaragua* Agricultural Economics, vol. 30, item 2, pgs 101–116, março de 2004.

⁴⁹⁹ DENISON, Mike; KLINGLER-VIDRA, Robyn. *Annotated Bibliography for Rapid Review on Property Rights, Economics and Private Sector-Professional Evidence and Applied Knowledge Services (EPS PEAKS)*, Outubro, 2012, pg. 1, disponível on line em <https://partnerplatform.org/?tcafmd80>. Pesquisa realizada para o Departamento de Desenvolvimento Internacional do Governo Britânico.

definirão em qual medida a propriedade poderá ser negociada, monitorada, e assegurada pelo Estado no caso de esbulho, especialmente quanto aos “canais” pelos quais os direitos de propriedade podem influenciar a economia, quais sejam⁵⁰⁰:

- *Segurança*: onde quer que se anteveja a possibilidade de realizar um investimento – de qualquer tipo de recursos, incluindo tempo e dedicação – o mesmo se efetivará apenas se houver a proteção dos frutos desse investimento contra a expropriação. A proteção mediante direitos de propriedade definidos incentiva o investimento, redundando em melhorias para o próprio indivíduo e unidade familiar. *Contrario sensu*, direitos de propriedade indefinidos ou inseguros desincentivam o investimento das famílias e a melhoria de sua situação econômica e material.
- *Eficiência*: mediante a possibilidade de maior mobilidade dos recursos, melhora-se a alocação dos recursos.
- *Redução dos custos de proteção*: direitos de propriedade seguros desoneram os indivíduos dos custos e esforços voltados a protegerem seus bens pessoalmente.
- *Efeitos colaterais da propriedade*: direitos de propriedade definidos e protegidos permitem os indivíduos utilizarem seus recursos para levantarem outras transações, como usá-las em garantia para obterem crédito e, assim, investirem em outras atividades. Tal possibilidade mostra-se especialmente relevante para os pequenos empreendedores.

Em 2012, realizou-se uma revisão anotada da bibliografia científica sobre direitos de propriedade⁵⁰¹ com dois enfoques: i) a relação com grau de investimentos; e ii) bem-estar doméstico-habitacional. Mediante a revisão dos dados empíricos, ficou evidenciado que a melhor proteção de direitos de propriedade gera: a) macro-economicamente, aumento de investimentos, por conta da diminuição dos riscos do investimento e redução dos custos de transação; ii) no nível micro-econômico, direitos de propriedade mais seguros, especialmente direitos da “terra”, aumentavam consideravelmente o bem-estar doméstico, por modular tanto o comportamento dos proprietários quanto por prover novas ferramentas para aumento da renda doméstica (tal como já apontavam os dados levantados pelo Relatório Making the Law work for Everyone, de 2008). A pesquisa focou especialmente na relação entre direitos de propriedade e desenvolvimento econômico-social em países em desenvolvimento.

⁵⁰⁰ BESLEY, Tim; GHATAK, Maitreesh. *Reforming property rights*, 2009, APUD: UK Department for International Development (DFID), *Secure property rights and development: Economic growth and household welfare*, Part of a collection: DFID Evidence Papers, 16 April 2014.

⁵⁰¹ DENISON, Mike; KLINGLER-VIDRA, Robyn. ob.cit. Ver nota 499.

Segundo os novos institucionalistas, as instituições e a estrutura de direitos de propriedade definem as regras de cooperação e competição da sociedade, assim como a estrutura de dessas regras (*enforcement*). Além disso, determinam a riqueza e a renda. Assim, a questão fundamental é a definição, a atribuição e a garantia dos direitos de propriedade na sociedade.

5.1.2. Como construir uma disciplina eficiente dos direitos de propriedade.

O relatório “*Making the Law Work for Everyone*” - especificamente em seu segundo volume -, procura desmembrar o conjunto de instituições que disciplinam a propriedade, de forma a enfatizar de onde podem surgir os obstáculos que fragilizam direitos de propriedades dos mais pobres. Observa-se um desalinhamento entre as necessidades dessa população e a disciplina normativa oficial, pelo fato da mesma não ter sido concebida tendo em conta tal população. Para efetiva segurança dessa população, afirma que um sistema eficiente de disciplina dos direitos de propriedade deve ser constituído de quatro blocos funcionando coordenada e eficientemente (*Building Blocks of fully-functional property system*):

1) **Sistema legal e acesso à Justiça adequado:** definição legal do feixe de direitos e obrigações dos proprietários assim como garantia de sua proteção estatal no caso de ilícito. A economia se efetua mediante relações entre pessoas, a clareza sobre os direitos e obrigações promover a funcionalidade da rede de relações. No capítulo referente ao acesso à Justiça, os pesquisadores apontam que alternativas tendo em vista maior permeabilidade dos procedimentos oficiais aos sistemas normativos locais podem se mostrar formas mais simplificadas e mais baratas de garantir tal acesso.⁵⁰²

2) **Sistema eficiente e coordenado de governança estatal:** tem em vista as regras administrativas, fundiárias, de zoneamento urbano, sistema de registro da propriedades, além de uma política de taxas e impostos inclusiva. Um sistema coordenado, integrado, que articule as necessidades efetivas da população; transparência e facilidade no acesso à informação e barateamento de custos de transação. Inovações tecnológicas⁵⁰³, por exemplo, barateam

⁵⁰² Ver Capítulo 1 do Volume II para maiores detalhes.

⁵⁰³ “Manual systems of land registration are highly labour intensive and lead to significant error and duplication. Moreover, the costs of manual land survey and registration processes are often prohibitive. Recent advances in technology, including the widespread availability of satellite imagery and handheld GPS devices, together with institutional arrangements that put local actors in charge of systematic adjudication, can significantly reduce the cost and effort of issuing land registration documents. Moreover, modern technology can help to improve transparency and at the same time make land administration more accessible.” Idem, *ibidem*, vol ii, pg. 72, Cf:

substancialmente o custo da gestão da informação assim como oportunizam maior transparência e facilidade de acesso ao usuário. Tais instrumentos facilitam ao cidadão exercer sua fiscalização sobre a governança estatal (*accountability*), ter acesso à informação, além de reduzir os custos de transmissão da propriedade. Podem também ser utilizados sistemas alternativos e simplificados, desde que com reconhecimento oficial.⁵⁰⁴ No Brasil, os impostos e taxas para registro e transmissão da propriedade imobiliária constituem um severo desincentivo para sua formalização. As faixas de isenção são estreitas e pouco divulgadas em meio à população que mais necessitaria utilizar-se das mesmas.

“In many countries, land administration functions are dispersed among many Ministries (justice, environment, agriculture, urban, finance, land reform, forest, mining, etc.). This creates grey zones of overlapping competencies as abreeding ground for non-transparent practices. Even if responsibilities are clearly assigned and overlaps avoided, this creates confusion among users, prevents realisation of economies of scale, and thus increases the cost of providing land administration services to the detriment of the poor.”⁵⁰⁵

3) **Um mercado funcional.** Um sistema de propriedades eficiente permite que as pessoas possam comprar, vender, dar em garantia, ou utilizar seus bens para participação societária, sendo um braço constitutivo da garantia de *business rights*. Um sistema integrado de registro de propriedades, que seja transparente e fiscalizável (*accountability*), impulsiona o mercado por aumentar o horizonte de negócios do proprietário, até então relegado ao círculo social mais imediato. Oportuniza-se também a utilização de mecanismos de crédito e seguro, desde que conjugado com um mercado já amadurecido.⁵⁰⁶

“The evolution of efficient financial markets will depend on the ability to use land, and other property, as *collateral*. In developed countries, **more than two thirds of small business loans are secured against land and real estate.** Experience in South Africa and Brazil

PRAHALDA, 2005, pgs 87-88.

⁵⁰⁴ “Some countries have adopted simple, locally administered processes to confer legal land rights as alternatives to conventional land titling. They are practical, inclusive, benefiting growing populations of the rural poor, and are being increasingly used to enhance urban land tenure security” Idem, ibidem, vol ii, pg 87. Exemplos: ALEMU, Tekie; ALI, Daniel Ayalew; DEININGER, Klaus. *Impacts of Land Certification on Tenure Security, Investment, and Land Markets - Evidence from Ethiopia*. Environment for Development Discussion Paper Series, Efd DP 09-11, Abril 2009, disponível on line em: <http://www.rff.org/files/sharepoint/WorkImages/Download/Efd-DP-09-11.pdf>; ainda GALIANI e SCHARGRODSKY, 2004. ob.cit. nota 486.

⁵⁰⁵ COMMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR, ob.cit, vol ii, pg 84. Conforme experiências coletadas pela Comissão no Kenia, Paquistão, Filipinas e Uganda.

⁵⁰⁶ “Property rights bring increased economic benefits when linked to a functional credit system and market, but they do not, by themselves, cause the emergence of a functional and propoor credit system.” CHAMORRO, Juan Sebastian; DEININGER, Klaus, *Investment and equity effects of land regularisation: the case of Nicaragua* Agricultural Economics, vol. 30, item 2, pgs 101–116, março 2004; BRUCE, John W., MIGOT-ADHOLLA, S.E., *Searching for land tenure security in Africa*, Kendall/Hun, 1994, ISBN 0-8403-9508-6; JACOBY, Hanan; MINTEN, Bart. *Is Land Titling In Sub-Saharan Africa Cost-Effective? Evidence From Madagascar*, Artigo que faz parte paper do estudo intitulado “Land Titles, Investment, and Agricultural Productivity in Madagascar”: World Bank (DECRG), 2005. Disponível on line em: http://siteresources.worldbank.org/INTISPMA/Resources/Training-Events-and-Materials/Land_Titles_MG.pdf

demonstrates that unconventional avenues (e.g. partnerships and joint ventures with old land owners) may be a useful first step. Governments should also develop methods for increasing finance for land reform and post-land acquisition services, including land banks, land-for-debt schemes and land for taxes.⁵⁰⁷

4) Instrumento que possibilita eficiência de políticas sociais. No caso de ausência ou falha alocativa pelo Mercado, a construção prévia dos três primeiros “blocos” facilitará tremendamente a ação estatal, quando essa se fizer necessária para endereçar necessidades sociais não satisfeitas. Estarão à disposição instrumentos que permitam a adequação do Mercado de forma facilitada e mais eficiente. A coordenação entre os serviços e estruturas públicas e os cidadãos é facilitada pelo mapeamento e efetivo direcionamento do crescimento urbano. O resultado é também um equilíbrio entre interesses individuais e coletivos. A facilitação de instalação de estruturas públicas é, inclusive, de grande interesse justamente aos mais pobres, por serem esses os maiores dependentes de tais serviços. Um eficiente planejamento de instalação e capilarização de serviços e estruturas públicas permite, ainda, que o impacto de valorização econômica possa ser direcionado para áreas mais carentes.

Cada um desses “blocos” pode albergar disfuncionalidades, pontuais ou sobrepostas, cujos efeitos negativos sobre os mais pobres podem ser de natureza *intencional* (por alimentarem autoridades corruptas ou protegerem interesses econômicos de grupos sociais), não *intencionais* (políticas cujos resultados de efeitos sistêmicos não foram devidamente mensurados) ou, ainda, dificuldades institucionais específicas (como de acesso à justiça). O importante a ressaltar é que os mais pobres são justamente os mais suscetíveis às falhas de governança do sistema de propriedades.

“Therefore, context-based legal reform is critical to governance in developing countries. There can be no blanket approach: expansion of property rights in a coherent manner requires understanding of trends and a tailoring of provisions to context. There must be a degree of coherence to laws based on fundamental rules, or those laws will not be respected. If de jure property rights do not correspond with de facto property practices and customs, the subsequent legal misalignment will undermine rather than strengthen the system.”⁵⁰⁸

Alguns dos grupos especialmente vulneráveis são “mulheres”, quando presentes tradições que limitam o acesso das mesmas à propriedade (mesmo constituindo metade da população mundial, apenas 10% da propriedade mundial pertence a mulheres)⁵⁰⁹. Povos

⁵⁰⁷ INTERNATIONAL FUND FOR AGRICULTURAL DEVELOPMENT (IFAD), *Rural Poverty Report 2001: The Challenge Of Ending Rural Poverty*, Oxford: Oxford University Press, 2001: 88, APUD: Idem, *Making the law...* ob.cit., vol ii, pg 70.

⁵⁰⁸ COMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR, *Making the law...* ob.cit., vol ii, pg 69.

⁵⁰⁹ “Even when women have *de jure* property rights, their *de facto* control of land is tenuous, and men largely mediated access. In Imo and Abia states in Nigeria, for example, average household farms are 9.8 hectares, of which only 2.4 hectares are allocated to women. However, this land is not a claim, but rather a lease, which

indígenas, no caso de ausência de um regimento legal específico para os mesmos, que proteja seus sistema coletivo de uso da terra⁵¹⁰, entre outros grupos étnicos que usem suas terras em sistemas não integrados à regra da lei estatal. Por tal motivo, adotou-se um conceito de propriedade em sentido que incluía também a propriedade comunal para verificação da adequabilidade da lei e da governança estatal⁵¹¹ frente a tais realidades locais e grupais.

Os pesquisadores chamam também a atenção para o severo caso das favelas (*urban slum dwellers*). No mundo, ao menos 1 bilhão de pessoas, ou um terço das pessoas na faixa de pobreza, viveriam em favelas e desprotegidos da segurança jurídica de suas propriedades (segundo dados de 2008).⁵¹² A realidade das favelas caracteriza-se pelas condições precárias de moradia, despejos ilegais, extorsão, degradação ambiental, convivência com crime organizado, entre outros. A situação de *insegurança* e a circunscrição dos moradores ao “mercado local” impede o desenvolvimento econômico-social e sua integração com o restante da sociedade:

“O mercado para os imóveis da favela, entretanto, é bem mais restrito, pois está circunscrito principalmente à comunidade, na qual as relações são mais pessoais e as instituições informais estão presentes, diferentemente dos ativos amparados por um sistema formal de direitos de propriedades, em que as transações são, em geral, efetuadas entre estranhos e em espaço muito mais amplo. Na verdade, com um sistema formal de direitos de propriedade, os indivíduos são facilmente identificados e, por conseguinte, se tornam indivíduos responsáveis e não mais anônimos.”⁵¹³

5.1.3. Relevância para comunidades de baixa renda no Brasil.

No Brasil, pôde-se aferir empiricamente a conexão entre direitos de propriedade definidos e renda doméstica no decurso do tempo. Em 2002⁵¹⁴, pesquisa realizada tendo por base de dados a comunidade do Caju, no Rio de Janeiro⁵¹⁵, teve por objetivo determinar se

women must organise from their husbands. Further, widows cannot own land; their husband’s family keep it in trust for their children.” COMMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR, ob.cit, vol ii, pg 65.

⁵¹⁰ Por exemplo, os Abayanda Pygmies em Uganda, que por falta de reconhecimento de suas terras foram pouco a pouco perdendo o controle das mesmas. Idem, idem, vol ii, pg 65.

⁵¹¹ “ This report understands private property rights as a spectrum of ownership and usufruct rights that are not held by the state and allocated to a an individual bearer or a corporate group of bearers. In customary as well as advanced capitalist systems, private property rights can be owned individually and in common by individual and corporative legal persons. The working group for this Chapter is aware that this understanding runs contrary to a notion restricting the use of the term ‘private property’ to individual freehold.” Ibidem, ibidem, Vol II, pg. 115.

⁵¹² De acordo com a *UN Human Settlements Program* nos próximos 25 anos esse número deverá subir para mais de 2 bilhões de pessoas. APUD: COMMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR, ibidem, vol ii, 2008, pg. 115.

⁵¹³ ANDRADE, Maria Isabel De Toledo. Direitos de Propriedade e Renda Pessoal: Um Estudo de Caso das Comunidades do Caju. Revista do BNDES: Rio de Janeiro, V. 13, N. 26, P. 261-274, DEZ. 2006 Pg. 265.

⁵¹⁴ ANDRADE, Maria Isabel De Toledo. idem, pg. 265.

⁵¹⁵ O Complexo do Caju compreende as seguintes comunidades: a Ladeira dos Funcionários, o Parque São Sebastião, a Vila Clemente Ferreira, a Quinta do Caju, o Parque Alegria, o Parque Vitória, o Parque Conquista, a Nossa Senhora da Penha e o Parque Boa Esperança, localizadas no bairro do Caju, na zona portuária do centro da

direitos de propriedade exerceria algum efeito em comunidades de baixa renda.

Tomou-se por base os domicílios próprios quitados na comunidade (81,8% do total), esses, por sua vez, foram classificados quanto à definição de seus direitos de propriedade. A maioria (56,2%) era constituída de domicílios sem documentação nem da associação de moradores e nem escritura, 34,1% apresentavam documentação da associação dos moradores e apenas 9,8% possuíam escritura definitiva.

O estudo procurou isolar o impacto de direitos de propriedade de outras variáveis, segundo metodologia econométrica própria. Depois de consideradas as variáveis, o rendimento domiciliar per capita esperado desses domicílios mostrou-se 14,7% mais alto do que os domicílios sem qualquer tipo de documentação. Por outro lado, a documentação da associação de moradores aparentemente não exerceria impacto sobre a renda domiciliar per capita, provavelmente pela falta de reconhecimento oficial. Os resultados sugeriram que os direitos de propriedade formais, isto é, sancionados por autoridade pública, diferentemente dos informais, ainda apresentam impacto positivo no rendimento domiciliar per capita esperado. *Pode-se, assim, concluir que um dos problemas dos moradores de favelas é também a ausência do Estado no reconhecimento dos seus direitos de propriedade.*⁵¹⁶

As políticas de regularização fundiária das favelas consolidaram-se como política urbana a partir do início dos anos 1980. Atualmente, 23% dos imóveis localizados em “favelas” na cidade do Rio de Janeiro estão em processo de regularização.⁵¹⁷ Apesar dos avanços promovidos pela Constituição de 1988, o balanço registrado dos programas de legalização do solo é, todavia, ainda modesto, dada a complexidade e os limites da legislação urbanística - em 2002, estimava-se até 50% dos imóveis de São Paulo e Rio de Janeiro estariam em situação de informalidade fundiária⁵¹⁸. A inadequação do sistema jurídico e da máquina administrativa torna o processo mais moroso, burocrático e custoso, além de impedir sua flexibilização frente realidades sociais específicas locais.⁵¹⁹

5.2. Direitos econômicos de empreendedorismo (*Business Rights*).

O tema de “business rights” refere-se às necessidades jurídicas que micro e pequenos

cidade do Rio de Janeiro.

⁵¹⁶ ANDRADE, Maria Isabel De Toledo. ob.cit.,pg. 271.

⁵¹⁷ <http://oglobo.globo.com/rio/cerca-de-103-mil-imoveis-em-favelas-ou-23-do-total-estao-em-processo-de-regularizacao-11173161>

⁵¹⁸ GONÇALVES, Rafael Soares. *Repensar a regularização fundiária como política de integração socioespacial*. Estud. av. vol.23 no.66, São Paulo, 2009. Disponível on line em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142009000200017

⁵¹⁹ GONÇALVES, Rafael Soares, idem.

empreendedores, operando na economia informal, apresentam para poderem conformarem-se à lei. O tamanho da economia informal alcança enormes dimensões (em torno de 41% para a América latina)⁵²⁰, tendo se tornado uma “característica” de economias em desenvolvimento e de países pobres. Não existe um consenso estrito sobre as causas da economia informal, entretanto, a carga tributária e a complexidade das normas constituem os dois grandes “incentivos” que levam (ou mantêm) muitos na informalidade. O conjunto normativo regulatório mostra-se inadequado para a realidade dos pequenos negócios que operam informalmente, tornando sua formalização uma operação custosa, como veremos.

Existe uma evidente relação entre pobreza e economia informal – tanto urbana quanto rural. A economia informal também é o sintoma mais evidente da presença de altos custos para formalização e operação de um negócio, de normas mal elaboradas, falta de transparência pública, inadequada governança pública, altos impostos e, muitas vezes resultado da já apontada falta de direitos de propriedade. Como resultado, cria-se uma distorção econômica, que pune micro e pequenos negócios e pequenos empreendedores. O inadequado acesso ao mercado somado à carência de estrutura pública – acesso a meios de transporte, energia, água, segurança – completam o quadro que modula o comportamento econômico do empreendedor na informalidade, incentivando baixa produtividade e baixo reinvestimento.⁵²¹

As barreiras artificialmente e desnecessariamente impostas pelo Poder Público ao exercício da atividade econômica justamente dos mais pobres necessitam de revisão pois impedem o pleno exercício do direito básico ao trabalho e à busca de renda: “(...) *it to be self-evident that the poor are entitled to rights, not only when working for others but also in developing their own businesses.*”⁵²²

5.2.1.Regulamentação Administrativa e poder de polícia.

As barreiras legais e normativas que mais penalizam os pobres derivam de imposições

⁵²⁰ “The informal economy in Africa is estimated to have been 42 percent of GDP in 2000. While Zimbabwe, Tanzania and Nigeria were at the high end with the informal sector representing 59.4 percent, 58.3 percent and 57.9 percent of respective GDP, Botswana and Cameroon were at the lower end, with 33.4 percent and 32.8 percent respectively. At the turn of the century, 93 percent of the jobs created in Sub-Saharan Africa were in the informal economy,¹⁴ with almost 80 percent of non-agricultural employment and over 60percent of urban employment.¹⁵ In Latin America, the average size of the informal economy was 41 percent of GDP with Bolivia as the largest informal economy at 67.1 percent, and Chile as the smallest at 19.8 percent. In Asia, the range varied from Thailand at 52.6 percent, to Singapore with 13.1 percent. In transition countries, by far the largest informal economy was in Georgia with 67.3 percent, and at the lower end were the Czech Re-public with 19.1 percent and the Slovak Republic with 18.9 percent.” COMMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR, ob.cit.,vol II, pg 204.

⁵²¹ Idem,idem, vol II, pg 230.

⁵²² Ibidem, ob.cit., vol I, pg. 8.

inapropriadas oriundas de uma abordagem rígida do controle Público, que objetivava possuir o total controle sobre toda atividade mesmo de natureza sócio-econômica. Muitos países em desenvolvimento vêm de um passado de regulações pesadas e inflexíveis, fortemente centralizadas, com requerimentos e imposição de licenças e autorizações até para as mais simples das atividades.

Especificamente, o Relatório acusa a “baixa qualidade da produção normativa” ao longo dos anos, a qual resultou numa intrincada, complexa, confusa e incoerente rede normativa, levando a inúmeros empecilhos para a plena regularização legal. Não bastasse, a regulação mostrar-se também muitas vezes obsoleta diante da nova realidade econômica que muitos países começam a experimentar, de forma a não estar preparada para suportar uma florescente e dinâmica atividade econômica, caracterizada pela maior fluidez e adaptabilidade. Um estudo de 2002 demonstrou que o marco regulatório de países em desenvolvimento na África e na Europa Central não só impunha custos maiores que o de países desenvolvidos, como se mostrava um grande obstáculo para a industrialização desses países⁵²³.

Somada às normas legais, a burocracia administrativa também impõe encargos imateriais tais como o custo do tempo e esforço para lidar com os inúmeros procedimentos e documentos requeridos⁵²⁴. A burocracia excessiva, atendimento público ineficiente, a demora para a resolução de problemas administrativos, a concentração dos serviços administrativos em um só local – obrigando o cidadão a percorrer longas distâncias – a centralização administrativa, todo esse conjunto reverte num cenário que desestimula a interação do público com os serviços públicos administrativos.⁵²⁵ O tempo e o esforço demandados do cidadão impõe significativos *custos de transação*, especialmente para micro e pequenos negócios.

Destaca-se, sobretudo, a corrupção que permeia a interação do público com o Poder Público nas repartições públicas, que igualmente constitui um fator de afastamento dos micro-empresendedores da formalização. Na Ucrânia, 82% dos negociantes afirmavam precisar pagar propinas para poderem continuar funcionando.⁵²⁶ Um estudo realizado em 69 países demonstrou aumento na formalização da economia devido ao combate às práticas de corrupção.⁵²⁷

Uma modalidade específica de regras que atingem diretamente pequenos empresários consiste nas normas sanitárias: elas foram apontadas como um problema

⁵²³ BANNOCK, G. et al. *Indigenous Private Sector Development and Regulation in Africa and Central Europe: A 10 Country Study*. Londres: Bannock Consulting, 2002. Disponível em: <http://www.businessenvironment.org/dyn/be/docs/35/Bannock%20multi-country%20policy%20study.pdf>

⁵²⁴ USAID, *Removing Barriers to Formalisation: The Case for Reform and Emerging Best Practice*, 2005, disponível on line em: <https://www.oecd.org/dac/povertyreduction/38452590.pdf>

⁵²⁵ COMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR, ob.cit., vol, II, pg. 224.

⁵²⁶ Idem, idem, pg 226.

⁵²⁷ DE SOTO, Hernando. *The Other Path*. New York: Basic Books, 1989 APUD: Ibidem, ibidem, vol II, pg 226.

enfrentado pelos pequenos empreendedores em vários países. Tais regras possuem um impacto específico sobre os empreendimentos informais porque a produção alimentícia constitui uma das principais atividades exercidas por essa economia, desde produtores de alimentos tradicionais – indígenas, comunidades étnicas, produtos artesanais, etc – até os vendedores de comida de rua.⁵²⁸ Questões sanitárias são, inclusive, o grande obstáculo para o livre exercício da atividade econômica dos produtores de queijo artesanal em Minas Gerais, como já apontado no início do presente trabalho.

Esse cenário requer, portanto, o aperfeiçoamento do ambiente regulatório, mediante a simplificação de registros, licenças e procedimentos administrativos, de forma a expandir o acesso a instrumentos jurídicos aos mais pobres. A interação com os serviços administrativos constitui primeiro passo para a população entrar em contato com a lei, influenciando sua posterior segurança para a exigência de seus direitos legais, de forma a poder instruir as autoridades legislativas e normativas sobre necessários aperfeiçoamentos.

Para tanto, faz-se necessário um canal de comunicação que permita o usuário das normas expor suas demandas, insatisfações e necessárias correções, auxiliando no processo de instrução dos gestores públicos – tal como sugere a Legística, inclusive. Tendo em vista a cambiante natureza da economia, esse canal de comunicação mostra-se de perene necessidade, pois continuamente far-se-á necessário aperfeiçoar as normas que regulam as atividades econômicas, inclusive numa área de tão grande flexibilidade e adaptabilidade como é a da realidade dos micro e pequenos empresários.

5.2.2.A natureza da economia da informalidade.

A definição tradicional de “informalidade” não denota a grande heterogeneidade presente nessa realidade: vendedores de rua, produtores rurais de leite e derivados, doceiras, pequenos empreendimentos da área alimentícia, sapateiros, cabeleireiros e “salões de beleza”, entregadores, transportadores – esse tipo de economia é a que alivia a situação de pobreza na realidade dos países emergentes. Segundo um observador, esses seriam os “verdadeiros empreendedores: muito mais flexíveis, adaptáveis, trabalhadores e resilientes que os *“overregulated and overprotected dinosaurs of the formal sector”*”.⁵²⁹ A caracterização de

⁵²⁸ Ibidem, ibidem., vol. 1, pgs 38.

⁵²⁹ ARYEE, George A.. *Promoting Productivity and Social Protection in the Urban Informal Sector - An Integrated Approach*. 3ªed., Report on Pilot projects in Bogota, Dar es Salam and Manila - Summary of activities, lessons and recommendations, Geneva: International Labour Office, Dec 2006, pg. vi; ISBN 92-2-110343-9, versão disponível on line: http://staging.ilo.org/public/libdoc/ilo/1996/96B09_220_engl.pdf. IN: COMMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR, *Making....*, ob.cit.

“informal” pode mascarar a realidade enfrentada por esses agentes, que sem a proteção jurídica, enfrentam a realidade econômica sem o acesso às ferramentas financeiras e estruturais que constituem rotina para os negócios formalizados. Por exemplo, muitas políticas públicas são voltadas unicamente para as grandes empresas, privilegiando-as frente o restante da economia.⁵³⁰ Reformas regulatórias, quando ocorrem, tendem a veicular melhorias para grandes corporações, esquecendo-se de aperfeiçoamentos voltados também para os micro e pequenos negócios.⁵³¹

Originalmente, “economia informal”⁵³² foi um termo cunhado nos anos 1970 para descrever atividades econômicas de subsistência empreendidas pela população pobre urbana. Inicialmente, imaginava-se que a informalidade tenderia a desaparecer com o desenvolvimento econômico, todavia, o fenômeno se expandiu⁵³³, indicando que a causa seria não estritamente econômica, mas estrutural, especificamente na dificuldade de conformidade com a lei.

A Organização Internacional do Trabalho define a economia informal como aquela que engloba “todas as atividades que estejam formal ou substantivamente não cobertas integralmente pela proteção jurídica”, a qual sistematicamente apresenta-se “não catalogada, não reconhecida, não regulada e desprotegida”. A falta de maiores políticas voltadas às necessidades da economia informal, segundo a Organização Internacional do Trabalho, reside

⁵³⁰ COMMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR, ob.cit., vol ii, pg.200.

⁵³¹ “For instance, India’s economic reforms, which also cover the business environment, have generally focused on the corporate and the organised sector that provides employment to nearly three percent of the country’s work force, with another three to four percent employed in the public sector and government. The balance, or roughly 93 percent of the workforce, which is essentially the self-organised informal economy, remains untouched by those economic reforms.50” COMMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR, idem, vol ii, pg. 217-218.

⁵³² “Since the phrase ‘informal sector’ was coined in the early 1970s to describe the range of subsistence activities of the urban poor, there has been considerable debate about its definition. The informal sector is not homogenous; it encompasses different types of economic activities, different labour relations that range from the self-employed, paid and unpaid, to disguised wage workers and economies with different economic potential that includes survivalist economies and successful micro and small enterprises. In effect, the term ‘informal economy’ is more appropriate as it comprises the informal sector while not excluding possible linkages of informal operators with the formal sector. Generally speaking, informal economy encompasses the expanding an increasingly diverse groups of workers and businesses in both rural and urban areas, operating informally — i.e., they are not recognised or protected under the legal and regulatory frameworks. The national and local economies continue to be a continuum that ranges from informal to formal. The informal economy has been growing at a rapid rate throughout the world, including in the industrialised countries. In recent years, much of the employment potential within the developing countries has been found in the informal economies and, hence, in the informal enterprises. In these countries, a much higher proportion of those working in the informal economy are poor, with the share of women relative to men being much higher pg”. Idem, ibidem, vol ii, pg. 202.

⁵³³ “In the early 1970s, economic anthropologist Keith Hart observed from his research on Ghana, that the ‘informal sector’ had not just persisted but expanded. The terminology of ‘informal sector’ gained widespread acceptance after the ILO used it to analyse economic activities in Kenya for an ILO Employment mission in 1972 conducted by a number of specialists. The ILO team systematically analysed these activities, noting that they were unrecognized, unrecorded, unprotected and unregulated. They observed that the informal sector included a range of activities from marginal survivalist work to profitable enterprises.” INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *The Informal Economy and Decent Work: A Policy Resource Guide Supporting Transitions To Formality*, 2013, pg 3.

justamente na dificuldade de levantar dados sobre o mesmo:

“The notion of exclusion lies at the heart of these parameters – that it refers to working people who are largely excluded from the exchanges that take place in the recognised system. They are often not captured by national accounts and official statistics and as a consequence invisible in policy formulation.”⁵³⁴

Essa “invisibilidade” afeta não só o gestor público, mas também os agentes econômicos, que, por conta da dificuldade de apurar o potencial econômica do mercado consumidor “informal” não empreende à oferta de produtos e serviços: *While the demand clearly exists, it is not communicated through conventional market characteristic elements because of asymmetric information and regulatory and transaction barriers to market access and market creation for new products and services. These, in turn limit the supply of these goods and services.*”

Um importante ponto sobre distorção econômica causada pela diferença entre formalização/informalização refere-se ao acesso ao mercado financeiro: o acesso ao crédito. Micro-empresendedores relataram que o acesso ao crédito constitui uma grande prioridade⁵³⁵. O crédito constitui uma ferramenta essencial para investimento e posterior crescimento econômico, sem ele, torna-se mais dificultado o processo de expansão econômica. A Agenda Global da Organização Internacional do Trabalho apontou que dificuldades de acesso ao crédito constituiriam uma das grandes dificuldades para o desenvolvimento e ganho de eficiência das empresas.⁵³⁶

Por fim, observa-se que a falta da proteção jurídica causaria ainda outra distorção econômica: enquanto os ganhos obtidos mediante micro-empresendimentos são pequenos, os riscos são altos,⁵³⁷ podendo redundar em outros custos de transação impostos por clientes. Aponta-se, ainda uma relação entre informalidade e desigualdade de gênero, dada a prevalência de mulheres no trabalho informal⁵³⁸.

⁵³⁴ INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *The Informal Economy and Decent Work: A Policy Resource Guide Supporting Transitions To Formality*, 2013, pg 4.

⁵³⁵ COMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR, ob. cit.

⁵³⁶ “A central role for governments is to lower the costs and unnecessary bureaucratic hurdles to enterprise creation and facilitate access to markets, credit and business training so that businesses can more easily be established in the formal economy, grow and provide productive employment. Investment fuels business growth” ILO, *A Global Agenda for Employment: Discussion Paper*. GB.286/ESP/1(Rev.), 286th Session , março 2003, pg. 9. Disponível on line: <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/gb/docs/gb286/pdf/esp-1.pdf>, Ainda, COMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR, idem, pg 234

⁵³⁷ Idem, ob.cit., vol II, pg.198.

⁵³⁸“ Informal employment is generally a larger source of employment for women than for men in the developing world. Other than in the Middle East and North Africa, where 42 percent of women workers are in informal employment, 60 percent or more of women workers in the developing world are in informal employment (outside agriculture). The comparative figures for informal employment, as share of non-agricultural employment by sex and region, are as follow: in sub-Saharan Africa, 84 percent of women workers compared to 63 percent of men

Por fim, cite-se que inicialmente se imaginava que não haveria conexão entre a economia formal e a informal, todavia, tem-se reconhecido uma interface entre elas, mediante trocas econômicas entre as duas searas.⁵³⁹ O setor informal gera riquezas que são alocadas no setor formal, pelo consumo; assim como o setor informal muitas vezes se coloca como fornecedor de serviços e insumos para o setor formal. Segundo o Relatório *Making the Law work for Everyone*, negócios informais são muitas vezes utilizados para diminuir custos de transação em operações entre empresas formalizadas.⁵⁴⁰

5.2.3. Relação com direitos trabalhistas e melhores condições de trabalho.

A questão da informalidade envolve não apenas os interesses individuais desses empreendedores, mas levanta implicações diretas com a questão dos direitos trabalhistas dos empregados que fornecem serviços para esses pequenos empreendimentos, gerando um “déficit de trabalho decente”⁵⁴¹ como apontado pela Organização Internacional do Trabalho. O trabalho

workers; in Latin America, 58 percent of women workers, 48 percent of men workers, and in Asia, 73 percent of women to 70 percent of men.” COMMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR, ob.cit., vol II, pg. 215.

⁵³⁹ “Legal empowerment measures have to take place within a policy and regulatory approach which recognises that the two parts of the economy — formal and informal — do not exist independently of each other. There is a constant exchange of ideas, people, skills, goods and services between the two parts. At the base of the private sector are millions of small, micro, and mini entrepreneurs, who provide the bulk of the raw material for formal sector production, engage intermittently as labour in the formal enterprises, and use products made in the formal sector. Those who have been employees in the formal sector and have acquired new techniques, capabilities and business contacts, often move into the more flexible informal sector and set up their own businesses. If relationships between different levels of economic activity are to be anticipated, made strategic and optimized, policy and institutional change for sustained business linkages and skills development has to take place. Those who work in the micro-enterprises, and own-account workers within supply chains that lead into the formal sector, have to be accorded legal protection on a par with enterprises and workers in the formal sector.” Idem, idem, vol II, pg. 199.

⁵⁴⁰ Ibidem, ibidem, pg. 217.

⁵⁴¹ “Activities in the informal economy provide certain benefits to a marginal few. Also, while some activities in the informal economy provide viable livelihoods with reasonable incomes for some, most informal workers earn insecure incomes under conditions that are not on par with decent work standards. They do not, for example, receive medical or other benefits. In effect, the decent work deficits are most pronounced in the informal economy where most workers have little or no social protection and receive little or no social security. Also, poor respect and lack of freedom of association make it difficult for these workers and their employers to organise.¹⁸ In addition, working conditions in the informal economy are often unsafe, uncertain, and poor in terms of remuneration. Other concerns are poor occupational health and safety arrangements, and real fears for sexual harassment and violence against women. Furthermore, wages are suppressed below adequate levels and fail to reward productivity or long service. Finally, the lack of social protection measures, such as rights and representation, leave many in the informal work force trapped in poverty. Nearly all informal workers are among the poorest citizens of their respective countries, and they lack education, money and the ability to obtain formal, permanent work. 21 It is important to add that a larger proportion of women relative to men work in the informal economy and suffers from poverty” IBIDEM, IBIDEM, Vol II, pgs. 204-205, Cf: MOFOKENG, C. ‘*The Informal Economy in Africa & Its Impact on Women*’, Paper presented at the Symposium on Women’s Rights and the Role of Women in Africa, Canada, October 3, 2005. <http://canadianlabour.ca/updir/africaenwomen.pdf>, p.2; ILO DG report ‘*The Dilemma of the Informal Sector.*’ 1991; ‘Parallel Session III: *Integrated Employment and Social Protection Policies to Upgrade the Informal Economy,*’ 11th African Regional Meeting, Addis Ababa, 26 April, 2007. <http://www.ilo.org/public/english/region/afpro/addisababa/pdf/informaleconomy.pdf>, p. 1

exercido no setor informal não goza da rede protetiva de direitos trabalhistas e, muitas vezes, desenvolve-se em condições de segurança inapropriadas. No Brasil, estima-se que 53% da força dos trabalhadores mantenham uma relação empregatícia informal⁵⁴². Discussões sobre o impacto da desregulamentação trabalhista sobre a informalidade não apresentam um consenso, todavia, a *diminuição de custos de transação* sobre a atividade do negócio é apontada como um fator essencial para promoção de empregos em melhores condições, inclusive pela Organização Internacional do Trabalho:

“While systematic deregulation has not proven to be an appropriate policy response, there are aspects regulations which clearly need to be streamlined, simplified and made cost-effective. High transaction costs, overly burdensome regulations, complicated, costly and inappropriate processes for registration as well as dealing with corrupt or inefficient bureaucracies for example can be serious barriers to entry into the mainstream economy.”⁵⁴³

5.2.4. Recomendações e efeitos esperados.

Políticas voltadas à facilitação da formalização devem incluir uma abordagem ampla, que incluam também a provisão de serviços públicos e financeiros (como políticas de micro-crédito). No que tange ao marco normativo, recomenda-se a simplificação de processos de registros, licenças e autorizações, diminuição ou isenção de valor de taxas; preferivelmente processo digital; promoção de políticas de participação dessa população nas políticas voltadas para ela, estímulo à criação de associações representativas, simplificação do processo de pagamento de tributos e diminuição ou mesmo isenção dos mesmos; por fim, a simplificação da legislação sanitária.

A facilitação do acesso à formalização jurídica e a progressiva decolagem dos efeitos econômicos esperados ocorrem não apenas no bem-estar do empreendedor e de sua família: isso envolve seus empregados, seu círculo imediato, por fim, reverberando por toda a economia. Quanto maior o número de empresas operando, mesmo que pequenas, maior a competitividade e geração de produtividade, gerando efeitos na *geração* e de *distribuição* de renda.

Um mercado mais integrado, mais dinâmico, além de gerar mais renda e serviços, pode também levar a uma distribuição de renda mais equânime, pelo maior número de agentes econômicos.⁵⁴⁴ Pode-se imaginar na possibilidade de realocação de parte do mercado consumidor de grandes empresas para os fornecedores locais (comércio local). Não se pode

⁵⁴² INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *The Informal Economy and Decent Work: A Policy Resource Guide Supporting Transitions To Formality*, 2013, pg 12

⁵⁴³ Idem, idem, pg 10.

⁵⁴⁴ COMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR, ob.cit., vol II, pg. 206.

também menosprezar o potencial inventivo das pessoas: nas favelas brasileiras podemos encontrar muitos exemplos de criação de serviços voltados para suprir uma necessidade local de formas incrivelmente inteligentes, por iniciativa de moradores locais.⁵⁴⁵

O registro, a formalização da empresa pode aumentar “dramaticamente” a produtividade e a rentabilidade do negócio. A formalização induz um novo comportamento econômico, mais profissional: cria-se uma hierarquia interna que aperfeiçoa a divisão do trabalho e sua especialização. Melhor produtividade permite a obtenção de maior capital, podendo ser redirecionado para o reinvestimento, abrindo novas perspectivas: de expansão, de melhorias, de assunção de riscos para aproveitamento de outras oportunidades. Em contraste, na economia informal, torna-se praticamente impossível a expansão comercial, de forma que a falta da formalização impõe a reprodução de uma economia de quase subsistência.

5.3.Caso concreto: Peru⁵⁴⁶.

O caso é paradigmático porque foi o primeiro que implementou uma ampla agenda de reformas com vistas à implementação dos direitos de propriedade e facilitações econômicas aos pobres, empreendida no Peru. A partir dele despertou-se um renovado interesse na Economia Institucional *como instrumento de justiça social*, tendo surgido vários órgãos em organismos internacionais de promoção dos direitos humanos e desenvolvimento econômico com a tarefa de desenvolverem e promoverem os achados originados da experiência peruana, tal como a própria *Commission* aqui aludida. Parte da relevância desse caso deu-se também por ter sido encampada pelo então reconhecido economista Hernando De Soto.

O paradigma da propriedade desenvolvido por De Soto foi posto à prova em sua própria pátria natal. No início dos anos 80 o Peru foi agitado por violentos conflitos entre os pequenos fazendeiros andinos e grupos radicais comunistas, destacando-se o Sendero Luminoso. Mais de 30.000 pessoas foram mortas por esse grupo extremista, entre mulheres e crianças. O Sendero Luminoso tratava-se de um grupo comunista radical, inspirado na ideologia maoísta, que procurava impor a coletivização forçada das terras dos agricultores, usando de grande violência. Os que não se sujeitavam eram mortos. O ápice da crise peruana

⁵⁴⁵ Veja, por exemplo, caso do serviço de “correio” local criado na favela da Rocinha – batizado de “Correio Amigo” - planejado pela iniciativa individual como forma de suprir a necessidade para o recebimento de encomendas pelos moradores, dado que o serviço público de correios não chegava até eles. O negócio creceu e virará franquia. <http://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2013/01/21/empresa-entrega-cartas-para-moradores-inacessiveis-da-favela-da-rocinha.htm>.

⁵⁴⁶ Descrição completa do caso pode ser encontrada em “Institute for Liberty and Democracy”, <http://www.ild.org.pe/>

ocorreu no final dos anos 80 quando o Sendero Luminoso conseguiu obter controle sobre 60% do território do país.

Um fator que possibilitou a penetração do Sendero Luminoso foi o fato de uma parcela expressiva da população peruana encontrar-se na informalidade, criando um fosso entre os agricultores vítimas do grupo terrorista e a proteção do Estado. Os mesmos viam-se sem opção: para se socorrerem da proteção estatal, precisavam apresentarem-se como legítimos proprietários de suas terras, títulos que os mesmos não possuíam. Assim, tornavam-se presas frágeis diante da violência no campo. A situação tornava-se mais crítica em razão das ações terroristas concentrarem-se na zona rural, permanecendo invisível à população urbana.

Reformas com vistas à legalização dos agricultores serviram de instrumento para aproximar os agricultores da proteção estatal, e, assim enfraquecer o poder terrorista. O estado de crise no Peru foi o que mobilizou a classe política a empreender as amplas reformas propugnadas, com vistas à legalização dos agricultores e comunidades andinas, integrando-as jurídica, social e politicamente. Conjuntamente às reformas jurídicas, as comunidades andinas foram reconhecidas como interlocutores legítimos frente ao Governo, passando a trabalharem em conjunto para o esvaziamento do movimento revolucionário.

A população respondeu positivamente às reformas. Sendero Luminoso gradativamente perdeu força, ainda que continuasse a apelar à violência. A população agora podia contar com o Estado para fazer valer seus direitos sobre suas terras e ao mesmo tempo poder resistir às coletivizações forçadas⁵⁴⁷ empreendidas pelo grupo terrorista.

Entre 1990 e 2013 o Peru cresceu economicamente em média duas vezes mais rápido que o restante da América Latina, e sua classe média aumentou em média quatro vezes mais rapidamente. Algumas amarras que mantinham a maior parte da população privada da chance de ascender econômica-socialmente foram desfeitas a partir das reformas implementadas nos anos 90.

Entre as reformas criaram-se mecanismos para possibilitar a comunicação entre população e Governo, com vistas a permitir que elas espelhassem os mais fielmente as reais necessidades da população: controle dos cidadãos sobre as autoridades, reconhecimento de direitos aos cidadãos para propor leis, reuniões públicas antes de promulgação de normas, facilitação do acesso às informações públicas, e o estabelecimento de um Ombudsman's no Governo para prevenir exclusão econômica. Uma dessas leis, o Ato de Simplificação Administrativa possibilitou 26 reformas. Outra, o Registro Unificado de Empresas, levou à

⁵⁴⁷Cf: http://www.ild.org.pe/images/our_work/ECONOMIC_GROWTH_AND_VICTORY_OVER_TERRORISM.pdf, acessado em março de 2015.

formalização, entre 1991 e 1994, em torno de 388.000 mil empresas que até então operavam informalmente, criando assim 558,000 empregos e contribuindo com US\$7.8 bilhões em impostos ao Tesouro Peruano. O tempo necessário para iniciar e registrar uma empresa caiu de 278 dias para um; e o custo foi reduzido em 85%.

6. Efeitos da Legislação inadequada sobre o restante da economia: micro, pequenas e médias empresas.

Os efeitos econômicos que a Legislação causa nas demais estruturas econômicas também afetam a questão da pobreza, pois interfere no crescimento econômico como um todo, além de afetar o suprimento de bens e serviços e geração de emprego. Somado a isso, coloca-se a questão do impacto *desigual* da estrutura burocrática sobre as estruturas econômicas de menor porte, o que afeta a concorrência, reverberando de forma sistêmica e incremental no desenvolvimento econômico e no processo de concentração econômica e de renda.

A homogeneização de condutas constitui a metodologia intrínseca ao Legalismo positivista. Todavia, a *excessiva* homogeneização derivada dos processos de hiper-normatividade da sociedade passa a gerar efeitos perversos, como o enfraquecimento ou até mesmo a destruição dos processos autorregulatórios locais: como é impossível uma regulação que preveja todas as especificidades da vida concreta, dos diferentes grupos sociais e consiga dar espaço para que suas dinâmicas internas subsistam, o resultado da hiper-normatividade é a substituição dessas micro-estruturas pelas macro-estruturas impostas pelo Estado.

O processo de inflação normativa causa impactos também na esfera econômica, podendo prejudicar a economia como um todo, mas seus impactos são absorvidos de forma heterogênea pelos agentes econômicos. *Quanto menor a estrutura empresarial, maior será o impacto negativo que essa sofre de uma regulação hipertrofiante.* Regulamentos ambientais, trabalhistas, tributários, administrativos, se inadequados, causam um impacto econômico discriminatório frente as micro e pequenas empresas diante de grandes corporações.⁵⁴⁸

A situação torna-se mais delicada para as pequenas estruturas empresariais por conta

⁵⁴⁸ “To the extent that distributive and equity values are affected by government intervention, regulators should make transparent the distribution of regulatory costs and benefits across social groups. Often, costs are not imposed on the same segment of society that benefits from regulation. Labor regulations, for example, may benefit workers with jobs, but make it harder for the unemployed to find jobs. There may be disproportionate effects on particular groups, such as small and medium-sized enterprises, or on certain regions. Such effects may not mean that action is undesirable for society as a whole, but, rather, that policy officials should consider the issue explicitly to determine, for example, if compensation is needed for disadvantaged groups.” OCDE, *Recommendation Of The Council Of The OECD On Improving The Quality Of Government Regulation*, Paris: General Distributions, 1995, pg. 17.

das características da inflação normativa, como a tendência à rigidez - quando a vantagem competitiva das pequenas empresas é justamente a flexibilidade – e o fato de as normas em geral se espelharem e terem em conta as necessidades de grandes estruturas empresariais, levando a um forçado enrijecimento interno nas pequenas empresas, gerando efeitos discriminatórios, como tem sido observado reiteradamente pela OCDE:

“The regulatory regimes of OECD Member countries contain a number of instruments which have direct discriminatory effects on SMEs, as well as those which have indirect impacts. The latter often stem from regulatory systems developed in the image of large firms, rewarding economies of scale and stability rather than flexibility. More generally, SMEs often bear a disproportionate burden in complying with many types of regulations, and the cumulative pressure of regulatory requirements can lead to business failure, in part due to their limited ability to underwrite the fixed costs of compliance.”⁵⁴⁹

Por tal razão que protocolos, diretivas e recomendações (guidelines) elaboradas por organismos multilaterais no seio de organismos governamentais como “Improving the quality of Laws and Regulations: Economic, Legal and Managerial Techniques (OCDE)”, Relatório Mandelkern, Programa Better Regulation (EU), fazem menção à necessidade levar em conta o impacto negativo que marcos regulatórios complexos e exaurientes possuem sobre os pequenos negócios, pois “SMEs⁵⁵⁰ disproportionately bear the burden of costs of compliance due to the differential impact of cost of improvements, and the relationship between cost to company and benefit that is likely to accrue from the investment in compliance by SMEs vis-à-vis larger enterprises.”⁵⁵¹. Por exemplo, um estudo canadense apurou que grandes empresas sofrem entre 1/5 à 1/10 do impacto da normativa trabalhista que o suportado por pequenas empresas.⁵⁵² Além disso, apontam-se outros efeitos sistêmicos, como dificuldades para a inovação, levando gradativamente à estagnação econômica e à distorções crônicas na competitividade:

“Direct costs of this magnitude are clearly significant for economic growth and job creation, but other kinds of indirect costs may be as or more important. A number of studies have suggested that some kinds of regulations **reduce productivity and innovation**, and slow the speed of structural adjustment to world markets. Small businesses, often the largest generators of new jobs, are likely to be especially harmed. Many regulations directly or indirectly reduce competition, and increase hidden inefficiencies in the economy. In the longer-term, such negative impacts may affect competitiveness.”⁵⁵³

⁵⁴⁹ OCDE, *Regulatory Reform For Smaller Firms*, 1999, Pg. 7, disponível em: <https://www.oecd.org/cfe/smes/2090708.pdf>

⁵⁵⁰ Abreviatura para “Small and Medium-sized Enterprises”.

⁵⁵¹ OCDE, *Small Business, Job Creation and Growth, Facts, Obstacles and Best Practices*, Paris, 1997, p. 24.

⁵⁵² CANADIAN DEPARTMENT OF INDUSTRY, 2013. APUD: OCDE, *Taxation of SMEs in OECD and G20 Countries*. OECD Publishing, 2015, pg 90.

⁵⁵³ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE), *Improving The Quality Of Laws And Regulations: Economic, Legal And Managerial Techniques*, Paris 1994, pg. 11.

Igualmente, leis que impeçam o processo da **inovação** levam à estagnação econômica. O papel da inovação não pode ser subestimado, antes, existem estudiosos que defendem que a inovação constituiu⁵⁵⁴ e ainda se apresenta o principal motor do desenvolvimento econômico dos países desenvolvidos. “*While capital accumulation proved less important to growth than many supposed, innovation proved more important.(...) Developing countries cannot accelerate growth by importing modern machines and placing them in inefficient organizations*”⁵⁵⁵. Todavia, a inovação, para ocorrer necessita: a) o concerto de interesses entre diferentes indivíduos, por exemplo, entre empreendedor/inventor e investidor(es), b) instituições que adequadamente canalizem tal coordenação econômico-social.⁵⁵⁶

6.1. A importância das SMEs como criadoras de empregos.

A contribuição das SMEs⁵⁵⁷ para a economia doméstica constitui um dado constatável internacionalmente: segundo levantamento realizado pela OCDE, nos seus países-membros as SMEs correspondem a 99% do número de empresas totais. Também, em sua maioria, as micro-empresas correspondem ao tipo de empresa mais comum: 78% das empresas no Japão, e até 96% de todas as empresas da Dinamarca, Índia, Holanda, Espanha e Suécia,⁵⁵⁸ sendo responsáveis por 60 a 70% dos empregos nos países membros da OCDE.

⁵⁵⁴ Essa tem sido a compreensão sobre o desenvolvimento econômico dos Estados Unidos – que teria sido impulsionado mais por um conjunto normativo que protege e incentivava a inovação - assim como a emergência da Revolução Industrial na Inglaterra. A acumulação de “capital” pouco teria a ver com efetivo desenvolvimento econômico. “*From 1980-1992, capital per capita increased by more than 1% per year in Costa Rica, Ecuador, Peru, and Syria, and per capita GDP decreased. W. Easterly & R. Levine: It’s not Factor Accumulation: Stylised Facts and Growth Models, (2002) Working Papers Central Bank of Chile 164, Central Bank of Chile at 10. Between 1980 and 2004, average per capita growth rates in high income countries were 1.93 per cent per annum, compared to 1.97 per cent per annum in low and middle income countries. Note, however, that the experience of Tunisia in this period resembles Britain more than it resembled its neighbor, Algeria. In Tunisia the capital output ratio was slightly higher than in Algeria in 1960 and the capital stock per capita was then about half of what it was in Algeria. Between 1960 and 1988 the per capita capital stock in Tunisia increased by around 70 per cent. Tunisia experienced a real per capita growth of about 40 per cent over the period of 28 years. The capital output ratio decreased substantially during the same period.*” COOTER, Robert D.; SCHÄFER, Hans-Bernd: *Solomon’s Knot: How Law Can End the Poverty of Nations*, pg. 268, nota 36, texto disponível em: https://works.bepress.com/robert_cooter/156/

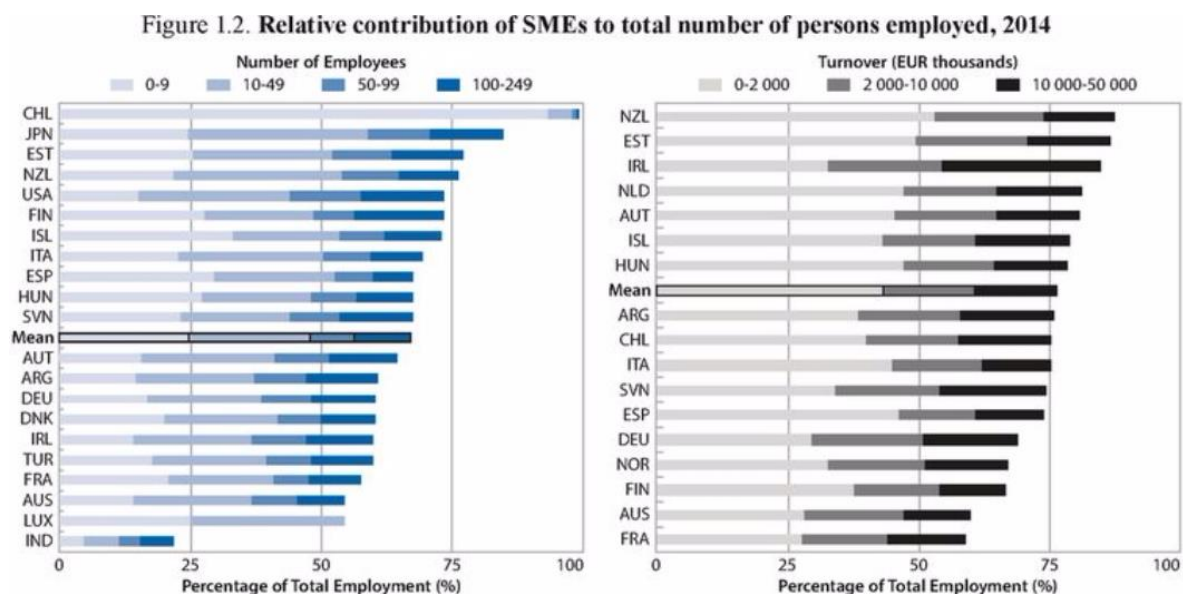
⁵⁵⁵ COOTER, Robert D.; SCHÄFER, Hans-Bernd. Idem. pg. 268.

⁵⁵⁶ Nesse sentido o instigante trabalho de Robert D. Cooter e Hans-Bernd Schäfer: *Solomon’s Knot*. ob.cit.

⁵⁵⁷ A OCDE utilizou o critério fornecido pela Comissão Europeia (Recomendação 2003/361/EC de 6 de maio de 2003), a qual classifica as empresas em micro, pequenas e médias de acordo com seu número de empregados e seu faturamento: micro, até 10 empregados e faturamento de até EU 2 milhões; pequenas, até 50 empregados e faturamento de EU10 milhões; médias, menos de 250 empregados e faturamento de até 50 milhões de euros. Nos demais países, a OCDE utilizou o critério adotado localmente. OCDE, *Taxation of SMEs in OECD and G20 Countries*. OECD Publishing, 2015

⁵⁵⁸ OCDE, *Taxation of SMEs in OECD and G20 Countries*. OECD Publishing, 2015, pg 19; DOI:10.1787/9789264243507-en

Gráfico. 8. Empregabilidade das SMEs entre os membros da OCDE - 2014

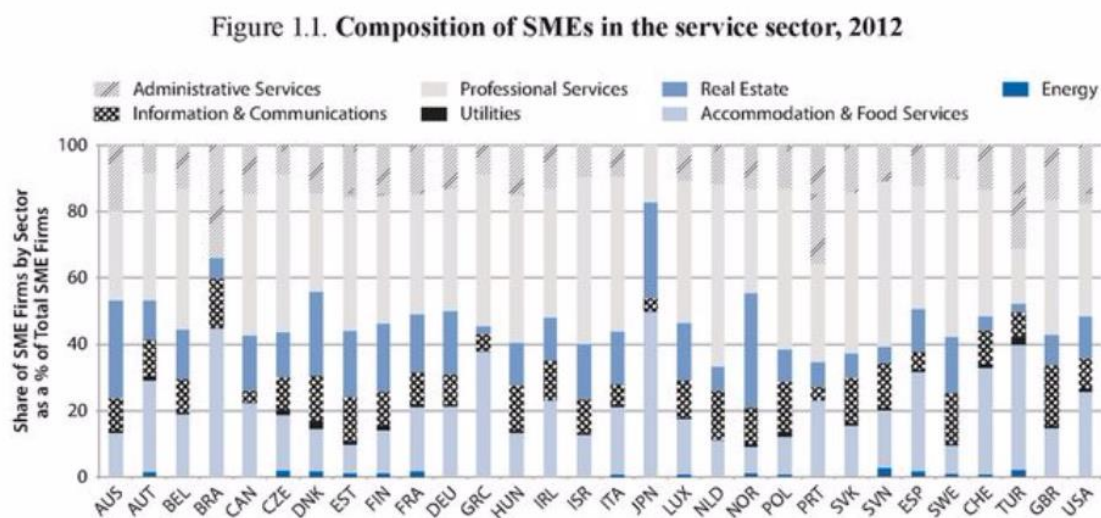


Source: Responses to an OECD questionnaire, *Survey on the Taxation of Small and Medium-Sized Enterprises*, 2015. See Annex B for country details and caveats. The mean is the unweighted average of the countries shown in each graph.

559

Tal categoria corresponde a um grupo bastante heterogêno, com diversos graus de profissionalismo, tecnologia, e operando nas mais diversas atividades como mostra o gráfico abaixo:

Gráfico 9. Tipos de atividades econômicas operadas por SMEs, 2012/OCDE.⁵⁶⁰



Source: OECD Structural and Demographic Business Statistics, <http://dx.doi.org/10.1787/sdbs-data-en>.

⁵⁵⁹ OCDE, ob.cit., pg. 22, disponível em : http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/taxation-of-smes-in-oecd-and-g20-countries_9789264243507-en#page22.

⁵⁶⁰ Idem, idem, pg. 21.

A capacidade de criação de emprego cresce à medida que a pequena empresa consegue se estabelecer, dado que num primeiro momento uma parte relevante de sua capacidade está voltada para seu estabelecimento e cumprimentos normativos, tornando crucial a capacidade gerencial. Após, a capacidade de inovação torna-se relevante para a continuação da capacidade de manutenção e de criação de empregos. As SMEs revelam-se também uma ferramenta importante para contornar eventuais obstáculos ao crescimento profissional e financeiro feminino que se relacionem a questões de gênero.⁵⁶¹

Observa-se ainda uma tendência a que novas ondas de crescimento de vagas de emprego dependerão cada vez mais das SMEs,⁵⁶² provavelmente, dado o estado de relativa estabilidade alcançada pelas grandes corporações. Tal estabilidade pode se tratar de um efeito dos altos custos de transação que grandes estruturas empresariais geram, tal como demonstrado teoricamente por WILLIAMSON.

A criação de pequenas empresas possui a capacidade de equilibrar a concorrência, contribuindo para maior distribuição de renda entre a população, dado que pequenas estruturas empresariais tendencialmente empregam mais pessoas em comparação com maiores estruturas empresariais. Em 1985, o IBGE calculou em 21% a participação dos pequenos negócios no PIB, o percentual cresceu para 23,2% em 2001, e em 2011 atingiu 27%⁵⁶³ - ou seja, mais de um quarto do Produto Interior Bruto brasileiro é gerado pelos pequenos negócios, respondendo esses por 52% dos empregos com carteira assinada no setor privado (17,1 milhões).⁵⁶⁴

Segundo a pesquisa “Demografia das Empresas”, realizada pelo IBGE — com dados do ano de 2013 - mais da metade das empresas fundadas no Brasil fechou as portas após quatro anos de atividade: de 694 mil empresas que nasceram em 2009, 47,5% ainda estavam em funcionamento em 2013. Após o primeiro ano de funcionamento, 158 mil fecharam as portas, segundo a pesquisa.⁵⁶⁵ Segundo o Sebrae-NA, no Brasil existem 6,4 milhões de estabelecimentos classificados como micro e pequenas empresas (MPEs) e de

⁵⁶¹ “Women-owned SMEs are growing at a faster rate than the economy as a whole in several OECD countries, allowing capitalisation of the skills of educated and trained women who might otherwise be blocked in corporate advancement because of the “glass ceiling”. The increased flexibility inherent in owning one’s business allows women to contribute to the income of their families while balancing work and family responsibilities. However, the economic potential of women entrepreneurs remains partly untapped; measures are required to improve information and statistics in this field, as well as to strengthen the preconditions for financing, networks and technology.” ” OCDE, *Small Businesses, Job Creation And Growth: Facts, Obstacles And Best Practices*, pg. 4

⁵⁶² OCDE, *Small Businesses, Job Creation And Growth: Facts, Obstacles And Best Practices*, pg. 7.

⁵⁶³ SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS – Sebrae Unidade de Gestão Estratégica – UGE, *Participação das Micro e Pequenas Empresas na Economia Brasileira*, julho de 2014. Disponível on line em: <http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Estudos%20e%20Pesquisas/Participacao%20das%20micro%20e%20pequenas%20empresas.pdf>

⁵⁶⁴ Cf. dados de 2013, fonte: SEBRAE, *Anuário do Trabalho da Micro e Pequena Empresa*, 2014.

⁵⁶⁵ INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTATÍSTICA E GEOGRAFIA. *Demografia das Empresas*. 2013.

microempreendedores individuais (MEIs).

6.2.Dificuldades burocráticas no cenário brasileiro

Fatores como falta de acesso ao crédito e altos juros constituem problemas para o desenvolvimento de qualquer atividade econômica, todavia, o excesso de burocracia e a carga tributária elevada são apontados como os principais entraves para o crescimento e desenvolvimento de novas empresas no país. O Brasil tem hoje 5.565 municípios normatizando seus próprios tributos, 27 legislações estaduais e normas federais, redundando no impressionante número de 5.241.914 normas promulgadas, dessas, 352.366 são normas editadas desde a promulgação da Constituição de 1988 até outubro de 2015, segundo levantamento efetuado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário.⁵⁶⁶ Uma empresa com atuação interestadual, por exemplo, deve atender a 3,5 mil exigências tributárias, constituindo um agravante que contribui para a alta na mortalidade das empresas.

“Tax compliance costs may affect a number of economic margins faced by the owners and operators of SMEs, notably, whether to become self-employed, whether to employ others and whether to operate in the formal economy. A number of factors influence tax compliance costs. These include the number of taxes that must be complied with, the frequency of changes to the tax laws, the complexity of the tax system, the existence of different tax administrations (including national and subnational jurisdictions), the difficulty associated with interpreting unclear tax laws, multiple deadlines for tax payments throughout the year, costs of external tax service providers as well as internal staff or owner time spent complying, and tax registration procedures(...)”⁵⁶⁷

De acordo com o mais abrangente e respeitado relatório sobre ambiente de negócios, realizado pelo Banco Mundial anualmente (*Doing Business Report*), o marco regulatório do Brasil o coloca numa desconfortável 116ª posição⁵⁶⁸ entre 189 economias quanto a facilidades de negócios, tendo apresentado uma queda de cinco posições em relação ao ano de 2015 (111ª). A guisa de comparação, Polônia figura em 25ª, México em 38ª, Colômbia em 54ª, Grécia em 60ª, África do Sul em 73ª. Ficamos atrás de Quênia (109ª) e Zâmbia (97ª), fazendo companhia com Irã (118ª) e Equador (117ª).

Os tópicos analisados são (seguidas da posição que o Brasil ocupa no ranking mundial em cada uma): a) **facilidade para abertura de empresas (166ª), obtenção de alvarás de**

⁵⁶⁶ AMARAL, Gilberto Luiz do; AMARAL, Letícia Mari Fernandes; OLENIKE, João Eloi. *Quantidade de normas promulgadas no Brasil: 27 anos da Constituição Federal de 1988*. Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação, 2015.

⁵⁶⁷ OCDE, *Taxation of SMEs in OECD and G20 Countries*. OECD Publishing, 2015, Pg 19; DOI:10.1787/9789264243507-em, pg. 90.

⁵⁶⁸ WORLD BANK GROUP. *Doing Business 2016: Measuring Regulatory Quality and Efficiency*. 13ª ed. Whashington: OCDE, 2016, Disponível em : http://www.doingbusiness.org/~/_/media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Annual-Reports/English/DB16-Full-Report.pdf

construção (167°), acesso à eletricidade (23°), sistema e custos para registro de propriedades (125°), facilidade para obtenção de crédito (90°), proteção dos investidores minoritários (27°), **peso dos impostos (177°)**, **regulamento de comércio internacional (148°)**, execução de contratos (45°), resolução de Insolvência (55°).

No quesito “abertura de empresas”, o grande entrave é burocrático, dado o elevado número de procedimentos (11), maior que a média da América latina (8,3) e muito superior que a média dos países membros da OCDE (4,7). Percebe-se, ainda, uma enorme morosidade pelo número médio de dias necessários para a abertura da pessoa jurídica (101,5), mais que três vezes a média da América latina (29,4), e quase doze vezes a média dos países-membros da OCDE (8,3).

Provavelmente o quesito mais importante seja o de “pagamento de impostos”, que, inclusive, figuramos entre as piores nações do mundo. O dado é resultado da combinação entre as dificuldades enfrentadas pelos trâmites burocráticos para o pagamento dos impostos e o peso dos mesmos sobre o lucro do negócio. No primeiro caso, gastam-se no Brasil, anualmente, **extraordinárias 2600 horas para pagamento de impostos** (contra 55 em Luxemburgo, e 286, no México); e, no segundo, o peso dos mesmos consome 69,2% do lucro das empresas (contra 25,9% na Irlanda e 51,7% no México).⁵⁶⁹

Esses dados são relevantes, pois se referem à economia como um todo, mas devem receber especial atenção porque eles se são construídos baseando-se nas dificuldades/facilidades enfrentadas por pequenas e médias empresas⁵⁷⁰, que são justamente as maiores empregadoras, tendo relevância *direta* para a garantia de direitos sociais fundamentais.

Algumas inovações importantes na legislação brasileira merecem nota: a criação do microempreendedor individual Lei complementar 128/2008, e o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuição (SIMPLES), estabelecido pela Lei Complementar nº 123, de 14.12.2006, e a criação da figura societária da EIRELI (Empresa Individual de responsabilidade Limitada).

A Lei 12.441/2011 institui no Brasil o novo tipo societário da empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI), a qual personaliza a atividade empresarial e o capital concernente empreendido pelo até então empresário individual. Dentre os requisitos constam a obrigatoriedade de um capital social integralizado de no mínimo 100 salários-mínimos e de que

⁵⁶⁹ WORLD BANK GROUP, *Doing Business 2016- Economy Profile: Brazil*. Pg 14, disponível em : http://www.doingbusiness.org/Reports/Subnational-Reports/~/_/media/giawb/doing%20business/documents/profiles/country/BRA.pdf

⁵⁷⁰ “Doing Business sheds light on how easy or difficult it is for a local entrepreneur to open and run a small to medium-size business when complying with relevant regulations.” WORLD BANK GROUP, *Doing Business 2016- Economy Profile: Brazil*. pg 4, idem

uma pessoa natural possa constituir somente uma pessoa jurídica dessa natureza. Tal patamar mostra-se excessivo, e na contra-mão de figuras similares do direito comparado, como a *Single-Member Limited Liability Company* do direito-norte americano, que preza pela facilidade de sua criação⁵⁷¹.

Efetivamente, o capital social mínimo estipulado é elevado para os parâmetros das micro-empresas nacionais, de modo que é forçoso reconhecer que este é incoerente com a justificativa inicial apresentada pelo projeto de lei (Projeto 4605/2009), qual seja, “estimular a criação de novas microempresas”. Talvez por tal razão, no Estado de São Paulo foram criadas apenas 72.673 Eirelis até o presente momento, contra os ainda existentes 2.694.223 empresários individuais que ainda adotam essa forma jurídica, em que pese a ausência da proteção da limitação da responsabilidade pessoal.⁵⁷²

Por outro lado, a figura do Microempreendedor Individual efetivamente passou a ser largamente adotada, comprovando a adoção da população por modalidades que permitam a formalização quando essa se mostra acessível. Atualmente, contam-se 6.055.425 de microempreendedores individuais registrados⁵⁷³, constituindo a modalidade que mais cresce atualmente no país. “*A natureza jurídica Microempreendedor Individual é tão representativa no volume de novos negócios que, somente essa categoria corresponde a quase 3 vezes o volume de todas as outras categorias somadas (673.021 / 260.239).*”⁵⁷⁴ Todavia, tal figura é bastante restritiva, devendo o microempreendedor não faturar mais que de R\$ 60.000,00 anualmente e empregar apenas um funcionário.

Já o impacto do SIMPLES foi mais heterogêneo, em parte por conta da formulação da própria norma, que dispõe diferentes alíquotas para diferentes atividades econômicas. Tem-se apontado que o SIMPLES causou maior efeito sobre médias empresas, e destacadamente sobre as dos setores de serviços. Não se observou maior formalização de pequenas e micro-empresas após a promulgação da aludida norma. Uma razão pode se tratar da complexidade da norma e a insegurança jurídica criada pela seguidas mudanças legislativas. O SIMPLES se mostra uma lei intrincada, difícil de operar e causadora de celeumas interpretativas, em suma, o SIMPLES não

⁵⁷¹ PRETE, Esther Kùlkamp Eyng. *Problematização dos requisitos legais para constituição da Eireli – Empresa Individual de Responsabilidade Limitada - sob a luz do Direito Comparado e da Perspectiva Sócio-Econômica*. Monografia apresentada à matéria do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFMG “Temas De Direito Economico Comparado – Uma Introdução ao Direito Societário Norte-Americano: Abordagem Ecômico-Funcional”. Ministrada pelo Prof. Dr. Marcelo Andrade Féres e pelo Prof. Convidado Leonardo Netto Parentoni, em 2014.

⁵⁷² Dados da JUCESP – Junta Comercial do Estado de São Paulo - acessado em 5.12.2014

⁵⁷³ Dados de 21.05.2016, em <http://www.portaldoempreendedor.gov.br/estatistica/lista-dos-relatorios-estatisticos-do-mei>.

⁵⁷⁴ IBPT - Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação, *Perfil Empresarial Brasileiro - Empresômetro*, junho de 2015, pg. 16.

é tão simples.⁵⁷⁵

Além dos custos dos próprios tributos, somam-se os custos diretos e indiretos (incluindo custos de oportunidade) gerados pela necessidade de conformidade às normas tributárias. Essa questão – da burocracia tributária – encontra-se num contexto mais amplo que abrange a necessidade de conformidade com normas trabalhistas, ambientais, administrativas, entre outras. O custo de cumprimento desse conjunto normativo impõe um custo fixo, o qual é absorvido diferentemente pelas empresas: grandes empresas podem amortizar tais custos mediante o ganho de escala e pela já presente estrutura administrativo-burocrática que compõe sua estrutura gerencial. Assim, apesar da quantidade total de tributos a serem pagos por uma grande empresa ser relativamente maior, os custos referentes ao impacto burocrático é regressivo em relação ao tamanho da empresa, de forma que o percentual da renda das SMEs é desproporcionalmente afetada pelos mesmos.

6.3. Análise sócio-econômica do perfil do micro e pequeno empreendedor brasileiro: a frustrada vocação empreendedora do brasileiro.

Além da importância econômica analisada sob o olhar da macroeconomia, cresce cada vez mais o interesse por compreender o perfil do empreendedor brasileiro, e, em especial, do crescente interesse da população, em especial a pertencente à chamada “classe C”, na atividade empreendedora.

Um dos mais completos estudos do perfil do empreendedor brasileiro e da visão que a sociedade como um todo tem atualmente do tema, realizado pelo Instituto de Fomento Endeavor Brasil⁵⁷⁶, demonstra ser notável a aspiração do brasileiro pelo empreendedorismo: 76% preferiria ter um negócio próprio a ser empregado ou funcionário de terceiros. É a segunda maior taxa do mundo, somente atrás da Turquia (Eurobarometer, 2012). Entre aqueles que acham pouco provável empreender no futuro, 66% diz que a falta de recursos financeiros é a principal razão para isso. Este índice é um dos maiores em todo o mundo.

O brasileiro que ainda não é empreendedor, mas pretende ser, é quem tem o segundo melhor grau de escolaridade e, também, quem mais se aproxima da renda familiar do empreendedor empregador: R\$ 2.071,53. Ou seja, ele tem características semelhantes às do

⁵⁷⁵ MONTEIRO, Joana Da Costa Martins, *O Impacto da Lei do SIMPLES sobre a Formalização das Firms*. Monografia apresentada ao Concurso IPEA 40 ANOS, julho 2004, http://tupi.fisica.ufmg.br/michel/docs/Artigos_e_textos/Ciencias_Contabeis/a%20lei%20do%20simples.htm

⁵⁷⁶ ENDEAVOR BRASIL, Estudo “os 9 perfis do empreendedor brasileiro”, disponível completo em <http://www.endeavor.org.br/artigos/estrategia-crescimento/cenarios-e-tendencias/as-diversas-faces-do-empreendedorismo-no-brasil#.VIGpMdEbyBI.mailto>

empreendedor com funcionários.

A pesquisa também verificou qual o porte preponderante das empresas informais, sendo elas 99% micro empresas e 1% empresas de pequeno porte.

Metade dos empreendedores brasileiros está concentrada na Classe C. Pesquisa realizada pelo SEBRAE revela que 55,2% estão nessa classe socioeconômica, enquanto 37,5% são das classes A e B e apenas 7,3% dos que empreendem pertencem às classes D e E. Os dados compõem o estudo Empreendedorismo e a nova Classe Média, encomendado ao instituto Data Popular. Na média mundial, os empreendedores estão concentrados em faixas de renda mais altas. **Isso mostra que, no Brasil, o empreendedorismo é fator de inclusão social.**

Ainda, um outro estudo ainda mais abrangente e recente, patrocinada pelo o PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento), em parceria com a Caixa Econômica Federal e a Secretaria de Assuntos Estratégicos (SAE), a 3ª edição do “Vozes da Nova Classe Média”, aponta para a importância do empreendedorismo da “nova classe média” para redução da pobreza, a sua aspiração pela formalização e confirma o desejo de ascendência social mediante a criação do próprio negócio.⁵⁷⁷

Portanto, no Brasil, a demanda por ferramentas legais voltadas às necessidades desse enorme contingente populacional requereria técnicas tão ou mais flexíveis que as encontradas nos Estados Unidos e União Europeia. O desenho da Eireli, em especial o piso exigido para a integralização do capital social inicial, contraria frontalmente toda uma série de inovações legislativas dirigidas às micro e pequenas empresas, como o SIMPLES, políticas do Executivo dirigidas ao oferecimento de crédito e estímulo à inovação.

⁵⁷⁷ Disponível completo em <http://www.sae.gov.br/vozesdaclassemedia>.

COMO EFETUAR A REORDENAÇÃO DO SISTEMA NORMATIVO: A METODOLOGIA DA LEGÍSTICA.

"a inflação do direito traz em si a sua própria morte"

Nicolas Hitsch

“Antes de redigir a lei, é preciso pensá-la”

Jean-Daniel Delley

1. DA RACIONALIDADE LÓGICO-FORMAL PARA A RAZÃO PRÁTICA

1.1 Explosão legislativa e inefetividade da lei.

Vivemos a era da explosão legal, da absorção (ou, pelo menos, da tentativa de absorção) do mundo-da-vida pela lógica organizacional do Estado⁵⁷⁸ em praticamente todas as esferas: política, social, familiar, laboral, econômica, ambiental. A liberdade dos indivíduos espreme-se nos espaços cada vez menores deixados pela hiper-regulamentação, como desdobramento tardio da adoção da teoria do pacto social⁵⁷⁹: a troca da liberdade do estado natural pela segurança à sombra da lei.

Entretanto, questiona-se se tal acordo não necessitaria ter suas cláusulas revisadas. Da forma atual, é como se o Estado estivesse em posse de uma “procuração em branco” outorgada num hipotético contrato social, que não impõe limites substantivos ao poder legiferante, apenas um requisito formal-processual (submissão ao rito legislativo). O critério, portanto, de limite à criação de normas é imanente ao próprio Ordenamento. Como afirma a Constituição Brasileira: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” (sem negritos no original). Todavia, se não há limites para a criação legislativa, tal previsão perde o poder de proteção da esfera de ação do indivíduo no decorrer do tempo.

⁵⁷⁸ Segundo TEUBNER, baseando-se em HABERMAS, a dinâmica da destruição de “estruturas” da vida social consistiu na: “Social modernization at the expense of subjection to the logic of the system and the destruction of intact social structures is the essence of this idea”. HABERMAS, 1981:522,1985:203 Cf: TEUBNER, Gunther. *Juridification: Concept, Aspects, Limits, Solutions*. pgs 3 e 4; IN: TEUBNER, Gunther(org.). *Juridification of social spheres: a comparative analysis in the Areas of labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare*. Berlim, Nova Iorque: Walter de Gruyter, 1987.

⁵⁷⁹ “(...) there are good grounds to believe the exponential growth of the legal system is nowadays an unintended inheritance from the Modern philosophical Project. Any proposition that attains the required form is, for that reason alone a valid limitation of freedom. Put differently, any proposition that attains the stamp of sovereign is valid rule. You may call this ‘stamp validity.’” WINTGENS, Luc J. *Legisprudence: Practical Reason in Legislation*. University of Brussels, Belgium, 2012, pg. 216.

Por tal motivo, TEUBNER, ao conceber o Direito como um “sistema autopoietico”⁵⁸⁰, descreve a “auto-referência” do direito como um movimento circular, onde o Direito retira a validade de sua perpetuação de *si mesmo*. Ao subirmos as escadas da hierarquia jurídica, atingido o cume, esse reenvia para o nível mais baixo, fazendo tal movimento lembrar um quadro de Escher.⁵⁸¹ Ocorre que no desdobramento do movimento circular, a “previsibilidade” jurídica enfraquece-se.⁵⁸² Uma vez que o Direito se encontra impedido de acessar a realidade, ou um nível transcendente de legitimação, sua perpetuação se dá pela combinação e recombinação dos elementos já contidos em si, cujos desdobramentos não são totalmente controláveis.

Pressupunha-se que o processo legislativo seria o meio suficiente e adequado para veicular a vontade popular através da representação parlamentar e, assim, cristalizar a vontade popular no veículo da lei, de forma que esse seria o veículo legítimo a legitimar eventual modulação das liberdades, tal qual estatui nossa Constituição: “*senão em virtude de lei*”.

Todavia, tal não tem sido esse o efeito observado, pois cada vez menos os cidadãos identificam-se com o conteúdo legal, quando não se alienam totalmente de seu conteúdo. O sentido das leis escapa à compreensão do cidadão médio, e, não raro, causa celeuma até entre os especialistas. Esse encobrimento do sentido das normas gera insegurança mesmo no mais honesto dos cidadãos, pois inesperadamente pode cometer ilicitudes que nem imaginava existirem e atrair a sanção estatal. Juntamente com a dificuldade técnica e da redação legislativa que podem impedir o acesso à compreensão do conteúdo da lei, soma-se o cipoal de normas⁵⁸³ no qual se transformou o ordenamento jurídico brasileiro, impedindo a qualquer leigo a mínima compreensão de qual vem a ser a ordem jurídica vigente.

Concomitantemente à explosão legislativa, assistimos à expansão do Estado Contemporâneo, não totalmente imune à desordem que se segue a tais expansões. As inúmeras

⁵⁸⁰ “O Direito constitui um sistema autopoietico de segundo grau, autonomizando-se em face da sociedade, enquanto sistema autopoietico de primeiro grau, graças à constituição auto-referencial dos seus próprios componentes sistêmicos e à articulação desde num hiperciclo.” TEUBNER, Gunther. *O Direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, pg.53.

⁵⁸¹ Maurits Cornelis Escher, artista plástico.

⁵⁸² “O idela da certeza e segurança jurídica, que repousa no postulado da previsibilidade da aplicação do direito aos casos concretos da vida, seria incompatível com essa sua característica de auto-referência – o mesmo sucedendo com o ideal científico da determinabilidade do direito, independentemente mesmo da questão de saber se tal determinabilidade seria obtida através de amplas análises de causalidade defendidas pela escola do realismo jurídico.” TEUBNER, Gunther. *idem.*, pg. 3.

⁵⁸³ Levantamento realizado pela Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, em 2007, encontrou naquela ocasião 181.318 normas legais compondo o Ordenamento Jurídico Brasileiro. Dessas, 1/3 estariam realmente em vigor, compondo ainda um inabarcável universo de 53 mil normas. Tal número há muito já deve ter sido superado dada a velocidade da produção legislativa, pois somente no ano anterior ao levantamento 3.687 decretos, 762 leis ordinárias, 14 emendas e 8 leis complementares foram aprovadas. Fonte: LAGO, Rudolfo. *O Brasil das 181 mil leis*. Revista ISTOÉ, 04.04.2007, disponível on line em: http://istoe.com.br/3144_O+BRASIL+DAS+181+MIL+LEIS/

ramificações através de ministérios, secretarias, agências, órgãos, várias sobreposições de comando conflitantes, gerando desperdício de recursos financeiros e humanos, além de confundir tanto o usuário quanto o funcionário sobre, afinal, *quem-responde-pelo-quê*. Onde muitos devem fazer algo e muitos são responsáveis pelo mesmo algo, no fim, ninguém se responsabiliza ou faz esse algo.

Tal foi a expansão legislativa que a mesma já foi chamada de “inflação legislativa”, “juridificação das esferas sociais”⁵⁸⁴, “burocratização do mundo”⁵⁸⁵ chegando ao ponto de ser identificada como algo tóxico, ou seja, como “poluição legal”⁵⁸⁶. Não se trata de um fenômeno isolado pátrio, antes, é característico do mundo pós-moderno, especialmente dos Estados Ocidentais; por isso mesmo, alvo de preocupações de vários jusfilósofos já há algumas décadas⁵⁸⁷.

No rastro da explosão legislativa segue-se igualmente a trilha da *inefetividade*, pela difícil tarefa de atualização das leis e pelos efeitos concretos gerados por aquelas que se mostram conflitantes ou até prejudiciais à coletividade. Além da interferência conflituosa no campo econômico, criando estruturas de incentivo injustas - normas que mesmo sem terem o objetivo primário de regular o campo econômico, acabam fazendo-o por má alocação dos recursos e material humano. HOULE descreve como que, na trilha da tentativa de se regulamentar a área econômica, social e administrativa, especialmente após os anos 30 do século passado, a expansão contínua criou o fenômeno da “regulamentação patogênica” com efeitos perversos tais como limitação de entrada de novos concorrentes no mercado, distorção na estrutura de preços e limitação do livre-arbítrio excessivo.⁵⁸⁸ Constatou-se, assim, uma “*corrélacion negative nette entre la coissance de l’État et la coissance économique.* »⁵⁸⁹

Assim, a explosão legislativa gera inefetividade da lei, quando não até efeitos negativos, levando a questionamentos sobre a legitimidade da atividade legiferante estatal.

Segundo ALMEIDA, duas são as correntes mais significativas que tratam sobre a problemática da lei. Para alguns autores, explica, a «crise do paradigma legalista» é resultado da crise de legitimação do próprio Estado: “os diferentes actores sociais questionando a legitimidade do Estado não se *reconhecem* na legislação aprovada pelo Legislativo e pelo

⁵⁸⁴ TEUBNER, Gunther. *Judification of Social Spheres..* ob.cit

⁵⁸⁵ Jacoby, 1969; Bosetzky, 1978 APUD: TEUBNER, Gunther. *idem*, pg 3e 4.

⁵⁸⁶ EHRlich, 1976, APUD: TEUBNER, Gunther. *Judification of Social Spheres..* *ibidem*, pg 3e 4.

⁵⁸⁷ HOULE, France. *Analyses d’impact et consultations réglementaires au Canada – Étude sur les transformations du processus réglementaire fédéral : de la réglementation pathogène à la réglementation intelligente.* Canadá : Édition Yvon Blais, 2012.

⁵⁸⁸ HOULE, France. *Idem.*

⁵⁸⁹ E. MACKAAAY et. S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2.ed, Paris : Edition Themis, 2008, pg 614, APUD : HOULE, *ibidem*, pg. 39

Executivo”⁵⁹⁰. Já para a segunda corrente, a «crise da lei» origina-se e tem por referência a problemática da falência ou das dificuldades do Estado Social – o qual induziu a um excesso de normas, que por sua vez, dificulta a comunicação entre o legislador e os destinatários da lei.⁵⁹¹

WINTGENS focaliza a racionalidade voluntarista que sobre a qual repousa o Legalismo do Positivismo e a moldura epistemológica que conduz à identificação da Lei com a própria “realidade”. Se a “lei” formal já é, em si, suficiente para criar o “dever-ser” mentado pelo legislador, e se sua eventual inefetividade for considerada apenas uma questão de problema da máquina estatal (remetendo novamente o problema à lei, ao Estado), desconsiderando o contexto social *em si mesmo*, tal conduta nos leva a concluir que aquela identificação leva à progressiva alienação *recíproca*, seja por parte dos jurisdicionados quanto ao conteúdo da lei e da ação estatal, seja por parte dos juristas e legisladores quanto às condições reais concretas vivenciadas pelos jurisdicionados.

Essa abordagem que desconsidera a realidade do contexto sobre o qual a norma foi imposta pode ser remetida a um problema epistemológico mais antigo: à metodologia de desconsideração da dimensão histórica adotada pelo Direito na formação dos Estados Nacionais (SOARES)⁵⁹².

Por outro lado, TEUBNER enfatiza o papel assumido pelo Estado, tomando a crise da explosão legislativa (*flood of norms*) como resultado do intervencionismo do Estado Social⁵⁹³. Efetivamente, o desencontro entre as tarefas e responsabilidades do Estado-Providência e a racionalidade dos instrumentos jurídicos herdadas do Estado Liberal, e esses, corolários das

⁵⁹⁰ ALMEIDA, Marta Tavares de. *A contribuição da Legística para uma política de legislação: concepções, métodos e técnicas*. Pg. 83. In: *Legística: Qualidade Da Lei e Desenvolvimento*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa de Minas Gerais, 2009. Obra resultante do evento: Congresso Internacional de Legística: Qualidade da Lei e Desenvolvimento Belo Horizonte, ocorrido de 10 à 13 de setembro de 2007.

⁵⁹¹ ALMEIDA, Marta Tavares de. *Idem*, pgs 83-102.

⁵⁹² Segundo SOARES, tal desconsideração com a historicidade é assumida metodologicamente no sec. XVIII no seio das lutas sociais políticas, especialmente influenciadas pelo Iluminismo, quando então as esferas locais comunitárias normativas históricas foram desconsideradas no processo de formação da “lei oficial” dos nascentes Estados Nacionais: “No momento da passagem do Direito então local e sem maiores pretensões de abstração, para um direito racional, o modo pelo qual tal passagem se daria definiu o grau das discussões sobre o modelo de codificação que expressou as ideologias prevalentes, como bem salientou Tarello. Vale dizer expressaram de algum modo, teses do voluntarismo, psicologismo (vontade do legislador), imperativismo, descritivismo, sistematicismo, conceitualismo. Independentemente dos embates filosóficos sobre o tema, aquele momento de passagem registrou o início da proeminência da figura do legislador, do papel simbólico da legislação codificada como a obra de uma nação. O racionalismo do séc XVIII culminou também por definir uma outra tensão “o direito velho” x o direito novo provocando a evidenciação dos problemas advindos de uma criação voluntarista do direito que desconsiderasse o elemento histórico.” SOARES, Fabiana de Menezes. *Legística E Desenvolvimento: A Qualidade Da Lei No Quadro Da Otimização De Uma Melhor Legislação*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, nº 50, p. 124-142, jan. – jul., 2007, pgs. 124-142.

⁵⁹³ “The proliferation of law, for example, is not a phenomenon which can be analysed or even combatted as such but one which can only be understood in the context of social guidance in the social state. The “flood of norms” is not primarily a problem for law as such, but one for the interventionist state.” TEUBNER, Gunther. *Juridification..ob.cit.*, pg 12.

teorias contratualistas, podem levar ao já apontado paradoxo do Estado-Providência, onde ou os direitos fundamentais ficam desprotegidos pela inefetividade de um ordenamento denso, pesado, paquidérmico, inacessível ao cidadão comum; ou pelo movimento de expansão que conduz uma excessiva sobrecarga inclusive sobre eventuais titulares de direitos: *“No limite, esse processo pode levar à própria anulação do sistema jurídico, uma vez que, quando os direitos se multiplicam, multiplicam-se na mesma proporção as obrigações; e estas, ao multiplicarem os créditos, multiplicam igualmente os deveres, formando um círculo vicioso, cuja continuidade culminaria na absurda situação de existirem apenas devedores, todos sem direito algum.”*⁵⁹⁴

Há, então, os que se perguntam: afinal, não haverá limites para a abrangência da lei? Como colocou MANÃS:

*“¿Acaso puede el derecho invadir todos los rincones de la vida ? ¿Es que no hay nada que le sea ajeno? Debemos resignarnos a quedar atrapados em la jaula de hierro de una omnipresente e invasiva dimensión jurídica? Em uma law-satured society, ¿ hasta donde puede llegar el derecho em nuestras vidas?”*⁵⁹⁵

Segundo TEUBNER, a lei como instrumento de controle do estado de bem-estar social (*welfare state*) teve à sua disposição o tipo de racionalidade e de organização que não se mostraram totalmente apropriadas para as estruturas sociais reais (life-world) das áreas às quais a lei impôs-se⁵⁹⁶. Essa inadequação evidencia o limite até onde poderia ir a lei. TEUBNER, o qual se destaca como um dos grandes teorizadores da questão, afirma que o limite do crescimento do ordenamento jurídico fica *evidenciado* quando certas inadequações são observadas *factualmente*. A observável inefetividade evidenciaria que a lei ultrapassou sua possibilidade de alcance, pois as estruturas próprias da área da realidade ou impedem que a lei a acesse, ou, se acessando, são estranguladas pela imposição legal. Ou seja, a efetividade da lei, sob o signo intervencionista do Estado-social, implica o sacrifício das estruturas sociais tradicionais. A norma não estaria meramente intermediando conflitos, mas efetivamente procurando substituir a estrutura social, causando um dos dois efeitos indetificados por Teubner em sua teoria do “trilema regulatório”: *“Every regulatory intervention which goes beyond these limits is either irrelevant or produces disintegrating effects on the social area of life or else disintegrating effects on regulatory law itself.”*⁵⁹⁷ ATIENZA, reforçando essa

⁵⁹⁴ FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira, *Reforma Constitucional em Período De Globalização Econômica*. Revista de Direito da USP, ob.cit. pgs.258.

⁵⁹⁵ MANÃS, José Luis Piñar, Prólogo, pg 9, IN: RODOTÁ, Stefano. *Lavida y las reglas: Entre el derecho y el no derecho*. Traducción Andreas Greppi, Madrid: Editorial Trotta, Fundación Alfonso Martin Escudero, 2010.

⁵⁹⁶ TEUBNER, Gunther. *Judification of Social Spheres...* ob.cit., pg 3e 4.

⁵⁹⁷ TEUBNER, Gunther, idem., pg 21.

questão, descreve em melhores palavras tal “trilema” do que poderíamos colocar:

“O se produce uma indiferencia recíproca entre Derecho y sociedade, o se desintegra la sociedade por parte del Derecho, o se desintegra el Derecho por parte de la sociedade. La solución para escapar de este trilema no puede venir, según TEUBNER, ni de las teorías de la implementación, ni de las propuestas de desregulación (HAYEK), sino a través de lo que él llama el control de la autorregulación, esto es, la regulación jurídica de la autorregulación social, la inserción dentro del Derecho de momentos reflexivos”.⁵⁹⁸

Uma resposta apressada ao problema da expansão da legislação seria talvez simplesmente indicar em voltarmos pelo caminho que viemos: diminuam-se as leis! Todavia, meramente advogar pela “desregulamentação” mostra-se uma abordagem “ingênua”, entende TEUBER, pois não expressa nem a *profundidade* e nem a *amplitude* do fenômeno. Na verdade, limita epistemologicamente a abordagem à lei *posta* novamente, reproduzindo o mesmo movimento circular e autorreferencial. Um primeiro passo seria deslizar o enfoque da mera “quantidade” de normas para a verificação da sua “qualidade”.⁵⁹⁹

“The second conclusion to be drawn is that – despite political formulae such as deregulation – delegalization cannot be seriously considered as a counter-strategy. If it is correct that juridification in the welfare state is part of an epoch-making thrust of development then it cannot be reversed by mere political decision, let alone by an isolated decision about more law or less law. The “the flood of norms” cannot be stemmed by dykes and dams; at best it can be channeled.”⁶⁰⁰

Um ponto crítico que se levanta é que, *vis-à-vis* o processo da inefetividade da lei, crescem as demandas por uma governança integrada para a solução dos chamados “problemas sociais complexos”: problemas sociais que resultam do entrelaçamento de várias dimensões da realidade, demandando respostas multidisciplinares, multifocais e empiricamente controláveis. Entre tais problemas, encaixam-se muitas das questões concernentes aos direitos sociais, como a questão da inserção econômica (pobreza).⁶⁰¹

Para tanto, optou-se por primeiramente colocar em evidência os pressupostos jusfilosóficos que fundamentaram o que WINTGES caracterizou como Legalismo Forte, para então retornarmos à *dimensão pragmática*, desenvolvida sob a metodologia da Legística, a qual

⁵⁹⁸ ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la Legislación*. Cuadernos Civitas: Espanha, 1997, pg 50

⁵⁹⁹ “Yet it still seems too narrow approach to concentrate on the expansion of legal material, on the extension and intensification of law. The current criticism of juridification processes under the general heading “flood of norms” scarcely seems an appropriate starting point because it limits the discussion in several respects. The terms “flood of norms” merely stresses the quantitative aspect of the increase in legal material – a problem which could certainly be combatted by technical improvements in legislation. In fact, qualitative aspects are more important: what changes in the content of legal structures has the (alleged?) crisis of juridification brought about?”. TEUBNER, Gunther, ob. cit., pg 7.

⁶⁰⁰ TEUBNER, Gunther, *Juridification....* ob.cit., pg 12.

⁶⁰¹ MARQUES, Rui. *Governança integrada: uma resposta à era da complexidade*. pgs. 13-28, IN: FERRAZ, David; MARQUES, Rui (org). *Governança Integrada e Administração Pública*. Lisboa: INA Editora, 2015, pg. 14.

visa recuperar e aperfeiçoar a efetividade da norma. Essa apresentação já constitui em si uma aplicação da razão prática aristotélica, que submete a práxis à teoria e aos fins fundamentais, como se verá adiante.

1.2.Giro de perspectiva: do Positivismo à Legisprudência.

1.2.1 Reabilitando a Razão Prática.

Uma rápida vista d'olhos no histórico da ciência jurídica moderna não poderá deixar de notar que toda ela tem em vista a norma já formalizada. O que ocorre antes da formalização legal é visto pelos juristas como um assunto exclusivo da seara política. Tendo por base o Ordenamento, a jurisprudência historicamente tem se debatido sobre como aproximar a lei da situação concreta de forma a atingir a decisão justa. “*A produção das normas nunca foi uma preocupação central da ciência jurídica e, conseqüentemente, teve apenas um papel marginal na formação dos juristas.*”⁶⁰²

Mas, e se ao invés de termos diante de nós a norma como plataforma para alcançarmos a “decisão justa”, fosse o próprio fato concreto a ser “julgado”, de forma a indicar qual a melhor abordagem a ser dada pelo Estado? Essa é a proposta da Legisprudência: pular por sobre a lei *posta* e ir diretamente ao nascedouro da norma, no momento no qual o legislador tem diante de si o *fato concreto*. Para tanto, WINTGENS amplia o enfoque sobre os legisladores, apontando que além de serem atores políticos os mesmos desempenham um papel jurídico-legal, podendo, a partir daí, justificar o dever do Estado em proceder à avaliação prospectiva (*ex ante*) dos efeitos concretos das normas.

Enquanto o juiz está submetido às normas para emitir seu julgamento e limitada a sua ação na esfera dos indivíduos pelo princípio jurisdicional da inércia, o legislador goza de muito maior liberdade para decidir sobre a liberdade dos indivíduos. Diferentemente do juiz, o legislador não é obrigado a motivar suas decisões, e cada vez menos tem-se o controle sobre os reais motivos que inspiram as normas. Os mesmos princípios que informam a *prudência* a ser considerada pela decisão judicial (jus-*prudência*), também deveria ser estendida à decisão legislativa, constituindo a base a partir da qual emergem os princípios da *legis-prudência* que conformarão a obrigação de *justificação* da decisão legislativa.

“The term ‘legisprudence’, as I have developed it, is in essence a reframing of the term ‘jurisprudence’. Jurisprudence is generally taken to mean legal theory or philosophy of law.

⁶⁰² MADER, Luzius. *Avaliação legislativa: uma nova abordagem do Direito*. Legislação nº1, abril-junho, 1991, pg 39.

The basic issue of jurisprudence is to provide theoretical insights into judge's dealing with law, the possibilities, and limitations of science of law, and so on. The latter is mainly conceived of as legal dogmatics. From broader point of view, it also includes philosophical questions, like 'the nature of the law', the relationship between law and morality, and so on."⁶⁰³

Legisprudência consiste na teoria legal que tem como enfoque a “criação racional da legislação e da regulação”⁶⁰⁴, abrindo caminho para o resgate do papel da razão prática para tanto. A aplicação da razão prática se daria, assim, por todo o processo de criação de uma nova lei. Enquanto o juiz está confinado, *prima facie*, à racionalidade lógica e matematizante, à subsunção, à bidimensionalidade legal/ilegal⁶⁰⁵; o legislador tem diante de si apenas o fato bruto, sem intermediações, estando apenas submetido – posteriormente - aos princípios constitucionais mais gerais e, formalmente, ao rito do processo legislativo. Como enfatiza SOARES: “a escolha do conteúdo da lei é um momento de máxima discricionariedade dentre as funções estatais.”⁶⁰⁶ Do que não se depreende que possa tal discricionariedade ser exercida sem justificação.

Entretanto, em que pese a “máxima discricionariedade” que pauta a decisão legislativa, a ciência jurídica tradicionalmente exclui de seu objeto de estudo a criação das normas e o universo de questões que tal alargamento de perspectiva atrairia. Tal enfoque restritivo atinge seu ponto máximo com a *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen (1934), fundamentando a moldura epistemológica de rígida separação de outras ciências, delimitando o objeto da Ciência do Direito ao direito positivo. Kelsen separa as dimensões da *validade* e da *eficácia* da norma, levando à ciência jurídica focalizar a primeira⁶⁰⁷. Todavia, questões concernentes à efetividade das normas não se “encaixam” dentro da presente teoria legal, necessitando de uma sistematização para sua análise.

Salvo melhor juízo, o modelo jurídico puro kelseniano já não corresponde às necessidades sociais, ao mesmo tempo em que se tem, por reprovável, levantar bandeiras extremistas desacreditando-se as instituições, os sistemas jurídicos e idealizando-se sociedades perfeitas à margem do concretamente possível e, mesmo, do legal-instituído que se faz substituir por fetiches ideológicos e manipuladores da real vontade popular.

Por tal motivo, a Legisprudência coloca em evidência a estrutura “familiar” da ciência jurídica para então sublinhar a indevida exclusão da decisão legislativa das considerações legais,

⁶⁰³ WINTGENS, Luc. ob .cit. pg.231.

⁶⁰⁴ WINTGENS, Luc. Idem. pg 1.

⁶⁰⁵ TEUBNER, Gunther. *O Direito como* ob.cit.,

⁶⁰⁶ SOARES, Fabiana de Menezes. *Legística E Desenvolvimento...* ob. cit. pg. 130.

⁶⁰⁷ KELSEN reconhece a necessidade de alguma eficácia para a norma ser válida, todavia, o estudo da eficácia em si é excluída da sistematização de sua teoria, por conta da lógica da “pureza” da demarcação do objeto do Direito, daí o tratamento secundário dado à efetividade. KELSEN, Hans. *Teoria Pura...* ob.cit. pgs 11 e ss.

senão, vejamos:

Um aspecto da visão tradicional da ciência jurídica consiste na limitação de seu objeto à lei posta (*lege lata*). Os processos que ocorrem antes da lei entrar em vigor (*lege ferenda*) são desprezados. A distinção entre lei *de lege lata* e *de lege ferenda* implica a separação entre a ciência jurídica da política e da moral, metodologia propositadamente adotada de forma a dar a pretendida cientificidade e objetividade ao estudo da lei, revelando sua inspiração positivista. Sob tal estruturação, o legalismo e o positivismo determinam tanto o *objeto* quanto a *metodologia* do estudo científico do Direito⁶⁰⁸. Segundo aspecto refere-se ao Ordenamento como um sistema, onde as normas inferiores retiram sua validade nas normas hierarquicamente superiores. A validade legal é o suficiente para a norma ser parte integrante do sistema.

O segundo aspecto leva à terceira característica que WINTGENS procura sublinhar: a coincidência entre legitimidade e validade. Uma vez que a norma tenha entrado no sistema jurídico e esteja em concordância com as normas hierarquicamente superiores (validade), torna-se quase impossível questionar sua aplicabilidade. As mesmas normas do sistema jurídico também são as que conferem poder para a criação de novas normas, e, enquanto essas últimas estiverem em concordância com as normas hierarquicamente superiores, tem-se por válidas/legítimas as normas entrantes no Ordenamento.

“More specifically, norms created on the basis of hierarchically higher norms are formally valid and internally legitimate, while the legal system composed of these norms is itself externally legitimate.”⁶⁰⁹

Esse círculo fecha-se na fonte de sustentação da alegada legitimidade de todo o sistema: o consentimento político expresso nas eleições que revestem os representantes escolhidos do poder de emitir normas. Essa sistemática tem por base a teoria do *contrato social*, que estabelece a legitimidade do Estado a partir de um consentimento inicial hipotético. O estabelecimento do Estado implica também na distribuição do exercício do poder a qual é comumente realizada através da separação dos três Poderes, onde o Parlamento cria a lei, O Executivo a aplica e o Judiciário a faz cumprir. Tudo isso, por sua vez, expressa a ideia de Estado de Direito, ou seja, o poder sendo exercido unicamente através da lei. A ciência jurídica, portanto, cuida da aplicação da lei pelos juízes tendo por pressuposto a racionalidade da lei e sua submissão à divisão dos Poderes⁶¹⁰.

Ocorre que no presente estado de coisas tanto a racionalidade quanto a legitimidade da

⁶⁰⁸ WINTGENS, Luc. J. *The Rational Legislator Revisited: Bounded Rationality and Legisprudence*. p.2. IN: OLIVER-LALANA, A. Daniel; WINTGENS, Luc J. (org.). *The Rationality and Justification of Legislation – Essays in Legisprudence*. Switzerland: Springer, 2013

⁶⁰⁹ WINTGENS, Luc. J. *idem*, p.2.

⁶¹⁰ WINTGENS, Luc. J. *ibidem*. pgs.2 e 3.

lei tem sido questionadas pelos efeitos concretos já destacados no decorrer do presente trabalho.

1.2.2. Razão Prática em Aristóteles.

A “Razão Prática” constitui aquela a ser exercida efetivamente para a “escolha legislativa” - definição do conteúdo da lei de *lege ferenda* – por se tratar a razão que toma o *fato concreto* em sua integralidade e diretamente, ao contrário da racionalidade lógico-formal exercida pelo magistrado. Posto que WINTGENS não fornece o conceito de “razão prática” em sua obra, deve-se aqui esclarecer no que ela consiste e seu fundamento filosófico.

A “reabilitação da razão prática” consiste no desdobramento das pesquisas filosóficas que buscam restaurar a importância daquela racionalidade, tendo iniciada por Gadamer com sua obra *Warheit und Methode* (1960).⁶¹¹ Por conseguinte, isso implica um “retorno a Aristóteles”.⁶¹² Em Aristóteles a filosofia prática encontra-se em suas duas Éticas (a *Nicomaco* e a *Eudemo*), e na sua filosofia política, de forma que para o estagirita a filosofia prática consistia numa verdadeira “ciência política”.⁶¹³

Primeiramente, teoria e *práxis* inserem-se em dois tipos de *categorias* – no sentido aristotélico – ambas consistem num tipo de fazer, mas duas ações com funções e características que revelam naturezas muito diferentes. O que Aristóteles chama de “ação”, divide-se em duas grandes modalidades: a *ação perfeita* e a *ação imperfeita*.

De fato, a ação perfeita, definida por Aristóteles como a ação que é *um fim em si mesma* e que, por isso, deve ser chamada atividade ou ato, é ilustrada por exemplos como o *ver*, o *conhecer*, o *pensar*, constituindo essas “teoria”. A ação imperfeita, por seu lado, definida como a ação que não tem fim em si mesma, mas em algo diverso de si, e que por isso deve ser chamada de mudança ou movimento, é ilustrada por exemplos como o aprender, o curar, o caminhar, o construir, que são casos daquilo que nós chamamos *práxis*. Assim: “a fundamental diferença entre teoria e *práxis*, segundo Aristóteles, é portanto esta: a teoria é uma ação que já é ela mesma um fim, a forma que se deseja realizar, a *práxis*, em contraste, é uma ação que visa à realização de um fim ou de uma forma diferente de si mesma, sendo por isso mudança de

⁶¹¹BERTI, Enrico. *Novos Estudos Aristotélicos – Filosofia Prática*. Vol III, Trad. Élcio de Gusmão Verçosa Filho, São Paulo: Edições Loyola, 2014.

⁶¹²Sobre a importância fundamental de Aristóteles para toda filosofia, e, no caso, para a filosofia prática, BERTI explica: “Aristóteles é o autor ou codificador no sentido técnico de quase todas as distinções conceituais que estão na base da linguagem filosófica, e mesmo não filosófica, da cultura ocidental. A propósito da relação entre teoria e *práxis*, ele é o primeiro pensador a definir tecnicamente a distinção entre os dois tipos de atividade.” BERTI, Enrico. *idem*, pgs. 12-13.

⁶¹³BERTI, Enrico. *ibidem*, pg. 9.

forma ou transformação.”⁶¹⁴

Isso implica uma hierarquia de valores, de forma que é em vista da teoria que se julga a prática. Por outro lado, a teoria emerge de uma atividade racional íntegra do ser humano, que envolve todo seu ser e o “reto desejo”.

A teoria consiste num tipo de ação, como o exercício da ciência, da inteligência e da sabedoria, tendo em vista a transformação do próprio homem, atualizando sua forma de ser, estando ligada à ética aristotélica, ou seja, a capacidade de agir e raciocinar de acordo com a justa razão e controle dos apetites. Por sua vez, a *práxis* tem em vista a transformação das coisas das quais o homem depende, tendo em vista um fim. Aqui fica clara a hierarquia de valores entre elas, dado que o homem, como fim, é superior aos meios. Todavia, ainda que a teoria seja causa da *práxis*, Aristóteles coloca que sem a *práxis* também não haveria teoria, no sentido de que é o conhecimento prático que visa imediatamente as necessidades do ser humano, de forma que apenas uma vez estando tais necessidades satisfeitas pode o ser humano voltar-se para a filosofia e as ciências. Desta forma, em Aristóteles teoria e prática encontram-se interligadas e harmonizadas. BERTI ressalta que essa relação harmoniosa e de mútua interdependência entre teoria e *práxis* não se manteve na filosofia posterior, antes, teria desaguado num antagonismo.⁶¹⁵

Razão prática abrange dois sentidos para Aristóteles, ou “duas faculdades da razão”: de um lado a ciência política, ligada a dimensão ética, e a segunda a sabedoria ou prudência.⁶¹⁶

A razão prática aparece na classificação das “virtudes dianoéticas”, contidas em seu *Ética a*

⁶¹⁴ BERTI, Enrico, ob.cit.,pg. 13.

⁶¹⁵“A contraposição se delineou desde o tempo de Aristóteles na Academia platônica, através da distinção entre três gêneros de vida, a vida teórica, a vida política e a vida dedicada ao ganho ou ao prazer, e a conseqüente disputa em torno do primado de um ou de outro desses gêneros (...). O conflito emerge logo depois de Aristóteles, no próprio interior da sua escola, onde Teofrasto se coloca como defensor da vida teórica contraposta à vida prático-política, e Dicearco assume a defesa do primado da vida prática-política em contraposição a vida teórica. Ele continua na cultura romana, onde em geral prevalece o primado da vida prática – pense-se no pragmatismo de um Cícero – e na cultura do cristianismo primitivo, onde, ao invés, prevalece o primado da vida teórica ou contemplativa – pense-se no episódio evangélico de Marta e Maria ou no ideal do monasticismo, especialmente oriental. A Idade Média, caracterizada por uma visão teocêntrica da realidade, mostra-se em geral favorável ao primado da contemplação, enquanto com a Idade Moderna se dá uma virada de perspectiva e o primado passa definitivamente para ação. (...) Ao ideal do domínio do homem sobre a natureza, do assim, regnum hominis contraposto ao regnum Dei, perseguido primeiro – no século XVI – por meio da magia e depois – desde o início do século XVII – por meio da nova ciência, está ligada a afirmação do primado da praxis sobre a teoria, destinada a caracterizar toda a cultura e toda a filosofia modernas. As mais claras e mais conhecidas formulações deste ideal podem ser encontradas nos dois maiores porta-vozes do pensamento moderno, Francis Bacon e Rene Descartes. (...) A exaltação mais completa do primado da praxis sobre a teoria, culminando na total subordinação da teoria à praxis, cujo lema pode ser buscado na reformulação realizada pelo Fausto goethiano do prólogo do evangelho de João (no princípio era a ação) tem lugar com o iluminismo e atinge seu ápice em Marx, que, não obstante, também neste caso, se revela ao mesmo tempo o último resultado e o momento de crise do pensamento burguês.” BERTI, Enrico. idem, pgs.18-20

⁶¹⁶ Para Aristóteles, o estatuto epistemológico da ciência política não se apresenta rigoroso como o das ciências teóricas, como a matemática e a física, além disso, a ciência política requer uma “experiência de vida”, pois ela tem por fim a ação e não um conhecimento em si mesmo.

Nicomaco. Nele, o filósofo identifica duas diferentes capacidades na parte racional da alma humana: “aquela com a qual consideramos os entes tais que os seus princípios não podem ser de modo diferentes [do que são]”, e aquela com a qual consideramos “os entes que podem ser diversamente”. A primeira parte é a científica, aquela que apreende a verdade e os entes tais como eles *são*, a segunda constitui a parte “calculadora”, ou “deliberativa” ou ainda “opinativa”. Essa última, com base na percepção da realidade – ou seja, dos entes e dos princípios - “calcula” a potencialidade de ação dos entes.⁶¹⁷

A mesma distinção entre a parte científica e a parte calculadora da alma é retomada também como distinção entre “razão teórica” e “razão prática”. A primeira tem como objetivo a verdade pura e simples, enquanto a segunda tem como finalidade a “verdade prática”, isto é, a “verdade em acordo com um desejo reto” com vistas a um cálculo correto dos meios necessários para atingir um fim bom.⁶¹⁸ BERTI⁶¹⁹ explica que essa distinção também aparece, embora em outros termos, no livro III do *De anima*, onde Aristóteles distingue a parte calculadora da alma do “intelecto teórico”, afirmando que este último não pensa nada de praticável, ao passo que a primeira “examina o que é praticável e por isso pode comandar fazer ou evitar algo, permanecendo, porém, subentendido que o que o move é o desejo”.⁶²⁰ Portanto, para o exercício da razão prática requer-se o desenvolvimento das virtudes, em particular a da *prudência*:

“Passando, no livro VI da *Ética* a Nicômaco, à enumeração das “virtudes dianoéticas”, vale dizer, dos melhores hábitos (diríamos, das perfeições, das excelências) da razão, aqueles por meio dos quais ela atine a verdade, seja teórica, seja prática, Aristóteles indica a “ciência”, a “inteligência” e a “sabedoria”, equivalentes respectivamente à demonstração a partir dos princípios, ao conhecimento dos princípios e a síntese de ambos, como hábitos da primeira parte da razão, a científica e a teórica, e a “prudência” e a “arte”, correspondentes respectivamente à capacidade de calcular os meios apropriados a um fim bom e a capacidade de produzir algo do melhor modo, como hábitos da segunda parte da razão, a calculadora ou a prática.”⁶²¹

BERTI afirma que para Aristóteles tanto a razão prática propriamente dita, quanto a ciência política seriam normativas, mas em sentidos diferentes, na medida que essa indica o fim último de toda uma vida, sendo assim “orientadora”, enquanto a primeira é normatividade do caso particular, logo, “prescritiva”. Com efeito, para Aristóteles a razão prática não é um conhecimento puramente empírico, ou observacional, mas implica também uma dimensão

⁶¹⁷ BERTI, Enrico, ob.cit., pgs32-33.

⁶¹⁸ ARISTÓTELES, *Ética a Nicomaco*, 1139 a 26-36.

⁶¹⁹ BERTI, Enrico, idem,pg. 34.

⁶²⁰ ARISTÓTELES, *De anima*, III, 9, 432b 26-433 a 8.

⁶²¹ BERTI, Enrico, ibidem, pg. 34.

valorativa, logo, racional, consistindo na capacidade de discernir entre o bem verdadeiro do bem aparente.

“(…) também em relação a toda a vida [Bioç] o conhecimento dele [isto é, do bem] tem um grande peso e, como [ocorre com] os arqueiros, uma meta nos ajudará a identificar o que devemos fazer”

(…)

“a ciência política se serve das outras ciências e legifera sobre o que se deve fazer e o que se deve evitar, por isso o seu fim abarca os fins das outras ciências, e ele será o bem do homem”⁶²²

Busca-se, assim, pela análise das coisas, discernir o melhor caminho para o atingimento de um fim que é bom. Uma vez que esse caminho se mostra claro, ele se torna prescritivo, e em certa medida, normativo.⁶²³

1.3. Reavaliando a Legitimidade estatal na invasão da liberdade: revendo o contrato social e o conceito de soberania.

Como vistos, a racionalidade da razão prática não se adequa diferencia-se da racionalidade dedutiva-formal do Positivismo. Aquela é analítica-material, multifocal e ancorada na realidade, enquanto essa é analítica-formal e hierarquizada, submetida ao conjunto normativo já posto, alheio à onticidade da realidade.

WINTGENS compreende que para criar uma teoria que exponha os deveres de justificação racional da decisão legislativa, faz-se necessário primeiramente “romper” com a gaiola que impede o exercício da razão prática pelo legislador. Intui que tal limitação epistemológica deriva das bases filosóficas que sustentam a prerrogativa da criação legal pelo Estado: a soberania conforme entendida pela teoria do contrato social.

Como já mencionado, ciência jurídica tradicionalmente exclui de seu objeto de estudo a criação das normas. Para tanto, baseia-se numa teoria que identifica na *formalização* da lei,

⁶²² ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, 1094a 23-33.

⁶²³“A este propósito talvez seja o caso de distinguir mais uma vez filosofia prática e razão prática. A primeira tem por objeto, como vimos, o bem do homem e o fim último de toda a vida, identificando-o com a plena realização do próprio homem, da sua “natureza”. Como tal, ela pode ser também constituída por juízos analíticos, não analítico-formais, isto é, baseados sobre uma simples tautologia (do tipo homem solteiro não casado), mas analítico-materiais, isto é, juízos baseados na efetiva implicação entre conceitos diferentes (do tipo o homem é um animal racional), dos quais é possível extrair também indicações de tipo prático. A definição de natureza humana, da função própria do homem, da perfeição ou realização do seu ser implica, com efeito, materialmente a definição do fim, do bem humano. Por este motivo a filosofia prática, embora permanecendo uma forma de conhecimento, pode também ser prescritiva. A razão prática, de seu lado, é certamente cognitiva, no sentido de que se sabe calcular exatamente, a partir do fim, quais são os meios mais idôneos para realiza-lo, mediante um raciocínio que, como o próprio Aristoteles observa, se assemelha à análise geométrica. Todavia, considerando que em todo caso ela pressupõe que o fim, do qual se deduzem os meios, é bom, pois de outro modo não haveria mais razão prática, isto é, prudência (...) mas simples astúcia (...)” BERTI, Enrico., ob.cit.,pgs. 42-43.

mediante a obediência ao rito do processo legislativo, seu critério *legitimador*. A legalidade formalista, aponta WINTGENS, determina o *status* ontológico da lei, imantando o processo de formalização com a própria legitimidade, excluindo, portanto, da esfera da ciência do Direito os pressupostos de fato e valor que fundamentaram o surgimento da norma. Tal sistemática tem demonstrado seu esgotamento, como ressalta SOARES:

“um positivismo jurídico que anule a exigência de conhecer e discutir os fundamentos, que atribua à ciência uma função meramente cognoscitiva do direito posto, só é possível considerando que valha a sua premissa de autoridade soberana, fonte exclusiva. Porém estas, pretensões têm seu sentido esvaziado diante de circunstâncias históricas de desfazimento ou enfraquecimento da soberania.”⁶²⁴

WINTGENS reavalia conceito de soberania, de forma a influenciar a operacionalização da prerrogativa legislativa, dado que esta se fundamenta naquela. Para tanto, inicia por trazer à superfície os pressupostos metafísicos do que ele chama de Legalismo Forte (*Strong Legalism*):

1.2.3.1. Raízes metafísicas do “Legalismo Forte”.

O Legalismo, segundo SCHLAR, consiste na postura ética que toma por coincidentes a moral e a lei, em suas palavras: “*a ethical attitude that holds moral conduct to be a matter of rule following and moral relationship to consist of duties and rights determined by rules*”.⁶²⁵ Costumeiramente aponta-se o Capitalismo como fonte inspiradora do Legalismo: a organização racional do trabalho necessitaria de um sistema normativo e institucional estável e previsível para florescer. Todavia, WINTGENS demonstra que o Legalismo não é uma “invenção da Modernidade”, antes, trata-se de um *conceito metafísico* originado na Idade Média, especificamente do Nominalismo.⁶²⁶

O Nominalismo, quanto filosofia metafísica, trataria de palavras e discurso, enquanto que sua filosofia rival, o realismo medieval, trataria das coisas em *si mesmas*. A diferença entre elas se daria na compreensão do acesso às coisas: enquanto para o nominalismo tal acesso é mediado pelos conceitos – logo, pelas palavras - para o realismo teríamos acesso direto à realidade, às coisas mesmas.

A possibilidade ou impossibilidade de acesso ao mundo cria duas molduras

⁶²⁴ SOARES, Fabiana de Menezes. *Teoria da Legislação: formação e conhecimento da lei na idade tecnológica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 131.

⁶²⁵ SCHKLAR, 1986, pg 1, APUD WINTGENS, Luc J. *Legisprudence*, pg.9.

⁶²⁶ WINTGENS, Luc J. ob.cit.,pg.9.

epistemológicas para a compreensão de acesso ao *conhecimento* de Deus e à existência ou não de uma *ordem* natural. Para os realistas, Deus se faz conhecer por sua *lex aeterna* que exprime a ordem do mundo, e, pela Revelação nas Escrituras, expressa em sua *lex divina*. O conhecimento direto da realidade concreta, portanto, constitui fonte de conhecimento do próprio Deus. Pela ordem natural revelar-se-ia o caráter de Deus, devendo-se compreender e interpretar as Escrituras ao interno dessa moldura. Conseqüentemente, a ação divina estaria “submetida” à Sua própria criação. Já o Nominalismo desloca sua atenção da compreensão da “verdade lá fora” para o “como isso pode ser conhecido” pelo ser humano, com base numa postura crítica da razão humana, de forma a concluir pela negação do acesso à realidade. Entre suas críticas, está a negação do *status* ontológico da *essência* aristotélica. Okham aplica um raciocínio lógico – e não ontológico - em sua interpretação do princípio da “não-contradição”. O *status* dos “entes” não mais adviriam da ontologia, da realidade, mas de um argumento lógico, logo, identificando-os epistemologicamente com pura criação mental.

Essa “radicalização lógica” empreendida por Okham traz implicações na compreensão de Deus e de Seu relacionamento com a criação. Se a criação não é mais pautada por uma ordem cujo *status* ontológico repousa na realidade, mas tal ordem é apenas uma criação mental, então, Deus estaria totalmente livre para criar, pois não haveria uma ordem à qual Ele estaria “submetido”. A partir desse momento a *vontade* de Deus passa a ser a fonte da realidade, não mais Sua sabedoria.

“Under Ockham’s logical method, God’s radical simplicity and the fact that it is impossible for universals to exist are two sides of a coin. Because in God everything is equally perfect and simple, he is not the source of universals the he first conceives before creating individuals (Scotus). Nor is his intellect the locus within himself where he finds the eternal form of the things he is doing to create (Aquinas). Aquina’s God binds his power upon his own decision to a potential ordinate. Ockham on his turn more strongly emphasizes will as autonomous power”.⁶²⁷

A compreensão da Onipotência divina demarcava igualmente a cognição humana. Pela razão, o ser humano é capaz de descobrir a ordem em si e na realidade, podendo, assim, participar ativamente da *lex aeterna*. Todavia, não havendo mais tal ordem e se a Onipotência divina obedeceria apenas um critério lógico de não-contradição, então a ordem da realidade e valores tornam-se igualmente válidos sob essa mesma perspectiva lógica⁶²⁸. Por outro lado, não sendo mais possível conhecer a Deus pela realidade natural, o canal de acesso a Deus restringe-

⁶²⁷ WINTGENS, ob.cit, pg. 26.

⁶²⁸ Wintgens aponta essa como a origem do *ceticismo* (ob.cit. pg.28).

se: apenas as Escrituras exerceriam o papel de ponte entre Deus e o homem⁶²⁹. A separação cognitiva entre sujeito e objeto altera o cenário a ser tomado como referência para o julgamento da ação pelo agente, com implicações para a noção de *normatividade*:

“(...)Ockham suggests a more radical interpretation which argues that normativity can only be a result of will or command. Because God can only create individuals, they do not share a common nature as a source of normativity. The individuals therefore no longer find in nature his *causa finalis*, because this no longer exists. Creation, that is, is uncaused in this sense, and does not therefore require a pre-existing model. In this respect, the separation of subject and object in cognition has a rigorous parallel in action. Universals, under a realistic ontology contain the normativity pattern that rational beings are to realize as their *causa finalis*. According to the nominalist interpretation of God’s omnipotence, normativity no longer belongs to reality where it can be observed.”⁶³⁰

Dessa abordagem emerge uma nova moral cujo conteúdo se restringe ao cumprimento formal do mandamento, voltada prioritariamente à modulação das condutas exteriores. Antes, o cumprimento do mandamento se fazia à luz da *causa finalis* que o justificava, agora essa referência contextual não mais existe. No lugar do cumprimento e desenvolvimento das virtudes (Aristóteles) tem-se o comando deôntico “legal/ilegal” como critério de verificação da moral. “*Law as a command is imposed upon the creature’s freedom, and the essence of morality; that is, law undergoes a ‘moralisation’*”.

Além do revestimento moral do comando, o relacionamento legal do indivíduo sofre uma verticalização. A “lei” transforma-se em “comando”, e esse comando implica um *relacionamento vertical* com um superior ao qual se deve obediência⁶³¹, cuja liberdade em impor sua vontade é ilimitada. Tal verticalidade levanta um problema de legitimidade que mais tarde se tentará elidir no *contrato social*.

A metafísica nominalista da obrigação é herdada por Suarez, Hobbes, Pufendorf e Kant. Hobbes será o primeiro a claramente traçar as consequências do nominalismo com a política. No estado de natureza hobbesiano, a liberdade humana coincide com sua vontade soberana, sem limitações externas além da liberdade dos outros indivíduos; todavia, como tal implicaria um estado perpétuo de guerra entre os indivíduos, surge a necessidade de uma

⁶²⁹ Por tal razão, WINTGENS compreende o Protestantismo como um fruto do Nominalismo. Ob.cit, pg.11.

⁶³⁰ WINTGENS, idem, pg. 31.

⁶³¹ “Commands links norms with freedom, and at the same time determined moral action. Legal thinking undergoes an important shift within this new constellation. Michel Villey in his studies on Roman law and legal obligation has repeatedly argued that law is an object (*id quod justum est*) and creates a relationship between the creditor and the debtor. It is a horizontal obligation between two individuals according to objective law. The *vinculum juris* extinguishes once the debt is paid, thing given or the action performed. Following the transformation of law into a command, the horizontal obligation is supplemented with, or made dependent upon, the vertical obligation that comes to a submission to the will of the superior. In that respect, the moral obligation to obey the law precedes the creation of legal obligations based on the will of agents. The vertical obligation is of a moral nature since submission is an act of will. It is not extinguished with the fulfillment of legal duty; it is on the contrary a perpetually enduring obligation due to God, the natural law, or the State.” WINTGENS, ibidem,pg. 35.

instância superior que dirima os conflitos e mantenha a paz. Os indivíduos deverão submeter sua liberdade a um “soberano” que passará a regular as relações entre esses mesmos indivíduos. A regulação das liberdades se dará pela norma: nesse ponto o “soberano” assume filosoficamente o lugar de “Deus” como regulador da liberdade.

Além disso, as “leis da natureza” são semanticamente vazias, não se podendo extrair qualquer conteúdo delas. A “liberdade” desconectada de uma dimensão transcendental – a realidade, a natureza, etc. – a coloca como um problema a ser definido filosoficamente. Consequentemente, também o espaço político onde tal “liberdade” será exercida será tratado como uma construção racional-lógica.

Segundo Hobbes, o pacto só não poderia ser cumprido se ele desobedecesse às leis da natureza. Todavia, como já mencionado, as leis da natureza são “semanticamente vazias”, ficando na prática obstaculizada a análise sobre a validade ôntica do pacto social:

“The reason is not hard to find: the social contract is self-referential implementation of the theory of the covenant. As a contract of mutual trust according to the definition of the covenant, it is prima facie not permitted under laws of nature. Its object, however, is the ‘constitution of a civil power, sufficient to compel men to keep [their covenants]. The civil power thus constituted by the covenant has this power because simply *is* the power. As a self-referential implementation of the theory of covenant, the social contract is self-executing. In addition to being self-executing, it provides the missing premise in order for any covenant to be valid.”⁶³²

Já a teoria normativa de Pufendorf igualmente seria devedora do nominalismo: nela articula-se um mundo moral e normativamente vazio ou neutro com a vontade do ser humano. A “moral” não se discerne da realidade, mas seria também fruto exclusivo da razão, passando então a revestir a realidade como um vestido pela ação ativa humana. Consequentemente, também os espaços da vida humana são tratados como criações racionais.⁶³³ WINTGENS destaca a noção de “pessoa moral” em Pufendorf, que mediante a qual a vontade unificada de vários indivíduos se expressaria. A vontade da “pessoa moral” sobre outros indivíduos constituiria o exercício da *soberania*:

“Here the principle of legality gains its full weight. It provides the measure for the fulfillment of the obligation. Compliance with an externally imposed norm is the ultimate criterion according to which human action will be evaluated. The principle of legality, and its exclusive

⁶³² WINTGENS, ob.cit., pg. 49.

⁶³³ “*Entia moralia* are not natural things, in that they “do not arise from the intrinsic substantial principles of things, but are superadded to things already existent and physically complete...by the will of intelligent beings who alone determine their existence” (ibid:100-101). Since they are not natural, and emerge from the intellect in order to serve the distinctive perfection of human life (ibid.:100) they can be called ‘concepts’ in the nominalist sense. The latter qualifications fits their ‘super-imposition’, that is, imposed from outside on existing beings. They institutionalize human life in normative manner. Therefore, Pufendorf’s view is of complex puzzle involving the classification of persons into private, moral, public, sacred, political, and so on, (...)” WINTGENS, idem, pg. 51.

concern with external behavior, pre-echoes Kant's separation of law and morality, thus articulating the very essence of legalism.”⁶³⁴

A fundação do espaço político por Hobbes e Pufendorf resulta na estabelecimento do “Estado” como fruto de um comando divino. Já em Kant, tal se dá por um dever moral (imperativo categórico) estruturado como um dever universal, mas sem conteúdo concreto. A qualidade moral de uma ação, assim, não resulta de seu conteúdo moral *per se*, mas de um processo de universalização. A teoria kantiana, assim, conecta a liberdade com a lei. “Liberdade”, segundo Kant, corresponde à independência ou autonomia do indivíduo. A reconciliação desses indivíduos autônomos como átomos boiando no vazio se dará então pela lei. Individualismo, portanto, segundo WINTGENS, constituiria um fruto do nominalismo.⁶³⁵ Desta forma, três eixos fundem-se na construção do indivíduo autônomo: o epistemológico, o político e o moral.⁶³⁶

A Filosofia Política herda essa visão da realidade como criação da vontade, agora identificada com a “vontade geral” expressada pelo Parlamento. A posterior divisão entre Teologia e Filosofia encobriu a sua origem, fazendo-a parecer uma criação filosófica secular. Tal separação já se observa no próprio nominalismo, por seu movimento reflexivo consubstanciado na problematização da própria racionalidade humana.

1.2.3.2. Legalismo Forte

O legalismo forte resulta da moldura metafísica apontada, estabelecendo na figura do soberano a máxima discricionariedade do conteúdo da decisão legislativa. Politicamente, o poder legiferante apenas é limitado por aquilo que o próprio soberano estatui como normas obrigatórias que regem a *produção* de normas, sejam limitações formais constantes de normas de procedimento legislativo, sejam limitações de conteúdo que se encontram nas constituições dos Estados modernos. O Legalismo oferece apenas uma moldura na qual as regras receberão legitimidade para sua aplicação, mas não para a construção de seu *conteúdo*. Epistemologicamente, sob a luz do “legalismo forte”, o conteúdo mental revestido com a forma legal ganha status de representar uma parcela da própria realidade, passando a ser universalizável.

WINTGENS toma o Legalismo como uma “estratégia” que contorna a discussão racional do conteúdo normativo, com vistas à organização do espaço político, pautando-se pela

⁶³⁴ WINTGENS, ob.cit., pg. 51.

⁶³⁵ WINTGENS, idem, pg. 59.

⁶³⁶ WINTGENS, ibidem, pg. 173.

busca da “certeza” e da “segurança”. Esse movimento baseia-se também no que ele chama de “epistemologização da filosofia”, a qual toma problemas *práticos* e os transforma em problemas *teóricos*. Uma das consequências é a separação entre a lei e a Política, cuja limitação epistemológica conformará a ciência jurídica. “*Here as elsewhere, one recognises the strategic aspect that is operational in Strong legalism. The impossibility of making rational value judgments, hence the endlessness of political discussion, and the absence of any help from God, Nature or Reason, will be resolved in a strategic way. The strategy consists in presenting an ultimate or basic act of will in a cognitive dress: the social contract.*”⁶³⁷ Através dessa operação, validade e legitimidade fundem-se.

Esse processo transforma o indivíduo em “cidadão”, submetido agora à vontade do Estado, que emerge como expressão da vontade geral via representação parlamentar, extraindo daí sua legitimação. Dos desdobramentos de tal operacionalização uma nova sociedade emerge, pautada pela previsibilidade, transparência e certeza.

Duas são as implicações sobre a teoria jurídica: a primeira delas refere-se ao fato de que os critérios de validação do direito positivo sejam perquiridos dentro da própria esfera do ordenamento jurídico - consolidando a auto-referencialidade do Direito - ; a segunda, consiste na limitação da esfera de atuação de Poder Judiciário à aplicação das regras postas pelo legislador⁶³⁸.

1.2.4. Do Legalismo forte à Legisprudência:

Ponto a ser destacado a essa altura, é que WINTGENS separa radicalmente as esferas de *legitimidade* e *validade* em seu projeto de Legisprudência. Esse é o resultado mais palpável de seu trabalho de “desconstrução” das bases do Legalismo “forte”. No lugar de um contrato social onde o indivíduo entrega sua liberdade sem contrapartidas claras, redundando na quase ilimitada discricionariedade estatal, WINTGENS propõe uma leitura “aperfeiçoada” do contrato social, de forma a resgatar a liberdade originária como critério de legitimação da decisão legislativa. Enquanto no contrato social tal como desenhado por Hobbes e Rousseau o indivíduo “consente” em depor sua liberdade ao soberano, passando, a partir desse ponto, prestar obediência ao Estado e, por consequência, à toda e qualquer norma emitida por aquele; em WINTGENS a liberdade é recolocada como *Leitmotiv* do contrato social e da legitimidade

⁶³⁷ WINTGENS, ob.cit. pg. 144

⁶³⁸ BORGES, Clarissa Tatiana De Assunção. *Justificação Da Legislação Na Perspectiva Da Legisprudência: princípios de avaliação e controle da legislação*. Belo Horizonte: Universidade federal e Minas Gerais, 2011, pg. 49.

de toda ação estatal. A liberdade deixa de ser apenas o gatilho do contrato social para ser recolocada como sua base justificadora e avaliadora por todo o *cumprimento* do mesmo.

A entrada no estado social não poderia implicar a desistência total da liberdade de uma vez por todas, antes, a liberdade mantém-se e as normas só se justificam se através delas aquela for preservada e/ou aperfeiçoada. A liberdade é colocada como *principium* substantivamente justificante da ação legiferante, devendo à ela o legislador prestar deferência. Consequentemente, toda invasão na liberdade – ou seja, toda norma – vem imbuída do dever de justificação racional.

A razão a ser utilizada, como mencionado, é a *razão prática*, que se volta para a *situação concreta* para extrair dela os elementos justificadores. Nesse sentido, WINTGENS extrai os princípios que deverão pautar a decisão legislativa.

1.2.4.1. Princípios da Legisprudência.

Princípio de Coerência: WINTGENS diferencia consistência de coerência. A primeira relaciona-se fortemente com a racionalidade lógica. A segunda, refere-se à identificação entre a proposição normativa e a situação de fato. Normas podem ser consistentes entre si (ou seja, fazerem sentido logicamente), mas não serem *coerentes*, não fazerem sentido no *mundo*, podendo levar a uma contradição ontológica. Tal contradição dá origem às antinomias reais - que remetem para o próprio Legislativo sua efetiva resolução⁶³⁹ ou requerem a aplicação da razão prática por parte do juiz para a justiça do caso concreto - entre outros efeitos práticos contraditórios experienciados pelos destinatários da norma.

Princípio da Alteridade: Decorre diretamente da Liberdade como *Leitmotiv* do exercício do contrato social. Os indivíduos, reconhece-se, possuem previamente conceitos próprios de liberdade, e tais conceitos são exercitados mediante as relações sociais construídas por eles. A legislação deve justificar porque o conceito de conduta desenhado pela moldura da norma seria “melhor” que o conceito de conduta justa que o próprio indivíduo possui para sua própria circunstância. Ou seja, o Estado não possui *a priori* a legitimidade de impor um

⁶³⁹ “O reconhecimento desta lacuna não exclui a possibilidade de uma solução efetiva, quer por meios abrogatórios (edita-se nova norma que opta por uma das normas antinômicas), quer por meio de interpretação equitativa, recurso ao costume, à doutrina, a princípios gerais do direito, entre outros. O fato, porém, de que estas antinomias ditas reais sejam solúveis desta forma não exclui a antinomia, mesmo porque qualquer das soluções, ao nível da decisão judiciária, pode suprimi-la no caso concreto, mas não suprime a sua possibilidade no todo do ordenamento, inclusive no caso de edição de nova norma, que pode por pressuposição, eliminar uma antinomia e, ao mesmo tempo dar origem a outras. O reconhecimento de que há antinomias reais indica, por fim, que o direito não tem o caráter de sistema lógico-matemático, pois sistema pressupõe consistência, o que a presença da antinomia real exclui.” FERRAZ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994, pg. 206.

determinado modelo de conduta entre todos os modelos possíveis, especialmente quando se trata de uma limitação na liberdade. No entender de WINTGENS, apenas a falha na interação social abriria a possibilidade para a ação legislativa regulá-la – entendimento que coincide substantivamente com a proposta de TEUBER de “autorregulação controlada”⁶⁴⁰. Como consequência desse princípio, os cidadãos deixam de ser tomados como uma massa abstrata livremente modulável segundo os conceitos dos ocupantes do poder estatal do momento, para serem re-descobertos como indivíduos autônomos, históricos, com culturas e valores próprios que devem ser *considerados* pela legislação.

Princípio da Temporalidade: Considerar a temporalidade inerente à lei constitui uma necessidade para a manutenção da coerência do sistema normativo. A temporalidade da lei emerge por duas razões: a mudança do contexto social e a limitação do horizonte cognitivo do legislador que lhe impede de prever todos os efeitos eventualmente gerados pela lei no tempo. A absolutização da norma extinguiria, portanto, as justificações contexto-factuais que lhe imprimiam legitimidade, abrindo a possibilidade para a mesma ser desafiada judicialmente.

Princípio da Necessidade. A limitação da liberdade mediante a lei requer não só sua justificação, mas ainda que a mesma seja necessária. A aplicação desse princípio leva a que a justificação da limitação da liberdade se especifique: entre todas as alternativas possíveis que suficientemente solucionem o problema factual posto, aquela adotada necessita ser a menos invasiva. Essa abordagem abre a perspectiva de serem analisadas alternativas legais não-sancionatórias para a consecução do efeito social almejado. Esse princípio relaciona-se, *em certa medida*, com o já conhecido princípio da Proporcionalidade e com o princípio da Subsidiariedade, específico da Legística.

“There is neither a reason for Hobbes’s conceptual juncture of social space with political space nor a need for his connection of the construction of political space with law. If this is the case, then we face the deeper roots of strong legalism. Therefore law is not a priori needed to organize freedom and keep others at a distance. However, law can be called in when the interaction becomes a conflict that exceeds the agent’s ability to master. (...)Thus, the second aspect of the second layer of freedom indicates that law should act only as a subroutine. **Acting as a subroutine means that law should not a priori determine social relations at the price of destroying social interaction**, and with that, the construction and the maintenance of the identity of the agents. **On the contrary, law acting as a subroutine only interferes when interaction breaks down, that is, when the distance between agents risks becoming too narrow to allow them to act on conceptions of freedom.**⁶⁴¹ (sem grifos no original)

Considerando que a necessidade de intervenção normativa nasce de um problema determinado e que urge resolução, necessário se faz esclarecer que nem toda a intervenção

⁶⁴⁰ TEUBNER, Gunther. *O Direito ...* ob.cit., pgs 127 e ss.

⁶⁴¹ WINTGENS, Luc J. ob.cit., pg 1803-1804.

junto à sociedade deve ocorrer mediante a elaboração de uma nova lei. Muitas vezes, a não-interferência é mais eficiente do que a positivação jurídica, o que evita o excesso de normas no ordenamento pátrio. Assim, se houver alguma outra forma de ação que evite a produção de mais uma lei desnecessária no sistema legislativo, tal ato, que pode consignar na área administrativa, deve ser adotado, o que evita excesso de leis e dissipa, muitas vezes, eventuais confusões por parte do cidadão. Por conseguinte, assim como entende TEUBER, a autorregulação deve ser respeitada como princípio da Legislação⁶⁴², apenas a sua falha dá legitimidade para a ação da autoridade. Este também é o papel da Legística: filtrar o que deva ou não se tornar lei colocando como primeiro requisito a real necessidade para tanto.

1.3.Racionalidade Limitada do Legislador (*Bounded Rationality*).

Partindo ainda da posição meta-teórica, a Legisprudência coloca também em questão a implícita assunção de racionalidade ilimitada do Legislador. Legisladores são pessoas com capacidades cognitivas limitadas como as de qualquer pessoa. A capacidade de tomar decisões racionais serão determinadas pela coincidência entre os dados que *representam* o fato que atrai a ação legislativa e o fato em si. Por tal razão, WINTGENS sublinha que a racionalidade do agente é limitada pelo tempo, lugar e circunstâncias (*context-dependent*) tanto quanto pelas capacidades pessoas do agente (*agent-dependent*).

As reais condições sob as quais as decisões legislativas são tomadas revelam que não raro o problema em questão é tomado pelos legisladores em sua versão inicial, superficial, dada a dificuldade de tempo e atenção para a coleta de informações, fora outros eventuais motivos, como a influência de grupos de pressão.

A limitação da racionalidade do legislador quanto agente coloca também em questão limitação da capacidade do próprio Estado em determinar a melhor solução para o fato concreto posto. Coleta e sistematização de informações demandam recursos materiais e humanos, podendo surgir situações onde tal busca patrocinada pelo Estado seja excessivamente dispendiosa. Dependendo dos riscos envolvidos com uma intervenção estatal e da relação custo-benefício, os indivíduos – quanto sociedade, mediante suas interrelações - podem estar em melhor posição para dirimir a questão que o Estado.

A questão da racionalidade do legislador quanto agente legal ganhou relevância por conta da cada vez maior dificuldade de ordenar sociedades contemporâneas: a complexificação da sociedade, sua divisão em esferas cada vez mais especializadas, a íntima interconexão entre

⁶⁴² TEUBNER, Gunther. *O Direito ...* ob.cit., pgs 127.

dimensões aparentemente distantes, criam um cenário de alta probabilidade de cometimento de erro por parte da decisão legislativa devido uma falsa ou superficial representação do problema, com a possibilidade de geração de efeitos sistêmicos negativos imprevisíveis.

A tomada de consciência das limitações dos agentes que concretizam a ação estatal desafia a representação da Onisciência do Estado na promulgação de normas:

“A idéia de um legislador onisciente foi uma falácia incutida na mente da maior parte dos juristas e de boa parte dos cidadãos, talvez a mitificação da lei e da intangibilidade do seu texto tão propalada durante boa parte dos séculos XIX e XX respondam em parte por esta distorção.”⁶⁴³

O aspecto epistêmico da racionalidade limitada do legislador coloca também em questão a temporalidade da norma eventualmente promulgada. A perspectiva temporal “vicia” igualmente a norma, ligando-a ao contexto que a inspirou. Além da possibilidade do contexto factual que justificava a norma ter-se alterado, tem-se a possibilidade de erro de avaliação prospectiva que atrai a necessidade de avaliação posterior, de forma a verificar os efetivos efeitos gerados pela lei no desdobramento histórico.

WINTGENS compreende a temporalidade da lei como *contingência*, subdividindo seus efeitos em duas dimensões: sincrônica e diacrônica. A primeira refere-se aos efeitos imediatos ao estado de coisas no momento da formação, a segunda, aos efeitos operados no tempo; a perda progressiva da eficiência da norma seja por conta da mudança do contexto social, seja por problemas inerentes à própria norma abririam a possibilidade da revisão da mesma ser revisada pelo Judiciário, segundo WINTGENS. A justificação racional do legislador para a norma, os efeitos esperados e a devida descrição do contexto factual do momento, seriam as bases a serem comparadas com os efeitos concretos experimentados no momento no qual a norma é desafiada judicialmente.⁶⁴⁴

2. LEGÍSTICA: OPERACIONALIZANDO PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

2.1 Apresentação: *Objetivo da Legisprudência é fazer a lei mais racional e mais racionalmente.*⁶⁴⁵

Enquanto a Legisprudência fornece o substrato filosófico da problematização do impulso legislativo, a Legística tem desenvolvido a operacionalização de como aplicar a razão prática ao processo legislativo com vistas a tornar a lei mais eficiente, evitar efeitos danosos

⁶⁴³ SOARES, Fabiana de Menezes. *Legística E Desenvolvimento: A Qualidade Da Lei..* ob.cit. pg 130.

⁶⁴⁴ WINTGENS, Luc. J. *The Rational Legislator Revisited. Bounded Rationality ...* ob.cit., pgs. 26-30.

⁶⁴⁵ WINTGENS, Luc. J. idem, pg. 12.

causados pela legislação mal concebida, além de mais acessível à compreensão do destinatário.

A abordagem teórica da Legisprudência é suplementada com os critérios e princípios desenvolvidos para aperfeiçoamento da decisão legislativa, tendo na obra de Peter NOLL - *Gesetzgebungslehre*, publicada em 1973⁶⁴⁶, o marco contemporâneo da moderna ciência da Legislação. Legisprudência associa-se com a abordagem da Legística (ou Teoria da legislação) por conta do pressuposto comum de que tanto legisladores quanto juízes realizam operações semelhantes sob alguns aspectos. Legisladores criam normas gerais que, a partir das quais, juízes aplicam no caso concreto. Sob tal perspectiva, legisladores também são agentes legais no exercício do papel político.

A Legística desenvolve-se como ciência⁶⁴⁷ de forma a sistematizar num todo coerente as problemáticas - e suas respectivas soluções – surgidas com a expansão desordenada dos ordenamentos jurídicos. A partir dos anos 70 do século passado iniciou-se em alguns países europeus uma reflexão sistemática e global sobre o procedimento legislativo, devido à consciência crítica das deficiências e fragilidades do enquadramento legislativo, desde a fase de criação das normas à sua execução, com o objetivo de assegurar a construção de leis mais eficientes.

Tal necessidade surge e cresce acoplada à maior presença do Estado na vida social, pela assunção estatal de inúmeras tarefas, com a conseqüente expansão do corpo normativo. Sob a sombra do crescimento do Estado é que se desenvolve a Legística com vistas, principalmente, à racionalização das políticas públicas:

“O desenvolvimento contemporâneo da Legística acompanha o do Estado intervencionista, o Estado das grandes políticas públicas, que ambiciona, se não revolucionar a sociedade, pelo menos influenciar o seu curso, quer seja em matéria econômica (estimular o crescimento, domesticar a inflação), social (combater as desigualdades, evitar a exclusão) [...] Compreende-se facilmente que tais ambições implicam uma abordagem racional da ação pública: um conhecimento preciso do terreno onde se dará a intervenção, da sua lógica de funcionamento; um diagnóstico explícito da situação que coloque em evidência não somente o fim pretendido, mas também os objetivos que o concretizam; a elaboração de uma estratégia eficaz, sua avaliação tanto prospectiva quanto retrospectiva e, sendo o caso, as correções que se impõem.”⁶⁴⁸

A expansão do ordenamento (aqui compreendido todo o conjunto de normas, incluindo as infra-legais) tem contribuído para a sua crescente incoerência interna “*em virtude da*

⁶⁴⁶ Cf: CAUPERS, João. *Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de Metodica da legislação*. Legislação: Cadernos de Ciência da Legislação, nº35, Outubro-Dezembro 2003, pg. 16.

⁶⁴⁷ SOARES, Fabiana de Menezes. *Legística E Desenvolvimento...* ob.cit. pg 124.

⁶⁴⁸ DELLEY, Jean-Daniel; FLÜCKIGER, ALEXANDRE. *A Elaboração Racional Do Direito Privado: Da Codificação À Legística*. Tradução: PauloRoberto Magalhães.Revisão da tradução: Maria Lina Soares Souza, Cad. Esc. Legis., Belo Horizonte, v. 9, n. 14, p. 35-58, jan./dez. 2007, pg.37

presença e antinomias reais, não sanáveis pelos critérios cronológico, hierárquico e de especialidade”, como explica SOARES, gerando repercussões para a segurança jurídica e do acesso judiciário⁶⁴⁹.

ALMEIDA relata que tal área do conhecimento experimentou rápida expansão e progresso nos países europeus, tanto pela produção científica - com a profusão de estudos, revistas especializadas, seminários - como institucional - pela criação de centros de investigação e associações de especialistas -, confirmando “*a sua importância e repercussão crescentes*”⁶⁵⁰.

‘É como se estivesse em curso, nas sociedades contemporâneas, um processo de *adaptação da técnica jurídica*, bem como de reavaliação das suas condições de utilização, destinado a devolver-lhe a sua plena eficácia’⁶⁵¹

A Legística, ou Teoria da Legislação, visa estudar o fenômeno legislativo e a lei “em todas as suas dimensões”⁶⁵², inclusive, seus efeitos concretos observáveis socialmente, advindo daí sua natureza *interdisciplinar*, socorrendo-se de conhecimentos das áreas de Filosofia do Direito, Direito Constitucional, Ciência Política, Ciência da Administração, Economia, Sociologia, Sociologia Jurídica, Metodica Jurídica, Linguística, Estatística.

Segundo SOARES, basicamente cinco são as linhas de investigação que compõe a Legística:

“Teoria ou doutrina da legislação: possibilidades e limites da reconstrução científica e da aplicação do conhecimento no âmbito da legislação.

Analítica da legislação: conceitos e idéias fundamentais da norma, lei e legislação.

Tática da legislação: estudo dos órgãos e procedimentos, métodos com o fim de influenciar e dirigir a produção legislativa.

Metódica da Legislação: problematização das dimensões político-jurídicas e teórico-decisórias da Legislação, procurando responder às questões de adequação/razoabilidade, e efetividade das leis (a questão dos direitos fundamentais).

*Técnica Legislativa: Regras gerais sobre a elaboração das leis, suas categorias, sua sistemática e sua linguagem’*⁶⁵³

A Legística concentra-se em duas dimensões de estudos, a *material* e a *formal*. Essa

⁶⁴⁹ SOARES, Fabiana de Menezes. Ob.cit.,pg. 127.

⁶⁵⁰ ALMEIDA, Marta Tavares de. ob. cit., pg. 84

⁶⁵¹ CHEVALLIER, Jacques. *A racionalização da produção jurídica*.pgs In: Legislação: Cadernos de Ciência de Legislação. n. 3, janeiro-março de 1992, pg 9.

⁶⁵² ALMEIDA, Marta Tavares de. idem., pgs. 84,85.

⁶⁵³ SOARES, Fabiana de Menezes, idem.,125.

última tem em vista tanto a *compreensibilidade* - usando para tanto de conhecimentos da Linguística, estratégias de ordenação da informação, entre outros - quanto o *acesso* à norma pelos destinatários – aperfeiçoamento de meios físicos e digitais de difusão – com vistas à “*otimização do círculo de comunicação legislativa*”.⁶⁵⁴

A Legística Material, por outro lado, “*reforça a faticidade (ou realizabilidade) e a efetividade da legislação*”⁶⁵⁵, por tal razão, desenvolveu ferramentas para qualificar o processo de construção da decisão legiferante, especialmente quanto a seu conteúdo. Tem como dois grandes instrumentos a avaliação prospectiva (*ex ante*) do eventual impacto da nascente lei tanto sobre o sistema jurídico quanto sobre a realidade da área social destinatária, e a avaliação retrospectiva (*ex post*). A primeira antevê os efeitos concretos possíveis da nova legislação – da lei *de lege ferenda* - a segunda retoma e avalia os efeitos efetivamente ocorridos – da lei *de lege lata* -, de forma a aperfeiçoar o instrumento legal em questão e utilizar a experiência colhida para informar futuras atuações estatais.

“Vale a pena ressaltar que a justificação do impulso para legislar, até então colocada em um plano de considerações metajurídicas, guarda uma estreita conexão com a validade do direito se observarmos que um mínimo de eficácia social é necessária à justificação da relativização da liberdade (em seu sentido ilimitado) operada via Estado. A atividade de legislação custa e deve atingir aos seus fins que por sua vez justificam limitações de toda ordem à conduta humana.”⁶⁵⁶

A Legística, em especial a legística material, nasce assim vocacionada a uma abordagem empírica, por estar imbuída da tarefa de verificar os resultados materiais alcançados pela legislação, uma vez que está comprometida com a eficácia da norma “de forma radical”⁶⁵⁷. Seu fundamento filosófico justifica a compreensão da contingencialidade, de forma a modular *inteligentemente* as forças sociais atuantes na área social em mira. Como já pontuou CHEVALIER, a “*racionalização da produção jurídica inscreve-se num movimento mais geral de racionalização das políticas públicas*”⁶⁵⁸, sendo aquela instrumental dessa última. Daí porque sua metodologia inclua pontes com a Estatística, Economia, Sociologia, entre outras, como mencionado. Em suma, pautando-se pela *razão prática*, fornece uma metodologia para a superação da falsa dicotomia construída entre direitos fundamentais e economia, ou, mais claramente, entre o plano *axiológico* e o plano *empírico*.

A Legística material fura a dicotomia abstracionismo/empirismo – a qual contamina a

⁶⁵⁴ SOARES, Fabiana de Menezes, *Legística e Desenvolvimento*.. ob.cit., idem, pg. 126.

⁶⁵⁵ SOARES, Fabiana de Menezes, idem, p. 125-126.

⁶⁵⁶ SOARES, Fabiana de Menezes, ibidem, pg 129.

⁶⁵⁷ SOARES, Fabiana de Menezes. Ibidem, pg.132.

⁶⁵⁸ CHEVALLIER, Jacques. ob.cit., pg 10.

concretização dos direitos fundamentais – dando a dimensão consequencialista que falta à lei. Ou seja, “a Legística visa racionalizar a produção legislativa, apoiando-se nas ciências sociais, para estabelecer elo com a realidade”⁶⁵⁹. Para tanto, reabilita o uso da *Razão prática*, em sua metodologia, a qual abrange e integra a dimensão axiológica e consequencialista, num todo coerente.

Com efeito, no Estado-Providência, que intervém na sociedade civil para realizar as finalidades mais diversas, o direito é um instrumento de regulação social cuja importância não está em declínio. Por força do princípio da legalidade, ao qual aderem a maior parte dos Estados ocidentais, nenhuma política pública importante pode ser conduzida sem o apoio de normas jurídicas. Mas este princípio não é o único critério para apreciar a legitimidade de uma política pública ou de um acto legislativo. Outros critérios, nomeadamente os da efectividade, eficácia e eficiência, devem ser considerados. Para os juristas, isto implica uma nova abordagem do direito e uma abertura às outras ciências sociais.⁶⁶⁰

A Legística material propõe, como explica DELLEY, um “procedimento metódico em etapas”⁶⁶¹, as quais se sucedem de maneira interativa, onde as informações e descobertas da etapa anterior alimentam e aperfeiçoam a seguinte, com vistas a alcançar a melhor estratégia legislativa; inclusive, podendo esse processo de descoberta revelar a tomada de estratégias alternativas à lei ou a inadequação de se adotar qualquer ação estatal. Nisto consiste “pensar a lei”, antes de redigi-la.

“Identificar o problema que motiva uma demanda de intervenção normativa, estabelecer um diagnóstico da situação julgada insatisfatória, implica uma referência mais ou menos explícita a uma situação diferente. Toda análise da situação presente remete a valores que permitem qualificar essa situação, e por conseguinte, os objetivos que lhe são iminentes. Ou seja, a expressão de uma insatisfação a uma situação de fato revela uma tensão entre uma realidade vivida e uma realidade desejada. Do mesmo modo, a etapa que consiste em determinar as metas (finalidades) e os objetivos de uma intervenção pública pode levar a uma modificação da percepção inicial do problema: uma descrição mais precisa da situação desejada é suscetível de relativizar ou, ao contrário, agravar o caráter negativo da situação de fato. O inventário dos meios de ação disponíveis permite, por sua vez, questionar as metas estabelecidas de maneira demasiado ambiciosa.”⁶⁶²

Uma apreciação puramente intuitiva ou impressionista dos efeitos não serve para justificar uma norma, apenas o início de seu processo de elaboração (investigação). Uma avaliação, ao contrário, procura apoiar-se em elementos científicos. Pode-se considerar que

⁶⁵⁹ DELLEY, Jean-Daniel; FLÜCKIGER, Alexandre. *A Elaboração Racional Do Direito Privado: Da Codificação À Legística*. Tradução: Paulo Roberto Magalhães. Revisão da tradução: Maria Lina Soares Souza. Cad. Esc. Legisl., Belo Horizonte, v. 9, n. 14., jan./dez. 2007, p. 36

⁶⁶⁰ MADER, Luzius. *Avaliação legislativa: uma nova abordagem do Direito*. Legislação nº1, abril-junho, 1991, pg 39

⁶⁶¹ DELLEY, Jean-Daniel. *Pensar A Lei: Introdução A Um Procedimento Metódico*. Cad. Esc. Legisl., Belo Horizonte, v.7, n. 12, p. 101-143, jan./jun.2004, pg.101

⁶⁶² DELLEY, Jean-Daniel. *Idem*, pgs 102-103.

uma avaliação reveste-se de caráter metódico quando:

- Baseia-se num raciocínio suscetível de ser compreendido e repetido por terceiros, “nomeadamente porque não contém somente declarações sobre os efeitos mas indica também os fundamentos dessas declarações.”⁶⁶³
- Constitui uma abordagem sistemática que visa apreender, de forma completa e aprofundada, todos os efeitos pertinentes,
- Tem como finalidade chegar a constatações objetivas, que excluam ou neutralizem pontos de vista unilaterais.

MORAND, nesse sentido, reparte o processo legislativo em sete etapas: a) definição do problema, b) fixação dos objetivos, c) escolha dos instrumentos e ponderação de alternativas; d) avaliação prospectiva; e) adoção da lei; f) implementação, g) avaliação retrospectiva”⁶⁶⁴.

SOARES destaca que tal dever de planejamento legislativo pode ser encontrado também em nosso Ordenamento Pátrio, de forma a sublinhar a responsabilidade do legislador e gestor público na devida e adequada elaboração normativa:

“O legislador brasileiro, ao densificar o comando constitucional do art. 59, parágrafo único da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88, especificou uma chave hermenêutica, “elaboração”, que em sede de produção de direito, nos remete a uma dimensão de desenvolvimento, planejamento, desenho, presentes nos sentidos que distinguem *redigir* de *elaborar*.”⁶⁶⁵

Segundo SOARES deve-se incluir a “dimensão avaliativa” (durante a elaboração normativa) na interpretação do sentido “elaborar” prescrito na LC 95/98”.⁶⁶⁶ Tal dever encontra guarida ainda nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade - os quais vêm sendo aplicados pelo Supremo Tribunal Federal para o controle de Constitucionalidade das leis - assim como nos princípios constitucionais da eficiência e publicidade.

Informa ainda a Lei 9784/99:

“Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

⁶⁶³MADER, Luzius. *Avaliação Legislativa..* ob.cit, pg.44.

⁶⁶⁴MORAND, Charles Albert. *Elements de légistique formelle et légistique materielle – in Légistique Formelle et Materielle*, cit, pg. 18-19, APUD : CAUPERS, João. *Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de Metódica da legislação*. Legislação: Cadernos de Ciência da Legislação, nº35, Outubro-Dezembro 2003, pg. 11.

⁶⁶⁵ SOARES, Fabiana de Menezes. *Acesso ao Direito vigente: Problemas, riscos e propostas para uma elaboração legislativa à luz dos aiores Republicanos e da lei de Acesso à Informação*. Coleção Justiça, Empresa e Sustentabilidade, vol 3 , pg. 250.

⁶⁶⁶ SOARES, Fabiana de Menezes. *idem*, pg 262.

(...)Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

O *círculo normativo* percorrido no desdobramento das etapas de elaboração da lei de acordo com os ditames da Legística, densificam numa nova escala de eficiência, efetividade os princípios constitucionais e legais que regem os atos públicos, de forma a melhor assegurar os direitos dos jurisdicionados, sua participação na formulação das políticas públicas, e transparência. O conceito de eficácia jurídica baseia-se, assim, não mais no suposto poder intrínseco da norma, mas na *adesão* dos destinatários:

“A força da regra de direito já não provém de ela se enunciar como uma ordem obrigatória perante a qual os administrados se devem conformar; depende do *consenso* que for capaz de recolher. As resistências não devem ser quebradas por imposições, mas reduzidas pela persuasão.”⁶⁶⁷

Isso é apenas o reconhecimento tardio da experiência já observável nos Estados nacionais modernos: a limitação do poder da norma em conformar as condutas. Quando se alcança esse limite, a tendência é observarmos uma das três facetas do “trilema regulatório”: ou a desfragmentação social ou a indiferença da população à norma, ou a desintegração do direito⁶⁶⁸, como todos os demais efeitos negativos advindos dessa perda do poder simbólico da lei. Isso implica uma verdadeira mudança cultural, de culto à norma, para a percepção de seu real alcance e efetividade:

“Por último, afectando sobretudo os países da Europa do sul, a ideia de que todos os problemas se resolvem com leis – como se a lei fosse, senão a única, pelo menos a mais eficiente forma de regulação social – e de que uma nova lei representa necessariamente um passo em frente – entenda-se, no caminho do bem comum – ainda que por imponderação ou deficiente formulação venha criar novos problemas em vez de resolver os existentes ou, mais simplesmente, não venha produzir efeito nenhum.”⁶⁶⁹

⁶⁶⁷ CHEVALLIER, Jacques. *A racionalização...* ob.cit.,pg 14.

⁶⁶⁸ CARIOCA explica em melhores palavras cada uma dessas faces: “Figuram ainda como premissas do antiformalismo, as crises do Estado Social e de seu instrumento de regulação, acarretando a existência do que Olgiati, baseado em Teubner, chamou de “trilema regulatório”, resumido nos seguintes itens: a) a “indiferença” recíproca entre direito e sociedade; a ordem jurídica perde contato e autoridade institucional, na medida em que o sistema jurídico tende a reagir apenas às suas próprias regras, em face do elevado grau de diferenciação que atingiu; b) a “colonização” da sociedade por parte do direito, pois, devido ao grau de especialização de sua natureza e dimensão, a ordem jurídica parece tender a destruir a “autenticidade” e “identidade” do *Lebenswelt* (“relações básicas que constituem os sistemas sociais”); c) a “desintegração” do direito por parte da sociedade, pois o direito positivo tem perdido “a capacidade de conferir autoridade e coerência a sua própria lógica interna”, devido a crescente incapacidade de definição de seu discurso e de implementação de seus programas específicos em relação aos outros sistemas sociais (político, econômico, etc.), à vista da grande mobilidade e mudança social nesses sistemas.” CARIOCA, Paulo Carvalho de Azevedo. *As Mudanças No Papel Regulador Do Estado Em Face da Globalização*. Revista do Tribunal de Constas da União, n. 82, 1999, <http://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/viewFile/1087/1144>

⁶⁶⁹CAUPERS, João. *ob.cit.* pg. 9.

A Legística então, se coloca como metodologia necessária para se alcançar uma eficiente gestão pública, e, sobretudo, para a efetividade dos direitos fundamentais sociais, pelas seguintes razões:

i) Pelos pressupostos filosóficos:

- Alia empirismo e racionalismo, os princípios constitucionais com seus efeitos concretos. Rompe com a ideia de Estado Onisciente, e atém-se ao concreto.
- Mais profundamente, a Legisprudência, por ressaltar a liberdade, está em harmonia com a emancipação econômica individual; não só por essa trazer liberdade ao indivíduo, mas por não lançar mão de propostas que aumentem excessivamente o poder estatal e, conseqüentemente, esmaguem a liberdade empreendedora da população.
- Possui especial relação com o projeto de desenvolvimento econômico-social.

ii) Pela sua metodologia

- Técnicas que abarquem a complexidade e interconexões concretas com o problema em questão, como a da Modelização causal. No caso, o problema proposto – concretização de direitos fundamentais sociais - possui causas mais profundas cujas origens deitam nas dificuldades do desenvolvimento econômico pleno, e plena liberdade de participação no mercado dos atores, e estrutura de incentivos brasileira problemática. A economia institucional apresenta-se como auxiliar para uma releitura do papel da legislação, de forma a corrigir esse quadro defeituoso. O tratamento analítico tradicional é artificial, enquanto que a legística material propõem um processo interativo e sucessivo, onde cada etapa é resultante da anterior. Além disso, efetua-se uma curva de aprendizagem sobre a realidade do problema no próprio processo da coleta de informações e de avaliação de sua estrutura, de forma que a análise interativa do problema pode levar a um diferente recorte de suas causas reais.

2.2. Noção de Efeito e efetividade da norma.

A avaliação legislativa interessa-se pelos efeitos que a norma produz na realidade social, ou, mais precisamente, investiga a dinâmica de causa e efeito entre norma e efeito concreto (ou a ausência de efeitos). Essa investigação abre, portanto, um campo vasto e que requer a integração do uso de vários instrumentos e ciências. Por conta da complexidade social não é possível normalmente afirmar com certeza quais os resultados que serão alcançados,

especialmente no âmbito da avaliação prospectiva (*ex ante*). Todavia, ainda mais por conta do desafio colocado, é que tal tarefa se impõe, pois maiores dificuldades encontra um gestor ou legislador isolado na tarefa da identificação do quadro factual e dos eventuais efeitos que se produzirão com a lei *de lege ferenda*.

A Legística, especialmente no exercício da avaliação de impacto legislativo (seja prospectiva quanto retrospectiva), se interessa por todo o conjunto de efeitos eventuais ou efetivos gerados pela norma. Nesse sentido, fazem parte do inventário de efeitos a serem colecionados pelo investigador:

- i) efeitos intencionais ou não-intencionais,
- ii) efeitos previstos ou imprevistos,
- iii) efeitos benéficos ou perversos,
- iv) efeitos directos ou indirectos,
- v) efeitos imediatos ou diferidos,
- vi) efeitos concretos ou simbólicos,
- vii) efeitos de antecipação ou de retroação.⁶⁷⁰

MADER aponta as seqüências analíticas do processo legislativo satisfazem quatro funções essenciais da avaliação legislativa: “preparação das decisões legislativas, a orientação da aplicação da legislação, o controle da legislação existente e o desencadeamento do processo de aprendizagem 'a modificação do direito em vigor.”⁶⁷¹

3. A moderna técnica de governança de políticas públicas e sua interface com a legislação e o desenvolvimento.

O estudo de políticas públicas sempre se desenvolveu num ambiente institucionalmente pobre, ou seja, a política pública sendo vista como resultante de um processo decisório individual, em que a noção de Governo acaba personificada por um agente de escolhas racionais: o *policy-maker*⁶⁷². Contudo, a governança pública tem exigido um sistema decisório mais robusto, em geral coletivizado e sustentado pela análise de diversas ciências.

Foi a enorme gama de assuntos abarcados pelo Estado que exigiu uma abordagem pragmática-racionalizante da ação estatal, logo, da legislação, por ser esse o veículo do agir

⁶⁷⁰MADER, Luzius. Avaliação Legislativa.. ob.cit.,. pg.43.

⁶⁷¹MADER, Luzius. idem. pg.45.

⁶⁷²MONTEIRO, Jorge Vianna. *Legislatura e políticas públicas*, pgs. 71-88. In: *Legislação: Cadernos de Ciência de Legislação*. INA - Instituto Nacional de Administração: Oeiras, Portugal. n° 2, Outubro/Dezembro, 1991, pg. 71.

estatal. A abordagem positivista, que tinha o entendimento de que a sanção e a força do Estado seriam estímulos suficientes para conformar a realidade social e a conduta humana apresenta suas limitações para criação dos efeitos concretos esperados pela legislação, especialmente para concretização de direitos fundamentais sociais. Diante do fenômeno da hiper-legislação ou do distanciamento entre a realidade contingencial e a lei surge um abismo, que leva a efeitos sociais insuficientes ou até negativos. “*No que respeita tanto aos aspectos metodológicos como as funções no processo de decisão política, não há diferença fundamental entre avaliação legislativa e a avaliação das políticas públicas.*”⁶⁷³

Surge, portanto, a necessidade de uma racionalização da produção legislativa que se abra para a compreensão do real comportamento das forças sociais que concretizam o funcionamento da sociedade, uma abordagem, portanto, que toma a sociedade como *um organismo com leis próprias que podem ser no máximo aperfeiçoadas pela lei*, não uma “tábua rasa” “como se a sociedade pudesse ser desmontada e montada do zero”⁶⁷⁴. Surge assim, pelo acúmulo da experiência da gestão estatal uma técnica legislativa que dê conta da necessidade de uma governança mais eficiente, que efetivamente entregue os efeitos esperados pela legislação.

A abstração é – em tese – logicamente perfeita, a realidade possui ambiguidades, a abstração é estável, a realidade é contingente. A abstração é limitada à capacidade cognitiva do sujeito cognoscente, a realidade abarca o próprio cientista social, ultrapassa enormemente sua capacidade de conhecer e a sua capacidade individual de previsão (*bounded rationality*), limitação que igualmente se aplica ao jusfilósofo. Como já ensinava Carnelutti sobre a limitação cognitiva do cientista jurídico: “*Não há outro remédio contra essa nossa incapacidade senão ter dela consciência.*”⁶⁷⁵

Discussões sobre a ligação entre a qualidade da lei e o desenvolvimento econômico-social, como destaca SOARES, já produziram uma grande quantidade de estudos, como as recomendações da OCDE – *Improving the Quality of Laws and Regulations: Economic, Legal and Managerial Techniques* (OCDE/Sigma, 1994), dos estudos protagonizados pela União Européia hoje consolidados nos documentos: *Mandelkern Report* (2001), programa *Better Regulation* (2001) e *Better Lawmaking* (2002).⁶⁷⁶

⁶⁷³ MADER, Luzius. ob.cit., pg.44

⁶⁷⁴ BURKE, Edmund. *Reflexões sobre a Revolução Francesa*. Tradução: Eduardo Francisco Alves, Prefaceo de Francis Canavan, Rio de Janeiro: Topbooks, 2012.

⁶⁷⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Metodologia do Direito*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 1ªed. Campinas: Russel editores, 2013.

⁶⁷⁶ SOARES, Fabiana de Menezes. *Legística e Desenvolvimento ...* ob.cit, pg. 139.

A melhoria da produção legislativa possui um impacto de dupla dimensão no desenvolvimento-econômico social, pois, internamente, aperfeiçoa a dinâmica institucional e contribui para a economia de gastos governamentais, enquanto que externamente, facilita a fluidez das relações sociais, auxiliando no desenvolvimento econômico, que por sua vez participa na concretização de direitos fundamentais, em especial pela participação econômica e na criação de empregos:

“The quality of the laws and regulations, and indeed the general effectiveness of the new regulatory systems, is of immediate concern for both economic and democratic development. Regulations that are overly burdensome, complex, or impractical may worsen rather than improve public welfare by slowing economic growth, reducing public cooperation and increasing administrative costs. Poorly-conceived rules can have unexpected and disastrous effects on competitiveness, investment, or job creation”⁶⁷⁷

Os principais problemas identificados pela OCDE, em 1994, foram:

- Excessivo número de normas e alta complexidade, levando à incompreensibilidade do sistema normativo pelos cidadãos e consequente dificuldade para os administradores as aplicarem.
- Aumento dos custos regulatórios sobre as empresas, com impactos maiores sobre os pequenos negócios⁶⁷⁸, reduzindo o crescimento econômico, competitividade e criação de empregos.
- Inflexibilidade e rigidez, dificultando a adaptação às mudanças econômicas e sociais.
- Inconsistências entre as normas dando origem a disputas nas searas administrativa e judicial.
- Baixa transparência no processo da formulação de políticas regulatórias (*regulatory decisions were seen as remote and hidden, rather than accountable and open*).
- Intromissões governamentais na vida privada que estaria alcançando níveis incompatíveis com valores democráticos.

Cinco seriam, então, os princípios ou propostas fundamentais a serem concretizados no trabalho de aperfeiçoamento legislativo e regulatório no que tange desenvolvimento econômico, de acordo com a OCDE: i) resgate da Legitimidade⁶⁷⁹, pela melhoria da

⁶⁷⁷ OCDE, *Improving the Quality of Laws and Regulations: Economic, Legal and Managerial Techniques*, 1994, pg 7.

⁶⁷⁸ “Direct costs of this magnitude are clearly significant for economic growth and job creation, but other kinds of indirect costs may be as or more important. A number of studies have suggested that some kinds of regulations reduce productivity and innovation, and slow the speed of structural adjustment to world markets. Small businesses, often the largest generators of new jobs, are likely to be especially harmed. Many regulations directly or indirectly reduce competition, and increase hidden inefficiencies in the economy. In the longer-term, such negative impacts may affect competitiveness.” OCDE, *idem*, ob.cit.,pg 11.

⁶⁷⁹ “Some of the reforms intended to strengthen legitimacy, such as public participation and consultation or

participação dos cidadãos e afetados na formulação das normas regulatórias; ii) controle do número de regulações de forma a antever a excessiva densificação normativa, iii) aperfeiçoamento dos custos⁶⁸⁰ administrativos ligados à aplicação das normas, iv) qualidade e v) coerência do sistema normativo como um todo.

No Brasil, essa nova abordagem da produção da lei e da racionalização das políticas públicas ainda é pouco conhecida, todavia, destacamos a criação da matéria de Legística em 2005 nessa Faculdade de Direito como iniciativa pioneira no cenário pátrio para o estudo e divulgação dessa ciência. Em 2007 ocorreu o congresso de Legística Comparada – Congresso Internacional de Legística – com o tema “Legística: Qualidade da Lei e Desenvolvimento”, culminando em uma obra com o mesmo nome. Em 2007, o Executivo Federal lançou iniciativas nesse mesmo sentido mediante a criação do Pro Reg (Programa para Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão e Regulação), com vistas à formação de agentes reguladores, pesquisa e consecução de parcerias com entidades internacionais⁶⁸¹.

3.1. Direitos fundamentais: Legística Material como metodologia para concretização eficiente dos fins de normas programáticas.

information disclosure, affect regulatory processes. Some, such as devolution to local administrations, affect the distribution of regulatory authority. Others, such as reporting to ministers and parliamentary oversight and review, are intended to establish direct links to politically accountable officials. "There is widespread concern, well-merited in our view, that Parliament has lost control of the regulatory process," a parliamentary committee in Canada warned in early 1993. 40. Issues of legitimacy are likely to intensify through the 1990s, due to the increasing use of international bodies and agreements to regulate issues formerly left to national governments." OCDE, ob.cit.,pg 19.

⁶⁸⁰ “Controlling regulatory costs is a top priority. The cost of regulation is rising as or more quickly than its quantity. Administrative costs to governments are an increasing problem as budget constraints become tighter. The compliance costs borne directly by citizens and businesses are far larger, however, than government costs. These hidden costs of regulation can be enormous. In the United States, as noted in Chapter One, aggregate costs of federal regulation were calculated at up to \$500 billion in 1992, or about 10 percent of GDP and one-fourth of on-budget spending.” (...) “Some countries have made significant gains in improving regulatory quality. The United States since 1981 has applied a rigorous benefit-cost test to regulatory proposals, and believes that costs of new regulations have been reduced by billions of dollars as a result. The Single Market Programme of the European Community is expected to produce large gains in economic growth by eliminating regulatory inconsistencies that block trade and competition. Several countries have swept away outdated laws and re-ordered legal systems to improve clarity and accessibility. Turkey, for example, completed a codification programme that eliminated 1,600 laws and consolidated 12,000 laws into 700. Other countries, such as the United Kingdom and Germany, have noted that simply asking the right questions, through the use of "checklists" or lists of principles, can help sensitise regulators to a broader set of issues, such as costs, and result in more balanced regulations.” OCDE, idem,pg. 18 e 19.

⁶⁸¹ Decreto nº 6.062/2007, que institui o Pro-Reg, estatui em seu art. 2º: “O PRO-REG deverá contemplar a formulação e implementação de medidas integradas que objetivem: I - fortalecer o sistema regulatório de modo a facilitar o pleno exercício de funções por parte de todos os atores; II - fortalecer a capacidade de formulação e análise de políticas públicas em setores regulados; III - a melhoria da coordenação e do alinhamento estratégico entre políticas setoriais e processo regulatório; IV - o fortalecimento da autonomia, transparência e desempenho das agências reguladoras; e V - o desenvolvimento e aperfeiçoamento de mecanismos para o exercício do controle social e transparência no âmbito do processo regulatório.”

Num sentido formal, normas de conteúdo programático são aquelas que, apesar de possuírem capacidade de produzir efeitos, por sua natureza necessitam de outra lei que as regulamente, lei ordinária ou complementar. Para José Afonso da Silva, são aquelas que traçam princípios a serem cumpridos pelos órgãos estatais (legislativo, executivo, judiciário e administrativo) visando à realização dos fins sociais do estado.⁶⁸² Seu conteúdo, portanto, importa uma aplicação temporal diferida, destinando-se prioritariamente ao *legislador*, pois a ele cabe cumprir o dever veiculado pela norma programática.

DELLEY diferencia *normas finalizáveis* de *normas condicionais*. As primeiras são normas que “*visam transformar profundamente uma realidade social,*”⁶⁸³ – coincidindo com as normas programáticas – relacionam-se intimamente com a noção de “*eficácia*”⁶⁸⁴. As segundas – como Código Civil, códigos processuais – serviriam apenas para “*fornecer um paradigma para os comportamentos sociais e não visam à concretização de objetivos precisos*”⁶⁸⁵, ao menos, *prima facie*. Utilizam-se, por conseguinte, da metodologia da subsunção para justificarem sua atração à uma conduta específica e individualizável.

O procedimento da Legística Material, frisamos, foi concebida particularmente para as **legislações finalizáveis** que mediante a articulação racional de *objetivos* com os *meios disponíveis* e o *cenário real* na qual se dará a intervenção, visa atingir um *fim*. Entre o *fim* da norma e a aplicação da lei, há um espaço mediatizado pelos processos sociais engatilhadas pela segunda. Mostram-se, portanto, legislações de caráter *dinâmico*⁶⁸⁶ e instrumental, pois visam “disparar” processos *dinâmicos* na sociedade que, bem administrados, efetivem o fim almejado, o qual não se obtém por mera “subsunção”; ao contrário das normas condicionais “mais estáticas”, cujos processos sociais mais abrangentes resultantes de sua aplicação constituem uma preocupação secundária frente a conformação de condutas específicas.

Por exemplo, entre o fim “assegurar direito de moradia” (art. 6º CF), e uma norma *visando* tal fim, tal norma veiculará determinadas estipulações que objetivam criar uma *política* cujos *efeitos* concretizem o fim. Uma política de fomento de moradia objetiva, *prima facie*, efeitos imediatos que são obtidos via a tradicional técnica da subsunção (por exemplo, a determinação de queda de juros de financiamento de habitação via bancos públicos). Trata-se de um instrumento econômico, o qual foi escolhido entre tantos outros disponíveis pela realidade. O fim “moradia” se dará se os agentes econômicos comportarem-se tal qual antevisto pelo gestor público.

⁶⁸² SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pg. 138.

⁶⁸³ DELLEY, Jean-Daniel. *Pensar a Lei: Introdução a uma procedimento metódico*. Ob.cit. pg103

⁶⁸⁴ DELLEY, Jean-Daniel. *idem*, pg. 103.

⁶⁸⁵ DELLEY, Jean-Daniel. *ibidem*, pg. 103.

⁶⁸⁶ DELLEY, Jean-Daniel. *ibidem*, pg. 103.

A técnica das normas programáticas – ou finalizáveis – constitui uma novidade que não se enquadra na técnica de controle social concebida inicialmente pela Ciência Jurídica. No lugar do uso de formas impositivas de coação, típico do Estado do sec. XIX e do início do sec. XX, o Estado intervencionista com a consequente concepção de “políticas públicas”, faz emergir uma forma de conformação jurídica baseada na articulação de meios e fins a realizar. O “meio” torna-se secundário diante da efetiva consecução do fim.⁶⁸⁷

A avaliação de impacto legislativo auxilia, assim, a determinar a forma, medida e intensidade da política adotada, de forma a contornar eventuais efeitos negativos inesperados (por exemplo, a valorização imobiliária extraordinária) que frustrariam o objetivo mentado.

Legislações “finalizáveis” exigem uma articulação *dinâmica e flexível* entre os fins visados e os meios disponíveis, a qual, por conta de sua implementação no tempo e por etapas, necessita ser continuamente revisável e ter sua estratégia adaptável às circunstâncias:

“(…) os objetivos [da lei] são fugazes na medida em sua definição depende de um contexto que varia no tempo, contexto este que os próprios conceitos evoluem. Por outro lado, a organização dos meios não pode ser predeterminada; do mesmo modo que o bom estrategista tem que modificar seu plano conforme o desenrolar da batalha, os poderes públicos, encarregados de implementar um programa, devem ser capazes de adaptá-lo ao sabor da evolução do fenômeno sobre o qual pretendem atuar”.

Os valores constitucionais determinam os *fins*, mas é o fenômeno social concreto que dita os *meios* de como se chegar ao fim almejado. Não se pode desejar um fim que implica uma situação material digna a todos e descartar como meio de se chegar a ele o único meio que permitiu a humanidade conhecer pela primeira vez em sua história a abundância material em larga escala: a economia de mercado baseada na ampla coordenação e participação social.

Essa referência aos valores justifica a reivindicação de mudança, a idéia de que outras situações sejam possíveis. Mas essa antevisão de cenários alternativos, mas factíveis, dá-se primordialmente por um início de fruição já experimentada desse mesmo cenário. Se podemos antever um mínimo de condições materiais a serem usufruída por todos em nosso país, é porque já existem lugares no mundo onde isso já é realidade; e, antes disso, nos países onde primeiro

⁶⁸⁷ “Tradicionalmente, o Direito expressa valores cuja realização ocorre mediante aplicação de regras positivas. O ‘Estado policial’ do século XIX e do início do século XX atua pouco, mas de modo constrangedor: o instrumento de ação essencial é o mandamento, ou comando que toma forma de lei ou de ato administrativo. É em torno dessas duas figuras que o direito administrativo se estruturou. A estrutura característica da ação do Estado policial é de tipo condicional: as consequências da violação e pelo juiz nos termos de um raciocínio dedutivo. Os controles, jurisdicionais ou de outra natureza, eregem-se na conformidade das normas inferiores às normas superiores, bem como na dos comportamentos as normas jurídicos em geral. Com o advento do Estado intervencionista moderno e o desenvolvimento das políticas públicas, aparece um outro modelo de ação, de tipo finalista, baseado na articulação de meios, jurídicos ou não, e dos objetivos a realizar: o meio – prescrição ou estímulo-, ainda que haja conformidade dos comportamentos, não é mais a garantia de que os objetivos visados serão atingidos. O meio é somente um instrumento a serviço dos objetivos.” DELLEY, ob.cit., pgs 127-128.

se experimentou os efeitos da economia dita “capitalista”, a superabundância de bens levou a que começasse a se cogitar como factível o pleno amparo material aos mais necessitados.

Portanto, deve-se visualizar com clareza a situação desejável de forma a poder se especificar com segurança quais os meios a serem adotados. Não se pode descrevê-la de maneira genérica. Segundo Delley, a generalidade é utilizada pelo legislador por ser uma forma de obter maior adesão⁶⁸⁸: os conflitos surgem tão logo se tentem definir os contornos precisos de uma ação. Todavia, essa delimitação dos efeitos concretos esperados é necessária para a escolha adequada dos meios.

3.2. Concretização de Direitos Sociais: Governança e Complexidade.

Se o fim abstrato consiste em favorecer os direitos fundamentais globalmente, os meios de realizar esse fim afetarão necessariamente interesses de algum grupo social, de forma que o estudo de impacto fornecerá os dados necessários para justificar as medidas a serem adotadas, a participação dos eventuais afetados, culminando num processo de participação popular instruído e mais transparente.⁶⁸⁹

Princípios e valores constitucionais apresentam um grande desafio para sua densificação, pois nem sempre podem-se retirar medidas concretas e práticas de princípios que se encontram no nível da abstração. O princípio prima pela *generalidade*, enquanto que a situação concreta requer uma especificação do princípio para sua operacionalização. Adaptando a teoria de WINTGENS, o princípio se mostra na forma de um *conceito* (em maior grau de abstração) e a situação requer uma *concepção* (a densificação do conceito pela escolha de um cenário factível dentro do contexto, mas legítimo sob a ótica do princípio).

O caminho para se chegar a objetivos operacionais consiste em estabelecer um sistema de fins e objetivos hierarquizados. Tal sistema compreende vários níveis, partindo das finalidades mais abstratas aos objetivos muito precisos e às medidas concretas que permitirão realizá-los. Essa construção toma a forma de uma estrutura de planejamento arbórea.

Retomemos o caso de concretização do direito ao trabalho. A construção do raciocínio para o estabelecimento partiria dos valores mais abstratos para então descer rumo suas ramificações. Primeiramente, no que consiste concretamente tal fim? Para qual finalidade existencial ele aponta, que tipo de necessidade efetiva visa satisfazer? Com quais valores e princípios constitucionais tal direito relaciona-se?

⁶⁸⁸ DELLEY, ob.cit.,pg 120.

⁶⁸⁹ SOARES, Fabiana de Menezes. *Teoria da legislação – Formação e conhecimento da Lei na Idade Tecnológica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

Procede-se a um “duplo caminho vertical”⁶⁹⁰(para cima e para baixo), de forma à

a) Reatar o fim inicialmente manifesto aos fins mais abstratos e re-inserir, assim, a intervenção demandada no quadro mais geral da ação estatal (especialmente levando em conta a moldura constitucional e institucional).

b) Inventariar os fins e objetivos de mesmo nível que não são sempre inteiramente compatíveis e harmonizá-los mediante sua ponderação.

c) Atualizar uma série de medidas concretas capazes de operacionalizar o fim inicial e constituir o estoque de instrumentos com que se possa traçar uma estratégia de ação.

Re-inserir o impulso legislativo inicial num nível mais abstrato para depois retornar ao nível concreto de ação permite atingir a coesão (ou, coerência, no entendimento de WINTGENS) do conjunto das ações legislativas e das políticas públicas. Ao descortinar outros fins que merecem igual consideração, ou que possuam o potencial de obrigarem à re-avaliação da ideia inicial do legislador-gestor, corrige-se a inicial visão compartimentalizada da questão frente ao conjunto normativo-principlológico. *“Ligar um fim a outro de nível superior significa também alargar as perspectivas de ação”*⁶⁹¹, ensina DELLEY.

Desse modo, descortinar as razões que motivam uma política de pleno emprego permite atualizar toda uma série de medidas que respondam igualmente aos motivos justificantes. Os fins evocados pela Constituição Federal, assim, são realizáveis por outros meios. A consecução da garantia de uma qualidade de vida material pode ser garantida tanto pela renda oriunda de um emprego ou de um empreendimento próprio. O meio é indiferente: o que realmente importa é a efetiva emancipação econômica e a garantia do bem-estar social como um todo. Assim, esse procedimento de abstração seguido de concretização enriquece o cardápio de medidas divisíveis e de estratégias para atingimento do mesmo fim.

Elaborar um sistema de fins e objetivos permite evidenciar as eventuais relações de interdependência entre fins e objetivos de mesmo nível. A realização de um fim pode acarretar impacto positivo ou negativo sobre a realização de outro fim. A importância que se atribua, respectivamente a um e a outro determinará a natureza das medidas virtualmente adotadas.

Estando estabelecida qual a necessidade concreta humana que tal direito visa satisfazer, chega-se ao ponto que a partir do qual poder-se-á investigar o cenário no qual se insere a questão posta, no caso, de garantia ampla do direito ao trabalho.

Enfatizar um ou outro fator conduz automaticamente a reduzir a importância dos outros, constituindo tal parcialidade uma abordagem inconstitucional. Há, portanto, a

⁶⁹⁰DELLEY, idem, pg. 123.

⁶⁹¹DELLEY, ob.cit.,pg. 124.

necessidade de arbitrar o emprego desses fatores mediante sua ponderação. O peso atribuído a cada fator determinará a natureza e a intensidade dos meios respectivos a serem empregados. Assim, atribuir um peso de 80% em medidas que visem garantir de direitos sociais mediante a prestação direta pelo Estado determinará quais serão os esforços restantes para a melhoria de condições que melhorem, por exemplo, o ambiente institucional, estrutural e econômico para os micro-empresendedores.

Por fim, a construção da estrutura arbórea de fins e objetivos deve nos conduzir, por concretizações sucessivas, a elucidar os efeitos últimos e concretos que vão traduzir a realização dos fins visados. Essa etapa de determinação dos fins e objetivos encontra ultimização no inventário dos efeitos e dos indicadores que os qualificam.

“Fala-se em estratégia porque toda intervenção estatal implica uma combinação de meios no espaço e no tempo, com efeito, raras são as situações em que apenas uma medida é aplicada de maneira uniforme no tempo para produzir os efeitos esperados”⁶⁹²

Assim como Estado intervencionista ampliou sobremaneira sua gama de tarefas e responsabilidades, na mesma medida alargou o leque de meios a serem empregados: da mera coação somam-se o “incentivo, a persuasão e o acordo.”⁶⁹³ “Com o advento do Estado intervencionista moderno e o desenvolvimento das políticas públicas, aparece um outro modelo de ação, de tipo finalista, baseado na articulação de meios, jurídicos ou não, e dos objetivos a realizar: o meio – prescrição ou estímulo-, ainda que haja conformidade dos comportamentos, não é mais a garantia de que os objetivos visados serão atingidos. O meio é somente um instrumento a serviço dos objetivos.”⁶⁹⁴

A complexidade da sociedade contemporânea requer, igualmente, uma governança estatal mais “sofisticada” e por vezes até “sutil”. *“Simultaneamente, ela lança mão, cada vez mais, da cooperação das pessoas e grupos sociais sobre os que se exerce: quanto mais se estende menos se faz vigorosa. Há uma espécie de lei de Mariotte da ação estatal, análoga àquela que rege a compressão dos gases.”⁶⁹⁵*

As prescrições, os comandos constituem, ainda hoje, o meio de ação estatal por excelência. Todavia, elas exigem o funcionamento de uma administração de aplicação (recursos humanos, técnicos e estruturais) que constitui em si mesma um custo. Geram custos de controle e de sanção geralmente elevados, na medida em que impõe comportamentos que não são espontaneamente obtidos de seus destinatários. Estes últimos tentarão desenvolver estratégias

⁶⁹² DELLEY, ob.cit.,pg. 127

⁶⁹³ DELLEY, idem, pg. 128.

⁶⁹⁴ DELLEY, ibidem, pgs 127-128.

⁶⁹⁵ DELLEY, ibidem, pg. 128.

para evadirem-se do seu comprimento. Por isso mesmo é necessário que as normas “*encontrem um nível mínimo de adesão por parte dos destinatários*”.⁶⁹⁶

As sociedades atuais apresentam demandas que tem desafiado a mentalidade de abordagem unidimensional do gestor público. Respostas universais, prontas, imediatas dificilmente se mostrarão as mais adequadas para um contexto marcado pela profunda complexificação dos fenômenos sociais. Os cenários alteram-se rapidamente, a experiência do tempo e espaço foi influenciada pelo enorme avanço tecnológico, as searas econômicas interconectam-se mediante redes que desafiam nossa capacidade de rastreá-las. BAUMAN define o momento atual como o da “modernidade líquida”⁶⁹⁷ onde todas as antigas referências sólidas se “desmancham no ar”. Os fenômenos sociais, conseqüentemente, também “complexificam-se”, tanto factualmente quanto axiologicamente: qualquer recorte formal de uma questão social revelará inúmeros atores de diferentes searas interconectados, atraindo por arrastamento diversos valores, demandando, assim, a *ponderação* entre eles. As diversas interações e ramificações de interdependência entre as diversas unidades e esferas sociais – interações que podem ser previsíveis ou imprevisíveis, desejáveis ou indesejáveis - definiriam a *complexidade* do cenário atual.⁶⁹⁸

A interdependência cada vez mais profundada entre as searas sociais revelam o artificialismo de abordar um problema munido de instrumentos de apenas um ramo do conhecimento humano. O fato concreto traz à tona a pertinência do “paradigma da complexidade” de MORIN para a abordagem do mesmo. Problemas sociais às vezes são nutridos por raízes que advém de questões econômicas, culturais, legais, administrativas; demandando, por conseguinte, uma abordagem igualmente multifocal. A abordagem *linear* para resolução de problemas é-nos familiar, controlável, previsível; todavia, não adequado para certas demandas sociais. A armadilha, explica MARQUES, consiste em procurar respostas que atendam unicamente uma parcela do problema, isolando e abstraindo-se de suas demais facetas.⁶⁹⁹

Nesse contexto, a preocupação sobre a efetividade da atuação estatal ganha contornos. Observa-se certo consenso entre estudiosos filiados a diferentes correntes de pensamento sobre a maioria dos Estados nacionais- especialmente no chamado terceiro mundo - ter perdido sua capacidade de intervenção efetiva, instalando-se “uma crise de governança”.⁷⁰⁰

⁶⁹⁶ DELLEY, *ibidem*, pg. 129.

⁶⁹⁷ BAUMAN, Zygmunt, *Modernidade Líquida*. Tradução: Plínio Dentzien, Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 2001.

⁶⁹⁸ MARQUES, Rui. *Governança integrada: uma resposta à era da complexidade*. pg. 13, IN: FERRAZ, David; MARQUES, Rui (org.). *Governança Integrada e Administração Pública*. Lisboa: INA Editora, 2015.

⁶⁹⁹ MARQUES, Rui. *idem*. pg. 14.

⁷⁰⁰ AZEVEDO, Sérgio de; ANASTASIA, Fátima. *Governança, “Accountability” e Responsividade*, Revista de

Crises institucionais, vale lembrar, causam elas mesmas novos problemas, pelo comprometimento da credibilidade e a eficácia da lei, maximizando, assim, os efeitos perversos oriundos das próprias tentativas de formalização da intervenção estatal, o que tem levado a uma situação de constante imprevisibilidade e de instabilidade das regras, na qual prevalece, de fato, o chamado pretorianismo, ou seja, a lei do mais forte⁷⁰¹.

3.2.1 Problemas sociais complexos: Exclusão e Pobreza.

Aprofundando a questão da complexidade no que tange a atuação pública, especificamente quanto às demandas sociais, emergiu uma categoria que Rittel e Weber, citados por MARQUES, definiram como *wicked problems*: problemas sociais que resultam do entrelaçamento de várias dimensões da realidade. Esses problemas caracterizam-se por alguns traços em comum: dificuldade em definir concretamente o problema, possibilidade de diferentes abordagens, a questão pode ser entendida como sintoma de outro problema, logo, não permitem nem uma solução definitiva e nem uma única medida como suficiente. “Os especialistas não são suficientes e atravessam áreas disciplinares e fronteiras de organizações” para tratar daqueles.⁷⁰²

Entre esses problemas, citam-se questões pertinentes com o trabalho em tela, como a questão da “pobreza extrema”, “de moradores de rua”, “desemprego de longa duração”, assim como outras de mesma complexidade tais como questões ambientais, violência, etc. “O pensamento sistêmico contempla o todo e as partes, assim como as conexões entre as partes; e estuda o todo, para compreender as partes. O oposto é o reducionismo, ou seja, a ideia de que algo é simplesmente a soma das partes.”⁷⁰³

A pobreza constituiria o exemplo paradigmático utilizado pelos criadores do conceito, de forma a exemplificar como tais questões são multifatoriais, demandando compreensão da dinâmica social em planos cada vez “profundos” ou distantes do ponto de referência de uma abordagem superficial:

“Pobreza significa baixo rendimento? Sim, em parte. Mas quais são os determinantes desse baixo rendimento? É fruto da deficiente economia nacional ou regional ou e resultado das deficiências das competências ocupacionais e cognitivas da força de trabalho? Se for esta

Economia Política, vol. 22, nº 1 (85), janeiro-março/2002, pg 79.

⁷⁰¹ HUNTINGTON, Samuel P. *Pretorianismo e Decadência Política*. 1979, APUD: AZEVEDO, Sérgio De; ANASTASIA, Fátima, *Governança, “Accountability” e Responsividade*, Revista de Economia Política, vol. 22, nº 1 (85), janeiro-março/2002.

⁷⁰² MARQUES, Rui. *Governança...* ob.cit. pg. 14

⁷⁰³ REGO, Helena. *Complexidade, Intelligence e Governança*, pg. 35 IN: FERRAZ, David; MARQUES, Rui (org.). *Governança Integrada e Administração Pública*. Lisboa: INA Editora, 2015. (Sem destaques no original)

última a definição do problema e sua solução passam por envolver o sistema educativo. Mas será dentro do sistema educativo que o problema reside? O que pode então querer dizer ‘melhorar o sistema educativo’? Ou o problema da pobreza reside numa deficiente saúde física e mental? E se é isso, devemos juntar essa causa ao nosso pacote de informação, e procurar dentro dos serviços de saúde uma causa plausível. Devemos incluir a privação cultural? A desorganização espacial? Problemas de identidade? E por aí adiante.”⁷⁰⁴

O último quarto de século assistiu a uma explosão da capacidade humana para criar e manipular novo conhecimento, mas o Estado não acompanhou esse desenvolvimento de forma a poder informar as escolhas políticas públicas⁷⁰⁵, nossos instrumentos de intervenção na realidade social ainda são assentes sobre a epistemologia positivista. Frequentemente os decisores políticos concentram-se no urgente e relegam o prioritário⁷⁰⁶, de forma a usar recursos públicos de forma ineficiente, sem sanar as causas estruturais dos problemas, e sem o devido cuidado com os efeitos sistêmicos desencadeados por ações governamentais mal planejadas.⁷⁰⁷

4. PROCEDIMENTO: Para efetividade dos direitos sociais.

4.2 Procedimento segundo o Relatório Malderkern.

O Conselho Europeu realizou uma reunião extraordinária em 2000, em Lisboa, a fim de acordar num novo objetivo estratégico para a União Europeia tendo em vista “reforçar o emprego, a reforma económica e a coesão social no âmbito de uma economia baseada no conhecimento”. Com o “objetivo de se tornar a mais competitiva e mais dinâmica economia do mundo”,⁷⁰⁸ reconhecendo que, para tanto, faz-se necessária a “melhoria do ambiente legislativo europeu”.

O aludido Conselho incumbiu diversos grupos de trabalho a apresentarem relatórios sobre as áreas sensíveis para a aludida modernização econômica da união Européia. O “Grupo de Alto para a Melhoria da Qualidade Legislativa” condensou seus achados no documento *Relatório Mandelkern*, os quais se baseiam prioritariamente em experiências já consolidadas⁷⁰⁹. Por conseguinte, tomar-se-á o aludido relatório como modelo do procedimento prático da Legística, mas cotejando com apontamentos de autores que tratam da matéria. A apresentação

⁷⁰⁴ RITTEL e WEBER, 1973, APUD: MARQUES, Rui. *Governança integrada: uma resposta à era da complexidade*, ob.cit, pg. 15.

⁷⁰⁵ REGO, Helena. *Complexidade, Intelligence...* ob. cit. pg 32

⁷⁰⁶ REGO, Helena. *idem.* pg 32

⁷⁰⁷ “A aplicabilidade da teoria da complexidade, em primeiro lugar, sem sentido metafórico, serve para nos lembrar que as ações que desencadeamos podem ter consequências que não vislumbramos.” REGO, Helena. *ibidem.* pg 33

⁷⁰⁸ GRUPO DE ALTO NÍVEL PARA A MELHORIA DA QUALIDADE LEGISLATIVA (GRUPO MANDELKERN). Relatório Final. Legislação, nº20, Outubro de 2000, pg. 23

⁷⁰⁹ *Idem, idem,* pg. 29.

do Relatório condensa alguns dos princípios republicanos, democráticos e econômicos que busca salvaguardar:

“Os atos normativos são essenciais para a realização dos objetivos da política pública em numerosos domínios e a melhoria da sua qualidade não é sinónimo de eliminação automática deste instrumento. Trata-se, antes, de garantir que os actos normativos só são aplicados quando necessários e que, nesses casos, obedecem a padrões de alta qualidade. A melhoria da qualidade dos actos normativos é um benefício público em si, aumentando a credibilidade do processo de gestão pública e contribuindo para o bem-estar dos cidadãos, das empresas e dos demais envolvidos. Um acto normativo de qualidade evita que as empresas, os cidadãos e as administrações públicas fiquem submetidas a encargos inúteis, que representam tempo e dinheiro. Contribui para evitar que a competitividade das empresas (nomeadamente para as pequenas empresas) seja prejudicada por custos acrescidos e distorções de mercado. Segundo estudos realizados por diversas fontes, estima-se que a carga legislativa representa cerca de 2% a 5% do PIB, na Europa.(...). Actos normativos de qualidade contribuem para restabelecer a confiança nos governos e permite-lhes cumprir melhor os objetivos que se propuseram atingir. Actos normativos de qualidade revela-se igualmente menos problemática para as administrações públicas e mais fácil de respeitar pelos cidadãos.”⁷¹⁰

A sua aplicação requer uma abordagem de todo o ciclo de vida da lei e de uma dada política (análise, concepção, legislação, aplicação e revisão), mediante a utilização de instrumentos como “avaliação de impacto legislativo”, simplificação⁷¹¹, consolidação (revisão e atualização das normas já presentes), consulta ao público destinatário, melhoria do acesso à informação pela população e criação de estruturas institucionais encarregadas, tanto pelo Poder Legislativo quanto pelo Poder Executivo.

Os princípios a pautarem a aplicação de novos atos normativos são: a) necessidade, b) proporcionalidade (relação entre custo/benefício), c) subsidiariedade; d) transparência; e) responsabilidade (as autoridades responsáveis pelos atos normativos devem interessar-se pela questão da sua aplicabilidade social e institucional, procedendo às devidas alterações da redação quando informados de suas dificuldades); f) inteligibilidade (legislação coerente, acessível e compreensível aos destinatários); g) simplicidade (simplificação da utilização e aplicação do ato normativo tanto pelo gestor encarregado quanto pelo cidadão).

Primeiramente, deve-se considerar a utilização do ato normativo legislativo: existiriam outras alternativas, seja pela autorregulação social, atos normativos infralegais ou a delegação da tarefa para outro órgão administrativo mais próximo da realidade afetada? Deve-se ter em mente também que a utilização da lei é uma das exteriorizações mais importantes do atributo da soberania, devendo ser utilizada com parcimônia, ou seja, *subsidiariamente*.

⁷¹⁰ GRUPO DE ALTO NÍVEL PARA A MELHORIA DA QUALIDADE LEGISLATIVA (GRUPO MANDELKERN). ob.cit., pg. 13-14.

⁷¹¹ Um dos objetivos traçados a partir do Relatório Mandelkern foi o de desenvolver um plano para “reduzir em 40% (em relação a 30/12/01) o número de disposições comunitárias e o número de páginas de legislação comunitária até Junho de 2004). Idem.,ibidem., pg.20.

A utilização abusiva de atos legislativos leva ao emperramento dos procedimentos legislativos, criação de custos desnecessários e desproporcionais aos benefícios esperados pela aludida norma, e, o mais importante, à “desresponsabilização” dos atores sociais:

“Se a legislação intervier de forma excessiva na organização interna dos actores sociais e económicos ou nas obrigações impostas aos cidadãos, corre-se o risco de ver desaparecer a espontaneidade da iniciativa, o sentido das responsabilidades e a consciência cívica.”⁷¹²

4.2. Determinando a estrutura do problema.

A intenção de legislar pressupõe a existência de um problema no seio da sociedade. Conhecer o problema em questão e suas características constitui etapa primordial da abordagem metodológica, de forma a decidir se, primeiramente, há *efetiva necessidade de legislar*, e se caso afirmativo, delimitar o *campo de intervenção* e os *meios* a empregar.

A definição do problema consiste em adquirir efetivo conhecimento do tema em questão, municiando-se de dados confiáveis e os mais completos possíveis, para precisar a situação que originou a demanda legislativa e mensurar os pontos de contato do tema com realidades circunvizinhas, de forma a cobrir todas as faces do tema.

Para a existência de um problema, duas condições são necessárias, segundo DELLEY:

- 1) Desencontro, ou, “um estado de tensão” entre a situação concreta e a desejada pela população. Trata-se da confrontação entre as ordens do “ser” e do “dever-ser”.
- 2) Em seguida, determinar a causa do problema. “Sem evidenciar as causas do problema, não há possibilidade de intervenção estatal mediante atuação do Poder/esfera competente.”

Essas duas premissas colocam em evidência duas dimensões do problema, sob cujos enfoques ele deverá ser compreendido: uma analítica – existencial, fenomenológica, ôntica – e outra normativa – deôntica. Entram em cena tanto a percepção do plano existencial quanto a do plano axiológico.

Erros de apreciação podem surgir nos dois planos, explica DELLEY: tanto no plano dos valores quanto no plano da verificação factual⁷¹³, podendo levar a falsas avaliações: ou os fatos considerados não existem, ou não são como descritos inicialmente. Pode ocorrer ainda, e isso é especialmente importante no caso de processos económicos – por conta de sua dinamicidade e complexidade – que as causas do problema não sejam as apontadas

⁷¹² GRUPO MANDELKERN. *Relatório Final*. Legislação, nº20, Outubro de 2000, pg. 34-35.

⁷¹³ DELLEY, *Pensar a lei...* ob.cit., pg. 109.

inicialmente. *A avaliação incorreta no plano factual pode, por si mesma, atrair a utilização de valores que não se adequariam*, levando à adoção de uma *estratégia* estatal incorreta.

4.2.1. Necessidade de problematizar o impulso legislativo

Segundo DELLEY, O exame do processo legislativo tal como se desenrola na prática evidencia que, muito frequentemente, a “*percepção* do problema que motivou a demanda legiferante toma o lugar do problema”⁷¹⁴ efetivo e concreto. O *impulso* legiferante substitui a *análise* objetiva e distanciada da questão. O impulso pode ter se originado do lobby de grupos de pressão, da representação pessoal do legislador sobre o tema, ou a necessidade de dar uma resposta rápida a uma demanda popular.

A *análise* objetiva e distanciada da questão começa pelo legislador problematizando as razões que o impelem a agir, e, sem ignorar as demandas que lhe são dirigidas, desenvolver uma descrição própria sobre o problema cuja solução lhe é exigida. Isso envolve, portanto, problematizar/relativizar numa primeira etapa o impulso que deflagrou o processo. Esse trabalho de análise e definição não pode se limitar aos temas e ao direcionamento dados pelo impulso inicial. Por exemplo, afirmar simplesmente que “*existe uma crise habitacional*”, segundo DELLEY, “*não é algo suficiente para decidir legislar ou conceber uma legislação como eficaz; o problema não se encontra, pois, definido.*”⁷¹⁵

4.2.2. Causa do problema

Tendo relativizado o impulso legiferante, abre-se a perspectiva epistemológica que oportunizar passar ao processo de verdadeira descoberta das causas do problema.

Como no exemplo de uma crise habitacional, as causas podem ser inúmeras: escassez de terras edificáveis, custos elevados da construção, procedimentos excessivamente burocráticos para obter as devidas autorizações para edificar e suas correlatas licenças ambientais, problemas estruturais na rede de transporte que levam aglomerações humanas a se concentrarem em áreas já densamente povoadas ao invés de naturalmente espalharem-se, existência de dois mercados paralelos (um livre e outro controlado), entre outros.

Passa-se, pois, a contextualizar as causas na sua origem, de forma a tentar compreender seu processo *dinâmico*, procurar “descobrir” as “regras” internas que ditam a

⁷¹⁴ DELLEY, Jean-Daniel. *Pensar a Lei: Introdução a um procedimento metódico*. pg 107.

⁷¹⁵ DELLEY, Pensar a lei... , pg. 109.

evolução do problema, e como elas se comportam: “o grau de escassez é constante ou, ao contrário, ele aumenta? Ou ainda, a escassez é de natureza cíclica? Desde quando ela existe? Etc.”⁷¹⁶

4.2.3. Problematizar o impulso legiferante⁷¹⁷

- **Natureza:** em que consiste o problema ?
- **Causas:** a quem (ou o que) atribuir o problema? Quais as condições sob as quais ele surgiu e quais as efetivas causas originais?
- **Duração:** o problema é permanente ou provisório? Agudo ou crônico?
- **Dinâmica:** pode-se observar uma evolução do problema – como agravamento ou redução ? Ou um comportamento cíclico e regular ?
- **Áreas sociais afetadas:** quem são os afetados pelo problema, direta e/ou indiretamente?
- **Conseqüências:** o que ocorreria se se omitissem os atores e setores envolvidos?

A análise da situação implica reunir todos os dados disponíveis e necessários. Deve-se cuidar para que os dados não sejam limitados ao momento presente, buscando-se informações que permitam descrever o mais perfeitamente possível a *dinâmica do problema e seus efeitos concretos no tempo*. A mera justaposição de dados não é o objetivo nessa etapa, mas a efetiva compreensão de sua *dinâmica*, de forma a precisar o melhor possível sua real estrutura interna, os atores envolvidos, passivos e ativos, e os atores afetados direta e indiretamente.

O legista se colocará, por fim, a questão sobre a necessidade legiferante, tendo por critério a mensuração das conseqüências no caso de não-intervenção governamental, por exemplo: o mercado é suscetível de reagir à situação de escassez por si mesmo, de forma a desenvolver maior oferta de moradias?

4.2.4. Principais alternativas às leis.

Tendo sido estabelecido claramente o *objetivo* a ser alcançado com o ato normativo, antes da formulação da lei propriamente dita, deverá o legislador/gestor proceder à análise de eventuais alternativas outrem que à lei. Entre elas, o Relatório Malderkern recomenda levar em

⁷¹⁶ DELLEY, *Pensar a lei...*ob.cit. , pg. 110.

⁷¹⁷ DELLEY, *idem*, pg. 110.

conta principalmente:

- *“Imobilismo”*: a não-intervenção deve ser levada em conta face o fato de que a intervenção estatal carrega em si efeitos negativos que necessitam serem sopesados frente os benefícios *realistas* alcançáveis por uma lei.
- *Mecanismos de incentivo*: A criação de estímulos que incentivem as pessoas a espontaneamente tomarem a conduta almejada pela norma legislativa pode se revelar mais efetiva e de menor desgaste econômico e social. Tais mecanismos podem ser na forma de campanhas pedagógicas, preventivas, ou mesmo estímulos financeiros (prêmios ou sobretaxas).
- *“Auto-regulação”*. No caso, mencionam-se normas emitidas no seio da iniciativa privada, como normas de qualidade e certificações. Sua utilização exerce efeitos sobre a escolha do consumidor frente quanto ao cumprimento ou não de tais normativas (preço, segurança, responsabilidade ambiental, etc.) por parte dos fornecedores.
- *Políticas contratuais*: Constitui a técnica de delegação de responsabilidades para atores privados, seja no domínio econômico como no social. O problema social detectado pode ser normalizado mediante convênios com associações, particulares, empresas; ou concessões financeiras que premiem o respeito por certas normas de qualidade (por exemplo, normas ambientais) ou com vistas às atividades que contribuam com o bem público.
- *Mecanismos de responsabilização*: Na perspectiva da aplicação das políticas públicas, mesmo na ausência de leis podem ser introduzidos mecanismos que garantam que os envolvidos assumam responsabilidades e honrem obrigações; por exemplo, pela introdução de seguros obrigatórios. Tal mecanismo converge com a teoria dos *custos sociais* (COASE) e a necessidade da “interiorização” das “externalidades” nos direitos de propriedade do agente causador do dano, revelando-se uma das formas mais eficientes de atribuição de responsabilidades e de modulação da conduta dos agentes.
- *Melhoria da regulamentação já existente*: Provavelmente uma das alternativas mais desprezadas, todavia, uma das mais importantes. Problemas sociais podem ser oriundos ou da aplicação de normas inadequadas ou pela *falta* de aplicação daquelas já existentes. Diante da inflação legislativa, dificilmente já não existam normas referentes àquela questão, de forma que elas necessitariam apenas ter sua

aplicação/inteligência revista para verificar o porquê da falta de aplicação ou, se aplicadas, porque não surgem o efeito esperado.

Após a análise das alternativas à lei aqui elencadas, caso ainda se opte pela utilização da legislação, recomenda-se que se considerem ainda as seguintes estratégias que possam ou melhorar a desenvoltura da “auto-regulação”, ou a aplicação da “co-regulação”. A autorregulação, em especial a econômica, pode ser aperfeiçoada pela *inserção* de normas de qualidade, certificações, códigos de conduta, que incentivem os atores econômicos a melhorarem a qualidade técnica e ou seu desempenho comercial dado o interesse dos consumidores em verem satisfeitas tais normativas de qualidade. No caso da “co-regulação”, a aplicação eficaz de políticas públicas pode levar a necessidade de conjugar regras legislativas com instrumentos de natureza não normativa. Uma abordagem pode se dar pela definição dos objetivos pela autoridade legislativa e respectiva delegação “dos pormenores da aplicação” a atores privados. Mostra-se adequado para “domínios que exijam adaptabilidade e flexibilidade”⁷¹⁸. Outra forma de abordar a correção pode ser pela “validação legislativa de regras de auto-regulação”, que consiste numa perspectiva de baixo para cima. Consiste em transformar em obrigatório mediante a norma legal práticas já consagradas entre parceiros privados.

Por fim, recomenda-se a utilização de “Cláusulas de caducidade e revisão”, as quais oferecem a vantagem de obrigarem o Governo e o Parlamento a reavaliarem novamente a necessidade de um determinado ato normativo. Sua utilização sistemática garantiria uma revisão contínua da legislação, contribuindo para a racionalização ou eliminação de disposições já não necessárias⁷¹⁹.

4.3. Instrumentos

4.3.1. Avaliação de Impacto Normativo.

A avaliação de impacto normativo (AIN) é um processo analítico de gestão de qualidade das normas jurídicas, com o objetivo de identificar e estudar os efeitos potenciais e

⁷¹⁸ GRUPO DE ALTO NÍVEL PARA A MELHORIA DA QUALIDADE LEGISLATIVA (GRUPO MANDELKERN). ob.cit., pg 38.

⁷¹⁹ Não se ignorar que o trabalho de revisão implica a utilização de recursos humanos e financeiros, assim como não se pode simplesmente determinar a caducidade automática de uma norma irresponsavelmente. Outro inconveniente, salienta o Relatório Malderkern, é a possibilidade de se criar um ambiente de insegurança jurídica que arrastaria consigo insegurança nos cidadãos e nos agentes econômicos. Tais questões devem ser igualmente consideradas para a utilização desses instrumentos. Idem, ibidem, pg. 40.

reais dos atos normativos, e, em última análise, buscar melhores opções para a atuação pública. Por conseguinte, tal avaliação vai muito além do mero impacto orçamentário.⁷²⁰

A avaliação de impacto normativo mostra-se um instrumento poderoso para a construção de normas e “*políticas modernas, baseadas em provas*”.⁷²¹ Seu objetivo é a construção de quadro informado e estruturado do problema juntamente com as diferentes estratégias que suficiente e eficientemente dirimam a questão. A apresentação desse quadro completo visa sustentar uma escolha do legislador informada e racional.

“Avaliar significa, porém, mais do que analisar – verbo habitualmente associado à química, que sugere decomposição nos seus elementos. Avaliar é mais do que isso: trata-se de medir, de pesar as conseqüências da lei no meio social. A avaliação legislativa assenta na pesquisa científica dos efeitos da lei sobre a sociedade, sendo seu objetivo principal a melhoria da acção do Estado no sentido de uma maior eficácia, duma melhor eficiência e/ou da atenuação de seus efeitos negativos.”⁷²²

De acordo com o Relatório, o quadro que “permite estudar com maior rigor os impactos – quer negativos quer positivos – das diferentes opções políticas é a análise custo-benefício”. Tal metodologia permite comparar objetivamente as vantagens e os custos quantificáveis das opções disponíveis. Nesse âmbito, podem também serem levantadas questões de equidade, cujo impacto ganhará contornos mais claros.

A análise custo-benefício pode desempenhar um outro papel importante no âmbito da elaboração da política pública. O simples fato de colocar as questões pertinentes para preparar uma análise custo-benefício pode acrescentar valor e compreensão a elaboração da política, por revelar o nível de complexidade e de esforços implicados, podendo levar ao aperfeiçoamento do desenho inicial da política pública em gestação.

A avaliação de impacto legislativo deve ocorrer em estreita cooperação com os políticos envolvidos, devendo integrar o mais cedo possível o processo de desenho da elaboração da política.

Esta avaliação pormenorizada deve inserir-se no âmbito das consultas externas (formais e informais). O esforço investigativo e grau de profundidade da avaliação de impacto legislativo deve ser proporcional à grandeza da política proposta. Ou seja, quanto maior o impacto previsto, maiores e mais detalhados deverão se revelar os trabalhos de avaliação prospectiva do impacto legislativo, por exemplo, mediante teste estatístico dos efeitos

⁷²⁰ MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). *Guia de Avaliação de Impacto Normativo*, Coimbra: Almedina, 2010, pg.17.

⁷²¹ GRUPO DE ALTO NÍVEL PARA A MELHORIA DA QUALIDADE LEGISLATIVA (GRUPO MANDELKERN). ob.cit.,pg. 41

⁷²² CAUPERS, João, ob.cit., pg. 49.

prováveis, dimensionando custos financeiros globais e impactos desproporcionalmente sentidos por grupos sociais específicos, como um ecossistema, uma indústria, uma região geográfica, etc.

Uma das maiores dificuldades de se fazer aplicar uma efetiva rotina de avaliação de impacto legislativo é fazer os responsáveis políticos sensibilizarem-se pela sua necessidade. A falta de apoio político redundando nas dificuldades de se construir as estruturas institucionais necessárias para efetivar os estudos que informarão tais análises. Relata-se também a resistência de atores acadêmicos e jurídicos que relutam em aceitar a necessidade de abordagens mais transversais e multidisciplinares de problemas sociais e econômicos:

“Alguns vêm na avaliação de impacto uma desculpa para impor aos decisores uma acção desnormalizadora centrada nas empresas. Quando uma avaliação de impacto é correctamente realizada, não é de modo algum o caso. Pelo contrário, como foi dito anteriormente, a avaliação de impacto apenas expõe as informações de forma clara e concisa, para sustentar – não controlar – a decisão política.”⁷²³

Recomenda-se que a implantação prática desses instrumentos recaia sobre equipes multidisciplinares. O rigor e a independência da equipe devêm combinar-se com “uma flexibilidade e pragmatismo analítico quanto aos métodos mais adequados para avaliar, em cada caso concreto, os custos e benefícios, riscos e encargos administrativos dos diplomas [legislativos]”.⁷²⁴ Recomenda-se que ao menos um jurista e um economista façam parte da equipe avaliadora.⁷²⁵

Como já antecipado, a avaliação de impacto normativo dá-se em duas etapas – ou momentos: a avaliação prévia, ou prospectiva (*ex ante*) e a avaliação sucessiva, retrospectiva (*ex post*). A avaliação prévia visa aferir se os efeitos prognosticados são aptos a preencherem adequadamente os objetivos da intervenção em pauta, e se estão de acordo com o universo das políticas governamentais em atuação e com o ordenamento jurídico existente.

A avaliação prévia visa:

- 1) Verificar se a intervenção normativa é realmente necessária e suficiente para dirimir a questão concreta em pauta, de forma evitar o recurso abusivo à adoção de normas e de intervenção na esfera das condutas dos indivíduos.
- 2) Esclarecer e precisar os objetivos da decisão normativa.
- 3) Identificar e avaliar diferentes opções de atuação estatal, de forma a verificar a opção que apresente a melhor relação custo/benefício, ou, por outro lado, se os benefícios da atuação estatal não superam seus custos sociais e financeiros.

⁷²³ GRUPO DE ALTO NÍVEL PARA A MELHORIA DA QUALIDADE LEGISLATIVA (GRUPO MANDELKERN). ob.cit.,pg. 51.

⁷²⁴ MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). *Guia de Avaliação de Impacto Normativo*.ob.cit., pg 9.

⁷²⁵ Idem,*Guia de Avaliação de Impacto Normativo*, pg. 20

4) “Antever possíveis distorções na distribuição dos impactos da norma entre os seus destinatários, identificar e prevenir potenciais riscos ou efeitos indesejados que prejudicam a intervenção normativa, verificar se a norma em preparação reduz ou aumenta os custos administrativos e aferir eventuais insuficiências na execução administrativa, ou outras, que prejudiquem a aplicação das normas em causa.”⁷²⁶

4.3.1.1. Custo de oportunidade (*custo-benefício em sentido mais profundo*).

A análise do custo-benefício envolve também a análise antecipatória da reação dos destinatários da lei, partindo desta para apreciar as vantagens e as desvantagens provavelmente decorrentes da medida legislativa.

CAUPERS oferece como exemplo o aumento do importo IVA de 17% para 19%. É de conhecimento notório a existência de sonegação fiscal, portanto, o aumento do imposto estimula ao incremento da sonegação. Para impedir esse efeito negativo, o Governo deve lançar mão de maior fiscalização e sanções. Todavia, a efetiva fiscalização – que é o fator determinante para a ocorrência ou não da conduta sonegatória – implica aumentar o aparato administrativo, levando ao incremento de despesas. Logo, o aumento do valor do imposto pode conduzir não ao aumento da arrecadação do Estado, como almejado, mas à sua queda, ou ao aumento das despesas com fiscalização, podendo tornar nulo o aumento arrecadatório.⁷²⁷

O custo de oportunidade pode ser exemplificado também na escolha administrativa de proceder ao perdão de dívidas tributárias de menor monta, para poder concentrar seus esforços na cobrança das dívidas dos grandes devedores.

4.3.1.2 Avaliação retrospectiva:

Possui em mira uma dupla comparação⁷²⁸: de um lado, os efeitos previstos a serem efetuados pela norma, no momento da aprovação da lei, e os efetivamente concretizados. Para tanto, faz-se necessário que os objetivos tenham sido minuciosamente descritos, identificados e que tal cenário desejado tenha sido formalmente catalogado de forma a permitir a recuperação dessa informação. O segundo plano comparativo consiste na confrontação entre a situação concreta antes da aplicação da norma e a situação encontrada após certo decurso de prazo. Neste, tem-se em mira um campo de investigação formalmente mais amplo, pois ainda que a

⁷²⁶ MORAIS, *Guia de avaliação de impacto normativo*..ob.cit., pg. 19

⁷²⁷ CAUPERS, ob.cit., pg. 43-44.

⁷²⁸ CAUPERS, ob.cit., pg. 50.

norma tenha ou não atingido os efeitos pretendidos, ela pode ter gerado outras consequências não previstas inicialmente, positivas ou negativas.

A avaliação retrospectiva propõe-se:

- i) Aferir do cumprimento dos objetivos de atuação pública e da relação entre os custos e benefícios efetivamente ocorridos.
- ii) Identificar eventuais insuficiências na aplicação do ato normativo, seu grau de efetividade e de acatamento, assim como o grau de litigiosidade gerada pela sua aplicação.
- iii) Identificar eventuais defeitos de redação e de sistematização.
- iv) Averiguar acerca do cumprimento de objetivos específicos de política legislativa na área em causa.
- v) Apreciar o grau de sucesso da avaliação prévia, utilizar tal experiência para compor o repertório das ações estatais.

Alerta-se que não se deve desprezar nenhuma etapa da avaliação de impacto normativo (*ex ante* e *ex post*). As boas práticas internacionais em matéria de avaliação vão no sentido de considerarem o instrumento como um todo⁷²⁹, formando um ciclo de previsão, aplicação, apuração, correção e aprendizagem para experiências futuras.

“(…)a avaliação retrospectiva assume-se como condição *sine qua non* de legitimidade da lei: se não for feita, nunca se saberá se a lei atingiu os objetivos que o legislador estabeleceu para ela e, portanto, se a decisão de legislar daquele modo, foi uma boa decisão.”⁷³⁰

A avaliação pode ter diferentes graus de profundidade investigativa, de forma a não se tornar um peso, em si mesma, para a formulação e elaboração legislativa. Sem prejuízo de outras situações, existirão impactos significativos quando alternativamente: “a) os custos esperados forem elevados; b) os custos esperados sejam apenas marginalmente superados pelos benefícios esperados; c) os custos se concentrem num grupo socialmente vulnerável ou num sector economicamente relevante, como as empresas privadas; d) Os benefícios se concentrem num pequeno grupo da população e os custos sejam difusos, ou seja, dispersos pela generalidade da população e pelo sector público.”⁷³¹

4.3.2.Consulta

⁷²⁹ MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). *Guia de Avaliação de Impacto Normativo*, ob.cit, pg. 21.

⁷³⁰ CAUPERS, ob.cit., pg. 50.

⁷³¹ MORAIS, idem, pg. 23.

A fim de garantir uma ação normativa de qualidade e promover um processo de decisão “aberto, transparente e democrático”, é importante que as organizações e os grupos visados pelos novos atos sejam consultados em fases apropriadas do processo normativo⁷³². A consulta servirá de ponte a oportunizar a interação entre os atores políticos e sociais em questão, com vistas ao aperfeiçoamento da normativa final.

Entre os efeitos visados pela consulta - além da própria participação democrática - podem surgir informações que esclareçam o contexto factual, desenhando-o com maior precisão, de forma que a abertura de um canal de comunicação pode auxiliar na melhoria do texto legislativo proposto. O âmbito político pode servir também de arbitragem dos diferentes interesses conectados à questão, de forma a antecipadamente prever e dirimir conflitos. Por fim, a abertura da consulta possibilita a percepção de uma prévia avaliação sobre se a lei em questão terá aplicabilidade prática por conta da adesão apresentada. Em suma, a consulta pública deve ser vista como um instrumento que oportunize não apenas às partes expressarem eventuais protestos, mas se trata de uma efetiva fonte de informações com o potencial de moldar os atos normativos e o desenho de políticas públicas. Consequentemente, o Relatório Mandelkern recomenda que sejam efetuadas as consultas públicas em momento hábil a permitir mudanças no planejamento legislativo, não ao final do processo.

Deve-se ter ainda a sensibilidade de procurar ouvir as partes hipossuficientes, que não se apresentam como um grupo de pressão organizado. *“É o caso, por exemplo, das organizações de consumidores e de empresas, das PMEs e dos organismos administrativos locais. De um modo geral, é preferível consultar demasiado do que não o suficiente, entre outras coisas para evitar que a consulta se torne apanágio dos lobbies mais influentes.”*⁷³³

Entre os problemas relacionados à prática, pode ocorrer das administrações serem levadas a elaborarem uma legislação de forma urgente e sem proceder deliberadamente a qualquer consulta, ou a conceder um prazo exíguo para a mesma, restringindo o conjunto de cidadãos participantes, falseando a “representatividade popular” aos atores previamente informados. A consulta não deve de forma alguma se limitar a um grupo específico, pois isso frustra seu objetivo público superior – transparência e democracia. Devem-se prever as diferentes visões e interesses que serão expressos pelo canal da consulta, por isso, a administração pública deve agir de forma imparcial, como árbitro entre os diferentes atores e interesses em questão. Por fim, salienta-se que a consulta não é um substituto ao projeto

⁷³² GRUPO DE ALTO NÍVEL PARA A MELHORIA DA QUALIDADE LEGISLATIVA (GRUPO MANDELKERN), ob.cit.,pg. 54.

⁷³³ Idem, idem, pg. 56

legislativo, pois a decisão final cabe aos políticos democraticamente eleitos. A consulta é um meio de eventual aperfeiçoamento da proposta.

4.3.3. Simplificação

Simplificação consiste no processo de atualização, aperfeiçoamento e adequação do conjunto normativo existente. Dadas as mudanças sociais e tecnológicas experimentadas nas últimas décadas, a legislação tem se mostrado excessivamente “pesada” e com muitos dispositivos “obsoletos”. A complexidade do mundo atual exige também ferramentas diferenciadas que levem em conta esse cenário. “A complexidade do nosso mundo exige normas adequadas para governar. É importante respeitar, mais que negar, esta complexidade quando ela é necessária à melhoria da qualidade de vida.”⁷³⁴ Por conseguinte, simplificar a legislação significa torná-la de mais fácil utilização. Simplificação também não é sinônimo de “deslegalização”. Conforme ressalta o Relatório:

“O conceito de simplificação apresentado pelo Grupo não deve ser confundido com o de deslegalização. Os dois conceitos não podem ser considerados sinônimos. A deslegalização remete simplesmente para a abolição de normas num determinado sector, enquanto que a simplificação – uma fase mais avançada da gestão dos actos normativos – visa preservar a existência de normas num determinado sector, fazendo ao mesmo tempo com que elas sejam mais eficazes, menos pesadas e mais fáceis de compreender e de respeitar. (...) Deste modo, por simplificação entende-se o processo de reforma dos actos normativos existentes, com o objectivo de racionalizar os procedimentos administrativos e reduzir a carga imposta pelo respeito às normas sobre os cidadãos, as empresas e o próprio sector público, preservando simultaneamente os objectivos (políticos) visados pela acção normativa.”⁷³⁵

O processo de simplificação em países europeus já se mostra em fase mais avançada, especialmente quanto à diminuição da carga de procedimentos burocráticos, número de formalidades e de autorização administrativas, tendo como parâmetro recomendações da OCDE.⁷³⁶

A simplificação não pode ser vista como um projeto isolado, nem no tempo, nem na matéria. Primeiramente, trata-se de um processo multidisciplinar, a envolver juristas, economistas, linguistas e administradores. Em segundo lugar, a fim de que traga benefícios reais, deve ser considerado um processo, não um projeto ou esforço pontual *ad hoc* “que poderá ser abandonado no ano seguinte”, alerta o Relatório. Para tanto, um apoio político

⁷³⁴ GRUPO DE ALTO NÍVEL PARA A MELHORIA DA QUALIDADE LEGISLATIVA (GRUPO MANDELKERN).ob.cit.,pg. 62.

⁷³⁵Idem, idem,pg. 63

⁷³⁶Ibidem, ibidem, pg. 63

sustentável constitui um elemento-chave. “Em muitos países, os próprios primeiros-ministros envolvem-se pessoalmente nesta tarefa”⁷³⁷, ressalta o Relatório.

5. Do paradigma da “regulamentação patogênica” para uma regulamentação inteligente.

A aplicação sistemática da racionalidade aqui abordada e da presente metodologia brevemente desenhada visa restaurar a efetividade das normas e sanar os efeitos negativos que as mesmas têm causado, de forma a romper com o que HOULE chama de “paradigma da regulamentação patogênica”, substituindo-a por uma regulamentação “inteligente”.

O uso excessivo das normas para regulamentar a atividade econômica, social e administrativa, cujo processo se inicia após o *crash* econômico de 1929 e atinge seu ápice nos anos 1970, causou distorções na estrutura de preços, inflação, estagnação econômica, distorções para a entrada de novos entrantes no mercado, entre outros. Esse cenário passou a reclamar uma mudança de paradigma da atividade regulamentadora estatal desde então, processo que ainda tem se desdobrado.

Descrevendo a experiência regulatória canadense, HOULE classifica em três os “paradigmas” utilizados historicamente nas regulamentações: o primeiro, “curativo”, o qual se estabelece com a justificativa de sanar os efeitos econômicos negativos após o crash 29, quando então o Estado assumiu um papel preponderante de indutor da organização social e crescimento econômico. Seu ápice, como já mencionado, atinge os anos 1970, quando então se revelam os efeitos negativos da agora regulamentação “patogênica”. Esse período foi marcado pela desconsideração das autoridades pelos efeitos regulamentares, dado que o paradigma legal kelseniano até então prevalente coloca seu foco sobre a *executoriedade* das leis, não na sua *efetividade*.

Observa-se também um fator cultural institucional. Regular condutas – ou meios – do ponto de vista do administrador ou legislador é mais fácil que criar uma regulamentação que deve atender a um determinado fim: a primeira não necessita prestar contas de seus resultados concretos, diminuindo a carga do *accountability* dos ombros do gestor público, pois desarma o cidadão de seu principal fundamento de cobrança frente às autoridades. Por outro lado, uma regulamentação voltada à conformação de condutas requer a construção de uma máquina administrativa “complexa e custosa”⁷³⁸, contribuindo para a ineficiência da legislação e do gasto público. Existem também conexões entre a regulamentação patogênica e a má-utilização

⁷³⁷ Ibidem, ibidem, pg. 64

⁷³⁸ HOULE, France, ob.cit. pg. 46.

da máquina pública para o beneficiamento daqueles grupos que a controlam, não só pela busca de vantagens econômicas (já tratadas), mas também pela tentativa de aumento do campo de influência de diferentes órgãos ou pessoas públicas, derivando na emissão conflituosa de normas por conta da sobreposição de responsabilidades.⁷³⁹

Entre as principais críticas que surgiram naquele período, constavam as que apontavam os enormes custos gerados pelas normas. Por exemplo, cite-se um estudo que apontava que em 1978 cerca de 29% do produto interno bruto canadense era direcionado somente para conformidade regulamentar.⁷⁴⁰

Os esforços de diminuição do ônus burocrático desnecessário ou “irritantes burocráticos” - também chamados de *red-tape* no direito anglo-saxão – se iniciam em alguns países desenvolvidos.⁷⁴¹ Defendem-se as reformas legislativas, a simplificação e a desregulamentação, com vistas a sanar os efeitos crônicos constatados. Passa-se ao paradigma da “racionalidade”.

Concomitantemente, os desenvolvimentos das pesquisas sobre os fatores determinantes do crescimento econômico também influenciam a mudança para um paradigma de regulamentação, juntamente com uma compreensão mais precisa do papel do Estado. No lugar dos fatores de produção como determinantes para o desenvolvimento econômico, constata-se a grande importância do papel da *inovação*, fator que teria sido o preponderante para explicar o crescimento econômico verificado após a Segunda Guerra Mundial⁷⁴². A inovação exige uma tomada de iniciativa por parte de indivíduos e empresas, implicando uma reavaliação do papel da liberdade para o desenvolvimento.

Muda-se o paradigma para o da aceitação da complexidade social, reconhecendo-se a impossibilidade de se controlar grandes processos complexos, passa-se a buscar moldar a auto-gestão dos atores sociais, de forma direcioná-la para atingimento dos fins almejados, sob a égide da busca da *eficiência* em detrimento do controle. Em parte, tal processo também é influenciado pela mudança de uma economia embasada na indústria para a contemporânea, voltada aos serviços e fundada no *conhecimento*. Esse novo cenário requer fórmulas normativas mais flexíveis, adaptáveis, canalizadoras do empreendedorismo e da inovação, assim como a eficiência na proteção social. Entramos na era da regulamentação *inteligente*. Concepção

⁷³⁹ HOULE, France, ob.cit., pg. 40.

⁷⁴⁰ HOULE, France, idem, pg. 38.

⁷⁴¹ No Canadá a comissão anglo-canadense responsável por essa tarefa - chamada propositadamente de *Red-Tape Task Force* – teve como foco principal as barreiras administrativas que impediam as pequenas empresas de concorrerem no mercado. Cf: HOULE, France, ibidem, pg. 153.

⁷⁴² SOLOW, Robert M. *A contribution to the Theory of Economic Growth*, 1956; APUD: HOULE, France. ibidem. pgs. 48-49.

dinâmica e instrumental do Direito, que compreende a verificação de seus resultados práticos, da dinâmica dos fenômenos sociais engatilhados pela aplicação da norma de forma sistemática.

“Na medida em que se admite que a actividade legislativa não é o simples produto da acção conjunta duma diversidade de imposições de natureza política ou a mera expressão de actos simbólicos que visam satisfazer a opinião pública, levando-a a crer que o Estado deseja chamar a si os problemas equacionados por ela ou pelos actores políticos e é capaz de resolvê-los, mas sim uma actividade com uma finalidade, destinada a produzir resultados concretos e a contribuir para a solução dos problemas efetivos, os juristas devem interessar-se também pelos efeitos da legislação. Devem tomar consciência de que não basta interpretar e aplicar normas legais ou criá-las. É preciso ainda verificar se tais normas produzem realmente os efeitos desejados. Isto equivale a uma verdadeira mudança de paradigma para a ciência jurídica (...)”⁷⁴³

Todavia, mesmo no Canadá – país onde a racionalidade legislativa se mostra mais desenvolvida - essas constatações ainda permanecem apenas parcialmente aplicadas, dadas, entre outras, as dificuldades de ordem cultural institucional e a necessária curva de aprendizagem dos integrantes da Administração Pública.

Sobretudo, a compreensão de como se produzir uma regulação “inteligente” requer que se ultrapasse a dicotomia ideológica “mercado/Estado”, de forma a se poder antever as novas fórmulas de controle social e econômico, embasadas em métodos mais “flexíveis, engenhosos” e indiretos, resultante da combinação de vários instrumentos normativos e de cooperação.⁷⁴⁴

A expressão “regulamentação inteligente” constitui uma tradução de “*smart regulation*”. “*Smart*” também é tomada como acrônimo das características esperadas da regulação: “*sound, modern, results-based, transparent*”. Nascida de uma iniciativa pangovernamental, entre os membros da APEC e da OCDE, a “regulamentação inteligente” tem em mira criar sistemas “coerentes, transparentes, proativos e progressistas.”⁷⁴⁵ Entre os objetivos específicos encontram-se o acesso ao mercado de forma equitativa, proteção ambiental, social e um contexto propício ao investimento econômico.

A perspectiva quanto ao papel da regulamentação passa da função “material” para uma função instrumental, tendo em vista especialmente sistemas complexos de regulação social, como os sistemas social, econômico e administrativo: “*le fait de maintenir en équilibre, d’assurer le fonctionnement correct (d’un système complexe)*.”⁷⁴⁶

⁷⁴³MADER, Luzius. *Avaliação Legislativa*. ob.cit., pg.41.

⁷⁴⁴ GRABOSKY, Peter; GUNNINGHAM, Neil. *Smart Regulation: designing Environmental Policy*. Oxford University Press, 1998, pg. 4; APUD: HOULE, France, ob.cit., pg. 69.

⁷⁴⁵ GOUVERNEMENT DU CADANA, *Réglementation Intelligente : Rapport sur les initiatives et les projets*. Édition de l’automne 2005, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 2005, p. 4. APUD HOULE, idem, ibim, pg 164.

⁷⁴⁶ Le Nouveau Petit Robert, Dictionnaire Le Robert, Paris, 2007, pg. 2170 APUD : HOULE, France. idem, pg.14

Concebida como um projeto de modernização da legislação com vistas a favorecer tanto uma economia de inovação, de empreendedorismo e de eficiência na proteção social⁷⁴⁷, visa habilitar o Estado a efetuar intervenções seletivas e responsáveis, com a análise prévia dos efeitos e riscos. Os estudos de avaliação de impacto recebem, assim, grande importância, estando incorporados ao processo legislativo canadense.⁷⁴⁸

HOULE coloca em destaque duas principais inovações que passam a integrar a abordagem *responsável* para uma Autoridade emitir uma nova norma: a primeira, consiste na obrigação das autoridades apresentarem as justificações econômicas e sociais das regulamentações (justificação racional), o que coloca em questão a atribuição do poder/responsabilidade do Estado para eventualmente restringir o livre-arbítrio. A segunda obrigação consiste a de garantir a *participação* dos atingidos pelas normas em sua elaboração.

Por fim, a dimensão da previsão dos efeitos da norma torna a utilização de conhecimento econômico parte integrante dos Estudos de Impacto Legislativo. Juntamente com os princípios e instrumentos já apresentados (identificação do problema, estudos, análise de instrumentos alternativos, análise de custos e benefícios, entre outros), os postulados de microeconomia também são utilizados por permitirem antever as preferências e comportamentos dos indivíduos e empresas⁷⁴⁹, auxiliando na tomada da decisão legislativa.

6. Legística e o Papel do Legislativo para regulação dos direitos sociais – judicialização e capacidade institucional adequada.

Os instrumentos legísticos apresentam uma abordagem que revaloriza e fortalece o papel do Legislativo diante de um cenário onde o Executivo adota uma conduta amplamente legiferante e o Judiciário, por sua vez, uma conduta ativista. Ainda que os instrumentos da Legística sejam recomendados igualmente para racionalização de políticas públicas – logo, devendo ser adotadas igualmente pelo Executivo – é o Legislativo quem carrega a importante prerrogativa de poder invadir ou não a liberdade mediante o uso de uma nova lei.

É também o Legislativo quem possui a “máxima discricionariedade” para a escolha do conteúdo da nova norma, enquanto que Executivo e o Judiciário submetem-se mais

⁷⁴⁷ GOUVERNEMENT DU CANADA, COMITE CONSULTATIF EXTERNE SUR LA REGLEMENTATION INTELLIGENTE, *La réglementation intelligente. Une stratégie de réglementation pour le Canada*, Rapport au gouvernement du Canada, CCERI, septembre 2004. In : HOULE, pg. 163-170.

⁷⁴⁸ A legislação canadense apresenta já um histórico e experiência na questão da legística – desde a *Loi sur les textes réglementaires* (1972) até a recente *Directive du Cabinet sur la rationalisation de la réglementation* (2007), sendo justamente as etapas e a transformação do paradigma regulatório que pauta a obra do Autor (do “patogênico” ao paradigma “inteligente”) Cf: HOULE, France, ob.cit.

⁷⁴⁹ HOULE, France, idem, pg.36.

estritamente ao princípio da Legalidade, restringindo – justificadamente – sua liberdade de ação. Portanto, cabe ao Legislativo a concepção ou a consideração e eventual aprovação – no caso de projetos apresentados pelos demais Poderes – das leis e regulamentos que delimitam e concretizam os direitos fundamentais.

No tema concernente “concretização dos direitos fundamentais” dá-se atualmente bastante ênfase ao papel do Judiciário para o atendimento de casos desatendidos por conta da omissão estatal, destacadamente, casos de direitos já legalmente assegurados, mas cuja prestação estatal mostrou-se insuficiente, como o direito à saúde – prestação de serviços médicos, remédios e tratamentos -, e direito à educação, para a garantia de vagas em escolas públicas.

Efetivamente, diante de um direito já legalmente assegurado cuja prestação estatal falha, impõe-se a possibilidade do cidadão acionar o último Poder capaz de fazer valer a norma: o Judiciário. A possibilidade de judicialização de certos direitos sociais constitui parte integrante do feixe de ações e posições jurídicas necessária para seu efetivo gozo, constituindo também instrumento de participação cidadã e forma de “informar” ao poder público a insuficiência daquele serviço, bem ou proteção.

Todavia, esse poder-dever do Judiciário não pode encobrir uma depreciação pelo papel intransferível do Legislativo. O Judiciário ocupa a melhor posição para efetuar a “justiça do caso concreto, microjustiça”⁷⁵⁰; todavia, não para assumir uma posição francamente ativista que crie efeitos institucionais e sistêmicos, que serão em geral negativos, redundando na contribuição da ineficiência do serviço público, ao alimentar o círculo vicioso da má-gestão pública: um contingente excessivo de lides impede a racionalização da gestão, que por sua vez contribui para um pobre cumprimento do atendimento da necessidade pública, que por sua vez redundará em novo ciclo de lides judiciais.

VERMEULE levanta a questão da necessidade do juiz tomar consciência da posição institucional que ele ocupa no desenho global do Estado, e como suas decisões voluntárias podem causar mais danos à sociedade e à harmonização da atividade entre os Poderes estatais e seus respectivos órgãos. Clama para que o Judiciário compreenda que interpretar uma lei envolve compreender também seus efeitos sistêmicos, inclusive, aqueles que reverberam institucionalmente pelo corpo do Estado.⁷⁵¹ “*O judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por*

⁷⁵⁰ BARCELLOS, Ana Paula. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. Revista de Direito do Estado 3:17, 2006, p. 34.

⁷⁵¹ VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty...* ob.cit.

não exercer o poder, em auto-limitação espontânea, antes eleva que diminui.”⁷⁵²

“O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. Os riscos da judicialização e, sobretudo, do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário.”⁷⁵³

Muito da justificativa utilizada para a *judicialização* de direitos fundamentais repousa sobre a consabida “omissão legislativa”, a qual efetivamente causa prejuízos para o exercício de direitos fundamentais⁷⁵⁴. Por conseguinte, a concretização dos direitos sociais/direitos humanos econômicos, sociais, culturais implica uma “juridicização do político”⁷⁵⁵. Todavia, a estratégia prioritária para veicular tal problema repousa sobre reconhecer “as necessidades do aprimoramento instrumental de novas técnicas de decisão que preencham casos de lacuna motivados pela inação do legislador”.⁷⁵⁶ O Apelo ao Legislador (Appllellentscheidung), por exemplo, como ressalta SOARES⁷⁵⁷, constitui a técnica desenvolvida pela Corte Constitucional Alemã para provocar o Legislativo sobre uma situação de omissão que se encontra no limiar da constitucionalidade.

Portanto, para sair do círculo vicioso antes apontado, sem deixar de atender o indivíduo nesse meio termo, faz-se necessário ir até a *origem* do problema da inefetividade do atendimento dos direitos fundamentais, o qual reside em grande medida na crônica desordenação do sistema normativo, por contribuir fortemente para a má-governança, ineficiência e desperdício de recursos públicos. Tais melhorias passam pela adoção procedimental da Legística, revestimento de órgãos imbuídos da responsabilidade de apontarem as omissões e munirem os legisladores das informações correlatas, entre outros.

Por conseguinte, cabe ao Legislativo essa grande tarefa. Somente ele possui a prerrogativa e a capacidade institucional para tanto. Somente na seara legislativa pode-se abrir

⁷⁵² BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e Legitimidade Democrática*. pg. 17, texto que faz parte do conjunto de artigos “Retrospectiva 2008 – STF”, publicado também por: Revista eletrônica de Direito do Estado, n. 18, abril-junho 2009, disponível on line em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-LUIS%20BARROSO.pdf>.

⁷⁵³ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo...ob.cit.*,pg. 17.

⁷⁵⁴ SOARES, Fabiana de Menezes. *Acesso ao Direito vigente...ob.cit.*, pg 258.

⁷⁵⁵ Cf: ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos... ob.cit.*

⁷⁵⁶ SOARES, Fabiana de Menezes. *Idem*, pg 258.

⁷⁵⁷ SOARES, Fabiana de Menezes, *ibidem*, pg 258, Cf: MENDES, Gilmar Ferreira. O Apelo ao Legislador: Appllellentscheidung na práxis da Corte Constitucional Alemã. In: Revista de Informação Legislativa, vol. 29, n. 114, pp 473-484, abr/jun, 1999, CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *Apelação ao Legislador como técnica de decisão de inconstitucionalidade e o Supremo Tribunal Federal*. Organizadores: MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, VALE, André Rufino. São Paulo: Série IDP-Editora Saraiva, 2004, pp. 236-240.

também um canal de participação efetiva para os afetados, de forma a concretizar o primado da transparência e aperfeiçoamento das políticas públicas.

Obviamente, que isso implica uma profissionalização e capacitação institucional ainda não existentes em nossa realidade, como normativas que imponham o dever de avaliação do impacto legislativo - já realidade em locais como no Canadá, vários estados norte-americanos e União Européia - e criação/fortalecimento de órgãos multidisciplinares que instruem os legisladores sobre os efeitos potenciais das normas (avaliação *ex ante*) e os efeitos efetivamente efetuados (avaliação *ex post*), de forma a criar uma curva de aprendizagem e coleta de experiências por parte da Administração Pública em sentido amplo. Todavia, em que pesem eventuais dificuldades, essa capacitação institucional, com vistas à racionalização do sistema normativo, especialmente para as regulações econômica, social e administrativa, é uma necessidade que se impõe frente à nova realidade da sociedade e para correta abordagem de questões sociais complexas. Optar por desprezar tanto a nova realidade sócio-econômica da atualidade (economia de mercado) assim como os instrumentos existentes para recuperação da eficiência da norma *implica optar, conscientemente, pela manutenção da inefetividade dos direitos fundamentais sociais.*

Capítulo 7

LIBERDADE COMO *PRINCIPIUM*: LIBERDADE DE INSERÇÃO ECONÔMICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

1. Liberdade como *Principium*: Limites ao poder estatal.

1.1. Introdução

A dimensão teórica da Legisprudência ao problematizar a prerrogativa do Estado na emissão de normas recoloca a dimensão da liberdade como fim último do contrato social. Essa abordagem altera profundamente a estrutura das ações estatais: *inverte* os “papéis” exercidos na relação Estado-indivíduo, devendo o primeiro submeter seu poder-dever teleológica e substantivamente à concretização da liberdade do indivíduo. Essa moldura epistemológica implica em mudanças sistêmicas para a coordenação das ações estatais, reverberando na escolha das ferramentas para concretização dos direitos fundamentais, especialmente os sociais, como o dever de análise da *dimensão econômica dos direitos sociais incluindo o prisma da emancipação econômica individual*.

Portanto, uma análise mais atenta à teoria da *Liberdade como principium* se faz necessária, pois esse é o começo para a reconstrução teórica-filosófica dos princípios a revelarem o fio condutor a determinar e harmonizar a ação estatal, à luz da Legisprudência e da Dignidade Humana.

Como adiantado no capítulo prévio, a Legisprudência revisita a teoria do contrato social, denunciando sua construção metafísica, que redundava na transferência total da liberdade do indivíduo para o soberano (Estado), desdobrando-se na obrigação incondicional de obediência às normas oriundas de um processo formal de legitimação. Wintgens visa aperfeiçoar a aplicação do contrato social ao recolocar a liberdade como fundamento *substantivo* para justificação da ação legislativa. Logo, toda interferência na liberdade individual só se justifica se ela visar assegurar e aperfeiçoar a própria liberdade, devendo, portanto, ser racionalmente justificada. Por se tratar da base do dever de justificação da interpretação criação legislativa, deve-se olhar com mais atenção o que Wintgens compreende como “Liberdade como *principium*”.

Como indivíduos, somos seres “racionalmente livres”⁷⁵⁸. Wintgens sublinha que a própria epistemologia cartesiana constitui a secularização da doutrina escolástica do livre-arbítrio, segundo a qual o exercício da razão constitui uma condição para a vivência cristã, encontrando nela – mesmo que não exclusivamente – as justificações que norteiem a conduta, configurando uma *escolha* o exercício de ações que, em conjunto, desenhem uma vida correta. Logo, sem o exercício da razão não se pode falar em Salvação, segundo a escolástica.

Todavia, a questão da “liberdade” segundo o tratamento dado por Hobbes, Rousseau e Kant torna-se ontologicamente vazio, não se podendo daí extrair conteúdos que legitimem ou repudiem *substantivamente* a ação normativa do Soberano. Segundo o Imperativo categórico, esse consistiria na universalização do dever moral de respeito à norma, “independentemente de seu conteúdo.”⁷⁵⁹

Todavia, normas são comandos que visam modular *concretamente* a liberdade dos indivíduos, expressando uma certa *concepção* de liberdade por parte do legislador que não necessariamente coincide com a mesma do próprio indivíduo.

1.2. “Conceitos” e “Concepções”.

Para tanto, WINTGENS inicia sublinhando a diferença entre “conceitos” e “concepções”. Conceitos constituem a construção mais abstrata de uma ideia, as quais muitas vezes requerem *concretizações* para serem operacionalizáveis, como o vago conceito de “justiça”. No mesmo sentido Ronald Dworkin distingue entre conceitos e concepções, onde os primeiros consistem na ideia abstrata que pode ser associada a várias e mais concretas concepções.⁷⁶⁰ Quanto mais concreta e específica se mostra a concepção, mais difícil se torna o consenso, ocorrendo o inverso no nível abstrato dos conceitos. Todos – a princípio – concordam que “todos os casos devam ser tratados com justiça”, mas nem todos os indivíduos concordarão sobre qual a métrica constituirá o critério para aplicar a justiça concretamente.

Além disso, as concepções são concretizações formuladas pelo *indivíduo* (*conceptions are agent-related*). Portanto, quando um conceito de justiça é imposto *sobre* o indivíduo – traduzindo um tipo particular de concretização, ou concepção por parte de outro, no caso, daqueles que detém o poder estatal – ela é aplicada mediante uma concepção que *não é a do indivíduo*.

No mesmo sentido “liberdade” constitui um conceito (aberto) que requer

⁷⁵⁸ WINTGENS, *Legisprudence*, ob.cit. pg. 118.

⁷⁵⁹ WINTGENS, *Legisprudence*, ob.cit. pg. 119.

⁷⁶⁰ DWORKIN, 1986:70-71; MacCormick 1978:73; Rawls 1971:7 APUD: WINTGENS, *idem*.

concretização, podendo albergar inúmeras concepções diferentes entre os indivíduos. Essa diferença entre “concepções” ganha especial relevância quanto à aplicabilidade das normas, pois as mesmas geram efeitos *concretos* na *liberdade* dos indivíduos, afetando, por conseguinte, suas *concepções* de liberdade, com base numa concepção imposta de cima para baixo. WINTGENS então diferencia “concepções de liberdade” como as concepções as quais derivam do próprio indivíduo (*conceptions of freedom*), de “concepções sobre liberdade” que são aquelas que um terceiro procura impor sobre o indivíduo (*conceptions about freedom*), especialmente as derivadas do legislador visando sua aplicação sobre os cidadãos. “*To summarize, a conception of a concept is a concretization of it which someone has as his own. A conception about a concept is a concretization of that concept that is not the agent’s own.*”⁷⁶¹ O reconhecimento dessa tensão leva necessariamente ao dilema de como “operacionalizar” essas diferenças de forma a organizar o espaço social.

1.3. Liberdade como *principium*.

O *conceito* de liberdade não pode ser operacionalizado senão mediante uma *concepção* (concretização) de liberdade. A questão é como articular concepções de liberdade com o conceito de liberdade; para tanto, primeiramente devemos *resgatar* o papel da Liberdade como origem justificadora do contrato social, de forma a criar uma metodologia que procure preservar sua prevalência no processo de decisão legislativa.

Antes do estabelecimento do Estado, há o estado de liberdade. Ao apagarmos as instituições, leis, normas, “retornamos” ao estado onde a princípio todos são (em tese) totalmente livres. Constitui o *terminus a quo* da análise. A liberdade constitui o *início auto-referencial e justificador* do contrato social. Princípio porque era a liberdade no seu princípio (como causa justificadora do contrato social), não em seu sentido histórico. Além disso, a liberdade constitui a causa de toda ação humana, pois sem liberdade não há ação⁷⁶², a liberdade é tanto sua *causa* quanto sua *condição de possibilidade*, sendo, assim, auto-referencial. Auto-referencial e justificador porque a justificativa do contrato social era a preservação da própria liberdade *mediante* a ordem, e auto-referencial porque a ela deve-se voltar constantemente para buscar sua legitimidade. Portanto, a liberdade deve constituir igualmente o *terminus ad quem* para o estabelecimento do contrato social.

Liberdade, inicialmente, é ilimitada; mas para que uma *ação* seja possível implica isso

⁷⁶¹ WINTGENS, ob.cit., 124.

⁷⁶² ARISTÓTELES, *Ética à Nicômaco*, 1139a, 31-4.

necessariamente uma limitação de liberdade⁷⁶³, ou seja, o *conceito* de liberdade precisa ser concretizado mediante uma determinada *concepção* de liberdade, ou seja, implica uma escolha pelo agente. Permanecer num estado de liberdade infinita implica a total inação, uma não-escolha. A extensão da liberdade infinita é a gama de “todas as ações concebíveis”, e a partir delas que se passa da inação para uma ação humana pelo exercício de uma *escolha*. A liberdade é, portanto, como já sublinhara muito antes também Aristóteles, *constitutivo* da ação humana.

“Freedom as *principium* is an abstract and reflexive concept. It is abstract because it has no a priori content, while at the same time it cannot have any arbitrary content. It is reflexive because freedom only makes sense when exercised *in* freedom. ‘Freedom *from* freedom,’ therefore makes no sense.⁷⁶⁴

A necessidade de limitação da liberdade para a ação humana não é constitutiva da liberdade em si, mas de seu conceito, ou antes, de sua análise conceitual. A primeira concretização – concepção – de liberdade consiste na do próprio agente (*conception of freedom*), a segunda, a estabelecida por um terceiro sobre o agente original (*conception about freedom*). A primeira constitui a coincidência entre o conceito de liberdade com a concepção da mesma pelo próprio agente, enquanto a segunda constitui uma imposição. A segunda concepção sobre liberdade constitui uma reminiscência da visão hobbesiana de organização do espaço político:

“The only of freedom upon of wich an agent can act entails the surrender of his capacity to act on conceptions of freedom. After he has entered into the state, he acts on conceptions about freedom, which Hobbes’s theory argues are conceptions of freedom. The technique of representation normatively connects these conceptions of freedom. Because of the need to abandon the capacity to act on conceptions of freedom, Hobbes’s is a theory about freedom, not of freedom.”⁷⁶⁵

Graças a essa diferenciação analítica provida por Wintgens, fica claro que para Hobbes o indivíduo é “meramente um objeto da teoria que ele provê. O indivíduo de Hobbes é um objeto submetido ao poder do soberano.”⁷⁶⁶ Como objeto do soberano, ele fica “livre do medo da morte violenta” – no estado natural – mas paga tal suposta proteção abnegando *totalmente* de sua individualidade e autonomia. Essa técnica hobbesiana também acaba por conectar

⁷⁶³ Esse seria o “paradoxo” da liberdade, ela não pode ser exercida sem que a própria ação já não implique num limitação de liberdade: “Consider then the following paradox. Since freedom is indefinite, it contains an unlimited range of possibilities. At each and every moment, the agente can pick up a conception of freedom on wich to act. If no choice is made, freedom remains indefinite or undetermined. If no determination is made, no action is possible, because an agente must make a choice among a number os possibilities, even for the simplest action. The paradox amounts to this: no determination of freedom equals no action.” WINTGENS, ob.cit.,pg. 125

⁷⁶⁴ WINTGENS, *Legisprudence*. ob.cit. pg 125.

⁷⁶⁵ WINTGENS, *idem*, pg. 127.

⁷⁶⁶ WINTGENS, *ibidem*, pg 130.

diretamente a liberdade com a lei. A construção de um agente meramente conceptual, abstrato, combinada com a construção também conceptual de liberdade, cuja concretização se dá pela entrada no estado legal é uma teoria que também Kant avaliza, ao defender que a moral constitui na obediência à lei (ou seja, não há a opção do indivíduo colocar-se fora da submissão ao estado).

Por conseguinte, ao substituir a *concepções de liberdade* de indivíduos concretos por uma determinada concepção construída teoricamente, identificando lei com liberdade, tem-se aí porque no Legalismo forte a mera procedência formal da lei – o respeito ao processo legislativo – passou a ser identificada também com sua legitimidade. Esse mecanismo enfraquece a possibilidade dos indivíduos poderem agir com base em suas próprias concepções *de* liberdade. O desenvolver histórico do contrato social, tal como concebido redundando nos exatos problemas tais como os identificados atualmente: explosão legislativa, esmagamento da liberdade individual e estrangulamento das relações sociais autênticas.

1.4. Resgatando a Liberdade dos agentes.

WINTGENS defende em sua teoria o desenlace dessa *ligação imediata entre liberdade e lei*.

Liberdade, como já mencionado, é constitutivo da própria ação (Aristóteles), por conseguinte, ação só pode ser livre e significativa quando exercida *em* liberdade.

Concepções de liberdade são as concretizações realizadas pelo próprio indivíduo, como já mencionado. Este indivíduo constitui um “eu” concreto, não reduzível a um tipo abstrato, de forma que a construção de um conceito de liberdade a embasar a ação legislativa requer um espaço para que tais concepções possam ser exercidas.

Além disso, não só o indivíduo requer esse espaço, mas também o convívio social. A emergência do “Eu” requer a *interação*: pela troca alimenta-se o processo de construção das identidades. Nesse sentido, as relações sociais configuram condição de possibilidade para a construção do eu concreto. Todavia, mesmo inserido no meio social, o “eu” requer igualmente um espaço de ação, impondo uma distância dos demais. Apenas sob tal condição o “eu” se efetua e se constrói mediante as ações individuais e a interação social espontânea, pois a interação requer que o “eu” aja em suas próprias concepções de liberdade (daí *inter*-ação: ações entre agentes). Uma teoria política que preveja apenas o *conceito* de liberdade e não as *concepções* dos indivíduos *menospreza, por princípio, a dimensão da personalidade humana*

*individual concreta e historicamente identificável*⁷⁶⁷.

Dessa constatação emergem duas dimensões normativas da liberdade: igualdade e “liberdade como distância.” A primeira se refere ao fato de que no estado de natureza todos possuem igualmente uma liberdade ilimitada, logo, a igualdade constitui um resultado *da* liberdade inerente aos indivíduos, não o contrário.⁷⁶⁸ A segunda, que recebe maior atenção do autor, configura-se na dimensão da “liberdade como distância”: efetivamente, constitui o primeiro princípio da Legisprudência.⁷⁶⁹

“Liberdade como distância” é constituída de “camadas”: a) distância entre os agentes, de forma a tornar possível que cada um seja um “eu” individualizável. Essa distância constitui o espaço onde o *eu* possa agir conforme concepções *de* liberdade, lembrando que liberdade constitui a causa necessária para ação, “*freedom as distance is a matter of identity*”. b) a diferenciação entre espaço social e espaço político, de forma separar o primeiro da esfera da lei conceitualmente; c) como consequência do segundo aspecto, a lei tona-se um recurso secundário para a organização do espaço social, devendo dar-se prioridade para a interação social; d) por fim, *retornamos à questão da legitimação da lei e da igualdade*.

A quarta e final camada da “liberdade como distância” (*freedom as distance*) consiste, por conseguinte, em ‘*equality*’, que por sua vez, constitui a primeira **dimensão normativa da liberdade**. Tal decorre do fato de que todos os sistemas legais baseiam sua legitimidade na generalidade das normas: “se as normas são gerais, essas respeitam igualdade”, e, se as normas são gerais e formalmente válidas, o sistema legal as referencia como justificadas, logo, aplicáveis. A partir do recorte epistemológico desse sistema formal auto-justificante da norma, a substituição de “conceitos de liberdade” (*conception of freedom*) por “conceitos sobre liberdade” (*conception about freedom*) não é problematizável. A possibilidade teórica de criticar tal substituição abre-se a partir da perspectiva da “liberdade como distância” (*freedom of distance*), pois a substituição perde sua “auto-justificação” automática. Se fosse possível tal

⁷⁶⁷ WINTGENS identifica nas teorias de Hobbes, Kant e Rawls, o pressuposto de um indivíduo abstrato ideal, partindo dele a construção do prédio teórico de cada um. “What Hobbes, followed by Kant, and subsequently with Rawls in their Wake invite us to adhere to is a specific idea of the agent. According to Hobbes, the agent is wicked, passionate and suspicious of others. For Kant the agent is a transcendental ego, a priori endowed with reason and will that will determine the substantive outcome of his conceptions. Rawls, finally, in a similar vein to Kant endows the agent with a priori capacities, of which the content is barely concealed. The agent behind the veil of ignorance is supposed to know nothing in order to choose in an unbiased way. He is, however, aware of the basics of economics, psychology and politics.” WINTGENS, *Legisprudence*, pg. 132.

⁷⁶⁸ “Freedom as *principium* does not refer to any ultimate value. It does not refer to equality as a basic value. Equality is a consequence of the indeterminate extension of freedom as the *terminus a quo*. Equality thus follows from freedom, and not freedom from equality. Freedom as *principium* is not a specific conception of freedom either. Freedom as *principium* lies at the origin of action in that it makes acting on conceptions of freedom possible without itself being a conception of freedom.” WINTGENS, *idem*, pg. 128.

⁷⁶⁹ WINTGENS, *ibidem*, pg. 134.

substituição justificável meramente sob o argumento da validade formal do processo, a segunda dimensão da liberdade seria anulada, pois ao agente seria negada a mera *possibilidade* de agir mediante concepções próprias de liberdade (*conceptions of freedom*).⁷⁷⁰

No concernente ao espaço a ser dado às interações sociais, cabe frisarmos que a “liberdade como distância” impõe, primeiramente, que as interações sociais sejam consideradas como fonte normativa prioritária, na visão do Autor. *Apenas no caso de falha da interação se justificaria a ação estatal*. E, mesmo assim, isso não implica que todo e qualquer conflito chame pela ação estatal. Até mesmo o conflito configura uma dimensão constitutiva do processo de construção dos significados normativos pela própria sociedade e da construção da cidadania.

“Under the Hobbesian view – and to a certain extent, Rousseau’s view as well, as we shall soon see – there is no relevant social interaction outside political space. There is only conflict that the law is called upon to resolve in an adjudicative manner. Each in their own way adhere to some version of nominalism, under which they are compelled to rationally construct social relations through law, since relations do not exist (Hobbes) or are deficient (Rousseau). My claim is that these relations do exist, and that they result from the agent’s interaction resulting in intersubjectivity. As was argued in chapter 2, interaction is by its very nature deficient, in that it includes the possibility of conflict. Conflict in turn has at least this virtue that it shapes interaction, and so brings social meaning to light (Hunyadi, 1995).”⁷⁷¹

Desta forma, a lei constitui uma “sub-rotina”, um instrumento usado de forma subsidiária, devendo a resolução dos conflitos ser deixada prioritariamente aos próprios indivíduos.

1.5. Operacionalizando a dimensão teórica com dimensão prática.

A teoria até aqui exposta encontra-se no plano abstrato e da *generalidade*, enquanto que a situação concreta requer uma especificação do princípio para sua operacionalização. Relembrando WINTGENS, o princípio se mostra na forma de um *conceito* e a situação requer uma *concepção*.

O caminho para se chegar a objetivos operacionais consiste em estabelecer um sistema de fins e objetivos hierarquizados. Tal sistema compreende vários níveis, das

⁷⁷⁰ “All legal systems seem to include a self-justifying use of general rules by a sovereign. If a rule is general, it respects equality. If the general rule is, further, also ‘formally valid’, the use of rules is said to be justified. That is, the substitution of a conception about freedom for a conception of freedom for a conception about freedom cannot, from this perspective, be criticized. From the perspective of freedom of distance set out above, this replacement is not, however, self-justifying. If it were, the reflexive character of freedom, the second normative dimension of freedom, would be annulled since the agent would no longer be able to act on a conception of freedom.” WINTGENS, *ibidem*, pg. 138

⁷⁷¹ WINTGENS, *ob.cit.*, pg. 136.

finalidades mais abstratas aos objetivos muito precisos e às medidas concretas que permitirão realizá-los. Essa construção toma a forma de uma estrutura de planejamento arbórea. Relembrando DELLEY: “Ligar um fim a outro de nível superior significa também alargar as perspectivas de ação”⁷⁷²

Assim, esse procedimento de abstração seguido de concretização enriquece o cardápio de medidas divisíveis e de estratégias para atingimento do mesmo fim. Estando estabelecida qual a necessidade concreta humana que tal direito visa satisfazer, chega-se ao ponto que a partir do qual poder-se-á investigar o cenário no qual se insere a questão posta, no caso, de garantia ampla do direito ao trabalho.

Nesse caminho de “descida” aqui empreendido, ainda não adentramos no plano puramente concreto, todavia. A *Liberdade como Principium como construído por WINTGENS constitui a pedra angular justificante da legitimidade do próprio Estado, consequentemente, da totalidade do fenômeno legiferante, albergando os princípios do Direito*. Em nosso raciocínio devemos levar em conta questões principiológicas presentes na própria Legisprudência, no caso, os princípios da Legisprudência tratados no capítulo anterior (coerência, alteridade, temporalidade e necessidade) e os da Legística, e verificar sua eventual coerência com o princípio da Dignidade Humana e da Autonomia, e, só por fim, adentrarmos o plano empírico concreto.

Entre os princípios da Legística, destacamos os da *Subsidiariedade* e da *Sinergia*, que conjugam-se harmoniosamente sob a luz da *Liberdade como Principium*. Como apresentado no capítulo anterior, a Legística apresenta um rol de várias ações alternativas à lei, e, mesmo quando adotada a lei, ela pode ser aplicada de forma a aperfeiçoar a autorregulação social. Essa escalada de análise das alternativas normativas respeita o princípio da Subsidiariedade, devendo ser absolutamente necessária uma intervenção mais profunda na subida da escala dos meios de ação normativa.

A Sinergia refere-se à diversidade de ações estatais que ocorrem concomitantemente no seio da sociedade, devendo tais ações agirem não só coerente e harmoniosamente, mas *reforçarem-se* mutuamente, de forma a criarem “sinergia” entre elas. Dessa forma, a plena efetividade das ações estatais e das normas implica também a *adesão* por parte dos destinatários,⁷⁷³ principalmente nesse caso, cuja justificativa repousa nas necessidades sociais. A falta de adesão poderia indicar a ilegitimidade da medida escolhida pelo legislador, além de enfraquecer sobremaneira sua efetividade.

⁷⁷²DELLEY, *Pensar a Lei*. ob.cit.,pg. 124.

⁷⁷³DELLEY, *Pensar a lei* .. ob.cit. pg. 129.

Posta essas considerações, haveria uma forma de se tomar o conjunto dos direitos sociais, que alberguem tanto posições de *prestação* quanto posições de *proteção* - de forma a espelhar o fim último do próprio contrato social, qual seja, a *Liberdade como Principium* e, concomitantemente, respeitar os princípios legísticos apontados e a dimensão empírica apontada no decorrer desse trabalho? Cremos que tal articulação pode ser exemplificada pela teoria de Desenvolvimento desenvolvida por Amartya Sen:

2. A proposta de Amartya Sen como “preenchimento” da teoria de Wintgens.

2.1. Desenvolvimento como um processo de expansão de liberdades.

Aqui se coloca como ideia-guia o signo da liberdade, espelhando em certa medida a *Liberdade como Principium*, todavia, descendo alguns degraus rumo à concretização de um conceito de liberdade que conjugue harmoniosamente o rol de direitos sociais que incluem tanto direitos que visam proteger indivíduos em situação de total hipossuficiência, quanto, proteger o espaço de ação necessária para a emancipação econômica do indivíduo.

A “liberdade” compreendida por SEN consiste numa teoria de organização do espaço público e das diversas dimensões do relacionamento indivíduo-Estado tendo por objetivo a emancipação do indivíduo. Consiste no raio de ação apropriado ao ser humano “preenchido” tanto pelas ferramentas necessárias à ação, numa escalada dos tipos de ferramentas que partem desde as necessárias para livrá-lo da opressão (estatal ou de terceiros) até as necessárias para suplantar situações naturais que impedem a ação e subsistência do indivíduo (fome, doença).

Essa visão encontra eco e devida densificação nos trabalhos do filósofo e economista Amartya Sen, especialmente na sua obra “Desenvolvimento como Liberdade”. Nela, o eminente economista defende que o desenvolvimento seja vista como um processo *integrado de expansão de liberdades substantivas*.

Sua abordagem procura expandir a compreensão de “desenvolvimento”, de forma a contrastar com o enfoque que apenas o compreende como aumento quantitativo de riqueza material, verificável pela mensuração de dados macroeconômicos, tais como Produto Nacional Bruto, renda *per capita*, nível de industrialização, entre outros.

Ora, não seria possível medir desenvolvimento *unicamente* pela dimensão material, (muito menos por um pequeno recorte da dimensão material global) se por “desenvolvimento” tivermos em mente uma certa estruturação social que oportunize a realização completa do ser humano, mediante a construção global de mecanismos, institutos, condições e instrumentos que oportunizem o exercício pleno da liberdade pelo indivíduo. O desenvolvimento de uma

sociedade, assim, passa a ser interpretado pelo seu conjunto de realizações, tendo o ser humano como centro.

A “liberdade”, princípio eleito pelo autor como guia para sua construção analítica, para poder englobar todas as dimensões do humano, ganha substantividade, inserindo o indivíduo nas situações reais tanto de efetivas capacidades quanto de privação que sob as quais tantos padecem. Como indiano e estudioso (dentro outros assuntos) da “economia do bem-estar”, o autor é especialmente sensível às situações de privação que conhece e presenciou, tendo-as sempre em mente na construção de sua teoria.

Segundo ele, o indivíduo para construção de sua personalidade e história pessoal depara-se com um conjunto de condições sociais que poderão promover, dificultar ou até mesmo obstaculizar o exercício de sua *condição de agente*. O desenvolvimento, na visão de SEN, requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade, ficando implícito que tais obstáculos são aqueles que *suplantam a força de ação do indivíduo*⁷⁷⁴. Consequentemente, deve-se reconhecer como obstáculos tanto privações como fome, pobreza, doença, desemprego, como a tirania, ausência de liberdades econômicas e interferências excessivas por parte do Estado. Cada um desses obstáculos impedem o agente de exercer dimensões de sua liberdade, e buscar construir “o modo de vida que com razão valoriza.”⁷⁷⁵

Desmembra, portanto, a liberdade em cinco facetas, segundo uma perspectiva instrumentalizadora de cada uma, com vistas à liberdade global, sendo elas: a) liberdades políticas, 2) facilidades econômicas, 3) oportunidades sociais, 4) garantias de transparência e 5) segurança protetora.⁷⁷⁶ Essas dimensões humanas encontram eco nas liberdades civis, liberdades políticas, liberdades econômicas e nas facilidades sociais oportunizadas pela solidariedade social. Sendo assim, se desenvolvimento for tomado como expansão das liberdades, tal como defendido por SEN, então nenhum instrumento de aferição ou metodologia *por si só* poderá dimensionar o *quantum* de liberdade existente na sociedade, nem, por outro lado, poderá ser desprezado.

2.2. Qualidade de agente

⁷⁷⁴ Enxergamos aqui também coerência com a doutrina da “Reserva do Possível” (capítulo 4), entendida em seu sentido original de que o indivíduo pode exigir da sociedade apenas aquilo que seja *razoável*. Ora, se o eventual obstáculo com o qual o indivíduo se depara consiste em algo cuja superabilidade é possível e até mandatória frente os recursos que o indivíduo já possui (incluindo o “recurso” de sua condição de agente autônomo), não seria razoável exigir de terceiros a assunção dessa responsabilidade.

⁷⁷⁵ SEN, Amartya. *Desenvolvimento..* ob.cit., pg. 25

⁷⁷⁶ Idem, idem, pg. 25

Para SEN, o *desenvolvimento* deve ter como centro a “qualidade de agente” dos indivíduos, como efetivos co-constructores do processo, de forma a constituir o princípio ordenador do conjunto de liberdades instrumentais efetivamente disponíveis.

A “qualidade de agente” do ser humano constitui a justificação última de todo o sistema, repondo numa compreensão ontológica que entende que o ser humano, por sua própria natureza, expande seu horizonte para além da dimensão materialista. O ser humano realiza sua dignidade como ser ao exercer sua dimensão ativa, ou seja, *agente*.

A condição de agente dos indivíduos é, em última análise, central para lidar com as privações, de forma a compreender o papel das diferentes formas de liberdade no combate dos males como o da pobreza. Por outro lado, a condição de *agente* de cada um é inescapavelmente restrita e limitada pelas oportunidades sociais disponíveis, sendo assim, as diferentes liberdades instrumentais combinam-se, de forma a atingir o fim último:

“Existe uma acentuada complementariedade entre a condição de agente individual e as disposições sociais: é importante um reconhecimento simultâneo da centralidade da liberdade individual e da força das influências sociais sobre o grau e o alcance da liberdade individual. Para enfrentar os problemas sociais, é necessário tomar a liberdade *individual* como comprometimento *social*.”⁷⁷⁷

A expansão da liberdade é vista, por essa abordagem, como *princípio* e *fim* do desenvolvimento. O desenvolvimento consistiria na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente suas *escolhas*, formando um encadeamento entre diferentes formas de liberdade. Por exemplo, “há fortes indícios de que as liberdades econômicas e políticas se reforçam mutuamente, em vez de serem contrárias umas às outras.”⁷⁷⁸

Analogamente oportunidades sociais de educação e assistência médica, que podem requerer a ação pública, complementam oportunidades individuais de participação pública e econômica.

Veem-se, assim, os papéis e inter-relações entre o que SEN chama de liberdades instrumentais, sendo elas “oportunidades econômicas”, “liberdades políticas”, “facilidades sociais”, “garantias de transparência” e “segurança protetora”. As disposições sociais, envolvendo muitas instituições (o mercado, o Estado, o sistema legal, os partidos políticos, entre outros), são investigados segundo sua contribuição para a expansão e a garantia das liberdades substantivas dos indivíduos, **vistos esses como agentes ativos de mudança, e não**

⁷⁷⁷ SEN, Amarty. *Desenvolvimento como Liberdade*, pg. 10.

⁷⁷⁸ SEN, idem, pg 10.

como **receptores passivos de benefícios**.⁷⁷⁹ A livre condição de agente é parte constitutiva do desenvolvimento.

A relação sinérgica entre as liberdades instrumentais: Cada faceta da liberdade que o autor identifica com uma *liberdade instrumental* necessita de sua devida análise individualizada de forma a medir sua efetividade social. Entretanto, o autor ressalta que seus efeitos intensificam-se quando *concomitantemente* exercidos no seio social. Agem sinergicamente, reforçando-se mutuamente. Nesse sentido, o autor aponta as evidências empíricas que embasam como os tipos distintos de liberdade ligam-se uns aos outros, dando-lhes efetividade *concreta*. Nesse sentido as liberdades são tanto o *fim* do desenvolvimento, quanto seu *meio* de concretização.

Essa construção teórica que vê o desenvolvimento como um processo de “empoderamento” dos indivíduos, baseado na capacidade de agente dos mesmos insere-se numa mudança paradigmática mais ampla, como explica VON BROEMBSSEN,

“Prior to the 1990s, human rights and development paradigms operated independently of each other. During the 1990s, development scholars began to incorporate human rights into development frameworks and this merger of human rights and development became known as ‘rights-based approaches’ to poverty alleviation. (...) From a development perspective, the incorporation of rights into development frameworks has been important, for at least three reasons. First, poor, marginalised people are no longer regarded as beneficiaries of development, but as rights holders; ‘rights-holder,’ unlike ‘beneficiary,’ suggests potential agency. Second, a right-holder implies a corresponding dutyholder, which re-focuses development on the responsibility of national states to its citizens.”⁷⁸⁰

2.3.O papel dos mercados e da liberdade econômica

SEN acentua que os mercados são parte intrínseca no processo de desenvolvimento. A capacidade do mecanismo de mercado contribuir para o elevado crescimento econômico e o progresso econômico global tem sido “ampla e acertadamente reconhecida na literatura contemporânea sobre desenvolvimento”.

“Políticas que restringem oportunidades de mercado podem ter o efeito de restringir a expansão de liberdades substantivas que teriam sido geradas pelo sistema de mercado, principalmente por meio da prosperidade econômica.”⁷⁸¹

⁷⁷⁹ SEN, *ibidem*, pg 11

⁷⁸⁰ VON BROEMBSSEN, Marlene. “*Legal Empowerment of the Poor: The Re-emergence of a Lost Strand of Human Rights?*”, Human Rights Working Paper Series, 2012. Disponível em: <https://sites.utexas.edu/rapoportcenterwps/2012/01/13/2012-marlese-von-broembsen-legal-empowerment-of-the-poor-the-re-emergence-of-a-lost-strand-of-human-rights/>, Cf: Miller, VeneKlasen and Clarke, ‘Rights-based development: Linking Rights and participation – challenges in thinking and action, in Pettit and Wheeler (eds) *Developing rights?* (2005) Institute for Development Studies Bulletin 36(1) at 20-41.

⁷⁸¹ SEN, Amartya, *ob.cit.*, pg. 43

Todavia, o papel do mercado vai além de servir como mera fonte de bens materiais. SEN, aludindo a Adam Smith, recupera a ordem axiológica hierárquica segundo a qual o mercado, quanto produtor de bens, vem depois em escala de importância da própria liberdade de troca e transação, por ser ela própria uma parte essencial das liberdades básicas que as pessoas têm razão para valorizar:

“(...) ser genericamente contra os mercados é quase tão estapafúrdio quanto ser genericamente contra a conversa entre as pessoas (...). A liberdade de trocar palavras, bens ou presentes não necessita de justificação defensiva com relação a seus efeitos favoráveis mas distantes; essas trocas fazem parte do modo como os seres humanos vivem e interagem na sociedade (a menos que sejam impedidos por regulamentação ou decreto). A contribuição do mecanismo de mercado para o crescimento econômico é obviamente importante, mas vem depois do reconhecimento da importância direta da liberdade de troca – de palavras, bens, presentes.”⁷⁸²

A liberdade de entrar em mercados, por conseguinte, é ela mesma parte integrante e fundamental da liberdade como um todo, devendo seus efeitos secundários serem analisados num segundo plano axiológico, aí então empírico-utilitarista. Nessa última, a liberdade econômica é meramente instrumental. Como observou Aristóteles, “A riqueza, evidentemente não é o bem que estamos buscando, sendo ela meramente útil e em proveito de alguma outra coisa”⁷⁸³

A liberdade econômica individual pode ser afetada de inúmeras formas, desde as mais restritivas como o impedimento a efetuar livremente um contrato de trabalho, por situações análogas à escravidão, até formas mais sutis que impedem a plena participação de uma classe de indivíduos às facilidades do mercado.

SEN ressalta que é necessário recuperar essa dimensão da liberdade – dimensão da participação econômica livre como valor *em si mesma* – porque essa acaba ficando negligenciada diante da avaliação empírico-utilitarista do mecanismo de mercado como gerador de bens e serviços.

Essa última é essencial, obviamente, como instrumento de construção das facilidades materiais oportunistas pela coordenação econômico-social. Todavia, ao recuperar aquela dimensão da liberdade, tem-se em mente que se deve igualmente analisar a persistente situação de privações entre segmentos da sociedade que permanecem excluídos dos benefícios da sociedade orientada para o mercado. Aquela, a liberdade de participação no mercado como *valor em si mesma*, constitui uma dimensão da liberdade que se refere à escolha pessoal de buscar a vida que pretende.

⁷⁸² SEN, ob.cit, pg . 20

⁷⁸³ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. Livro V,1096a8:9.

3. Direitos Humanos e o princípio da Autonomia.

Continuando nosso raciocínio, descendo do plano puramente teórico e adentrando a dimensão normativa nessa “descida” concretizadora da Liberdade como *Principium*, identificamos no conjunto normativo dos Direitos Humanos a necessidade da articulação das políticas públicas de forma a promoverem o direito à *Autonomia*, já exposta no capítulo 4. O pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – do qual o Brasil é signatário – estatui nos mesmos termos o direito à busca do próprio sustento.

“Article 6 ⁷⁸⁴

1. The States Parties to the present Covenant recognize the right to **work, which includes the right of everyone to the opportunity to gain his living by work which he freely chooses or accepts, and will take appropriate steps to safeguard this right.**

2. The steps to be taken by a State Party to the present Covenant to achieve the full realization of this right shall include technical and vocational guidance and training programmes, **policies and techniques to achieve steady economic, social and cultural development and full and productive employment** under conditions safeguarding fundamental political and **economic freedoms** to the individual.” (sem negritos no original)

A proteção plena do direito à auto-determinação, de forma a englobar todas as suas *dimensões*, se impõem por inaugurar dois importantes pactos internacionais de direitos Humanos, revelando seu papel de super-direito ou “super-regra”, de princípio interpretativo do Pacto como um todo, dando coesão às políticas a serem implementadas:

“Its place of honor as Article 1 of the two major Covenances itself suggests its status as a super rule, as a concept that stands apart from the normal discourse of rights and directly affects political power and organization within and among states”⁷⁸⁵

Como expusemos introdutoriamente ao presente trabalho, a atividade econômica de um grupo social hipossuficiente – produtores artesanais de queijo mineiro tradicional - foi obstaculizada por uma regulação estatal, de forma ilegítima. Ao se recolocar a Autonomia em seu devido posto de supra-princípio, o mesmo auxilia a compreender a articulação dos níveis de ação estatal, os quais se apresentam na diferença entre *deveres de meio* e *deveres de resultado* (cap. 4, item 2.1.4), de forma a evitar que sob justificativas deslocadas a ação estatal redunde por extrapolar sua legitimação e atente contra a mais essencial necessidade humana, a autonomia, o qual consubstancia-se, entre outros, na essencial liberdade de exercício da

⁷⁸⁴ INTERNATIONAL COVENANT ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>.

⁷⁸⁵ STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip. *International Human Rights in context – Law, politics, morals*. Oxford, 2000, pg. 1248.

atividade econômica, seja esse a prestação de um trabalho para terceiros ou uma atividade empreendedora própria.

3.1. Direito social e individual ao exercício do trabalho e ofício: intersecção entre a Ordem Social e a Ordem econômica Constitucional.

Descendo mais um nível, da abstração para planos mais concretos de especificação da ação pública, coloca-se a necessidade de se proceder à proteção da liberdade dos indivíduos de exercerem um trabalho ou ofício, de forma ampla, não apenas quando exercido no seio de uma relação empregatícia.

Tal se impõe, primeiramente, porque o valor “trabalho” constitui valor fundamental da Ordem Constitucional, e em suas duas dimensões: *social* e *individual*. Individualmente, constitui meio de sustento econômico e de realização da personalidade humana e de inserção social; o trabalho dignifica o ser humano por representar sua realização pessoal assim como a contribuição do indivíduo à comunidade. Poucas outras atividades possibilitam o envolvimento social de forma tão profunda. O trabalho constitui uma das formas de concretizar o *ser* humano, ao transformar o potencial individual em *ato* criador, de forma que o indivíduo possa canalizar seu ser, por mais simples que seja seu ofício. Mediante um trabalho, ofício ou profissão livremente escolhido realiza-se, assim, grande parcela da Dignidade Humana, princípio basilar de nosso Ordenamento (art. 1º, III) e princípio último de interpretação do arcabouço dos direitos fundamentais.

A Constituição reconhece tanto a dimensão *individual* quanto a *social* ao elencá-lo tanto como direito fundamental individual (art. 5º, XIII: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.”) e como direito social (art. 6º). O fato do direito ao trabalho consistir tanto em direito individual quanto direito social visa afirmar, em primeiro lugar, a dimensão da *liberdade* no exercício do trabalho ou ofício, ou seja, o *direito de livremente escolher seu ofício*. Ao mesmo tempo, constitui direito social, pois o trabalho constitui a principal fonte para a satisfação das necessidades vitais, como as arroladas no próprio art. 6º e, de forma mais clara, pelo art. 7º, IV⁷⁸⁶. Não bastasse, grande parte do capítulo da Constituição reservado aos direitos sociais traz

⁷⁸⁶ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;”

enunciados que visam, *pela melhoria das condições do trabalho e da relação de emprego, o provimento das necessidades materiais básicas do indivíduo e sua família* (art. 7º IV).

Uma análise sistemática da Constituição revela que o trabalho constitui uma das verdadeiras bases do Ordenamento. Citado 92 vezes pela Constituição, o trabalho emerge como Princípios Fundamentais da República Brasileira e da construção da sociedade.

O trabalho, *juntamente* com a livre iniciativa, figura como fundamento do Estado (art. 1, IV)⁷⁸⁷, estando em harmonia com os demais, em especial com a “dignidade da pessoa humana” – inciso III – e a “cidadania” – inciso II. O trabalho serve como valor e meta concretizadora de alguns dos objetivos fundamentais da República, elencados em seu art. 3º, entre eles, “garantir o desenvolvimento nacional” e “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

O único artigo interpretativo originário da Ordem Social está em consonância com o valor fundamental do trabalho. A Constituição erigiu como base da Ordem Social “o primado do trabalho” para cumprimento dos objetivos do “bem-estar e a justiça sociais”(Título VIII, Da Ordem Social, Art. 193, Disposições Gerais).

Mesmo a Assistência Social (arts. 203 e 204) que tem como tarefa o amparo ao mais carente, tem também como objetivos “*a promoção da integração ao mercado de trabalho*” (art. 203, III). Já a Previdência social, igualmente enunciada também no art. 6º como outro direito social, possui “*caráter contributivo*” (art. 201), o que requer que o contribuinte possua renda para contribuir com o sistema previdenciário, ainda que minimamente, para assim fazer jus aos benefícios da aposentadoria, seguro-desemprego, pensão, proteção contra invalidez, entre outros.

Acrescente-se que o art. 170, VIII, da Constituição, enuncia a busca do pleno emprego como um dos princípios da Ordem Econômica, o que representa a *soma* das forças da iniciativa privada e do Estado para o oferecimento de empregos dignos a todos os brasileiros.⁷⁸⁸

Em suma, segundo uma interpretação sistemática constitucional, a forma primordial para a satisfação das necessidades básicas materiais das famílias passa pelo *trabalho*, constituindo a inserção econômica plena tanto quanto *meta* quanto o principal *meio* da satisfação dos direitos sociais.

⁷⁸⁷ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;”

⁷⁸⁸ CARVALHO, Kildare Goncalves. *Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição Direito Constitucional positivo*. Del Rey, Belo Horizonte, 2007, pg. 550.

O raciocínio empreendido em nada prejudica os direitos daqueles que não podem prover por si mesmos. Pelo contrário: é pelo estímulo e garantia do exercício do trabalho que se pode construir uma sociedade mais próspera, logo, mais preparada para suprir as necessidades dos que verdadeiramente não possam exercer ofício ou profissão.

Parte desses direitos a Constituição revela tal dependência explícita da ação estatal claramente, como com a *assistência aos desamparados*. A Assistência Social, sistematizada na Seção IV, do Capítulo II do Título VIII da Constituição Federal, será prestada “*independentemente de contribuição à seguridade social*” (Art.203), e, por conseguinte, garantirá “*um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.*”

No caso apresentado para introduzir o presente trabalho, concernente à ilegalização da atividade econômica dos produtores artesanais de queijo mineiro, deve-se garantir que tais indivíduos e famílias possam utilizar do “direito” ao trabalho como defesa para tal intervenção ilegítima da norma. Relembrando, o art. 5º, inciso XIII, garante que “é livre o exercício de qualquer *trabalho*, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”, no caso, as normas sanitárias não se referem diretamente às especiais “qualificações profissionais”, mas eram inspiradas numa política de industrialização forçada, e, após, mantidas por uma visão hipersanitarista desconectada com um interesse público⁷⁸⁹ que justificasse tamanha intervenção na atividade dos pequenos agricultores.

Tem-se, no caso, uma ofensa tanto ao direito ao trabalho e exercício de um ofício quanto direito “individual” quanto social, pois, ao manter tal população numa situação de subsistência, frustra completamente os fins e princípios da Ordem Constitucional Social.

Seria, portanto, substantivamente contrário à tônica dos direitos sociais (cujo sistema coloca como um dos seus “primados” o valor “trabalho”, como já mencionado) negar uma proteção a tais pequenos empreendedores fundada nos valores sociais da Constituição, jogá-los numa situação de mendicância, para só então, reconhecer-lhes um residual direito social consubstanciado na Assistência Social (art. 203).

3.2.Da efetividade do “direito ao trabalho”.

⁷⁸⁹ No artigo aludido, demonstrou-se a baixa periculosidade do queijo mineiro e a raríssima ocorrência de intoxicação alimentar. Mesmo as poucas ocorrências registradas referiam-se a problemas de armazenagem e não das técnicas produtivas. Cf. PRETE, ob. cit.

A importância do direito “trabalho” no conjunto dos direitos sociais não constitui uma novidade. Reiteradamente proclamado nos textos constitucionais e de normas internacionais relativas a direitos humanos, o direito ao trabalho é considerado pela doutrina internacional mais abalizada como ‘el arquétipo de los derechos sociales’⁷⁹⁰ ou “o direito social por antonomásia”⁷⁹¹ ou ainda “il primo dei diritti sociali”⁷⁹². No dizer de Celso de Albuquerque de Mello seria “o direito ao trabalho o mais importante, ou o direito básico dos direitos sociais”⁷⁹³, sendo esse “condição” para os demais direitos sociais. Mas, mesmo sendo o “mais importante” dentre os direitos sociais, talvez seja “o menos efetivo”⁷⁹⁴.

Uma das principais razões da inefetividade do direito ao trabalho consiste na estreita ótica sob a qual tradicionalmente tem-se interpretado seu âmbito de proteção, qual seja, primeiramente, como se tal se referisse unicamente ao trabalho exercido ao interno da moldura da relação empregatícia, e, em segundo lugar, como se a única forma de garantir os empregos fosse a política econômica de pleno emprego patrocinada pelo Estado.⁷⁹⁵ Ora, restringido dessa forma, efetivamente pouco pode-se exigir por parte do Estado, pois, desse não se pode exigir que garanta a cada indivíduo uma vaga de trabalho, de forma que o direito ao trabalho nada mais é que uma mera formalização inócua.

Por outro lado, se resgataremos aqui as demais dimensões protetivas dos direitos fundamentais, discerníveis inclusive no conjunto dos direitos sociais, especialmente os discutidos no capítulo 4, ponto 2.1.4 (os três níveis de ação estatal, em “deveres de meio” e deveres de “resultado”), emergem os deveres de “respeito” à liberdade de ofício ou de empreender, assim como o dever de garantir os instrumentos não só econômicos e estruturais, mas também jurídicos que se façam necessários para a inserção econômica dos indivíduos, tal

⁷⁹⁰ SASTRE IBARRECHE, Rafael. El derecho al trabajo. Madrid: Trotta, 1996, p. 19 APUD: WANDELLI, Leonardo Vieira. *O Direito fundamental ao trabalho na Ordem Jurídica brasileira*. p. 990.

⁷⁹¹ MONEREO PÉREZ, José Luiz e MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo IN: MONEREO PÉREZ; MOLINA NAVARRETE; MORENO VIDA (org.). *Comentario a la Constitución sócio-económica de España*. Granada: Comares, 2002, p. 288.

⁷⁹² GIUBBONI, Stefano. *Il primo dei diritti social. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzioni italiana e ordenamento europeo*. Università degli Studi di Catania, 2006, Disponível em: http://aei.pitt.edu/13686/1/giubboni_n46-2006int.pdf

⁷⁹³ MELLO, Celso de Albuquerque. *A proteção dos direitos humanos sociais nas Nações Unidas*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Direitos Fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 228. APUD: WANDELLI, Leonardo Vieira. *O Direito fundamental ao trabalho na Ordem Jurídica brasileira*. p. 990 In: CLÉVE, Clemerson Merlin (org.) *Direito Constitucional Brasileiro – Teoria da Constituição e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

⁷⁹⁴ WANDELLI, Leonardo Vieira. *O Direito fundamental ao trabalho na Ordem Jurídica brasileira*. p. 989.

⁷⁹⁵ “Saliente-se ainda que o Prof. Canotilho examina a questão à luz do direito ao trabalho nas Constituições portuguesa e espanhola, argumentando que, se ao Estado incumbe a obrigação de realizar uma política de pleno emprego, não há como sustentar que a cada indivíduo corresponda um direito subjetivo a determinada política de pleno emprego” CF: CANOTILHO, Gomes J.J., *Tomemos a sério os Direitos Económicos, Sociais e Culturais*, p. 34-6, APUD: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia...ob.cit.*, pg. 298.

como discutido no capítulo 6. Não por acaso, o “empoderamento legal dos pobres” já foi chamado de “*the lost strand of Human Rights*”⁷⁹⁶ de forma que tal desenvolvimento deve-se unicamente ao resgate da dimensão da Autonomia no conjunto doutrinário dos Direitos Humanos e, em especial, no conjunto dos direitos sócio-econômicos.

4. Apontamentos sobre a Dignidade Humana e a dimensão autorrealizadora do ser humano.

4.1. Entre dois pólos em tensão:

A passagem do princípio meta-jurídico da *Liberdade como Principium* para os planos mais concretos – ainda que principiológicos – até aqui apontados deixam implícita uma visão ontológica do ser humano e de realização de sua dignidade. Ora, o princípio fundamental de nossa Ordem Jurídica consiste exatamente no princípio da Dignidade Humana. Essa, por sua vez, para poder ser articulada adequadamente com especificações na ordem concreta necessita de uma visão ontológica do ser humano que se mostre a mais íntegra possível. No caso, identificamos a necessidade de realizar alguns apontamentos com vistas a essaltar a dimensão *ativa* do ser humano, constitutiva de sua forma de *ser* específica do humano, por conta daquela estar sub-representada na atual doutrina dos direitos fundamentais.

Essa liberdade interior e ao mesmo tempo missão de autorrealização foi destacada ativamente pela filosofia liberal. Se o fruto de tal filosofia foi a construção de um ser humano ideal individualista e atomística, sem referência à tessitura social de onde ele se originou, tal radicalismo se deu pelo momento vivido por aqueles pensadores, políticos e artistas. Qualquer deferência à tradição, aos deveres grupais, serviria de “pedra de tropeço” para as nascentes liberdades políticas e econômicas:

“As declarações de direitos norte-americanas, juntamente com a Declaração francesa de 1789, representaram a emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu à família, o clã, o estamento, as organizações religiosas. É preciso reconhecer que o terreno, nesse campo, for a preparado mais de dois séculos antes, de um lado pela reforma protestante, que enfatizou a importância decisiva da consciência individual em matéria de moral e religião, de outro lado, pela cultura da personalidade de exceção, do herói que forja sozinho o seu próprio destino e os destinos do seu povo, como se viu na Itália

⁷⁹⁶ “This paper considers the contribution of LEP to the rights and poverty reduction discourse. It argues that the value of LEP as a development paradigm is not that it introduces a new framework, but rather that it rescues one of the strands of the rights-based approaches from a contested discourse, which is being lost to an overly legalistic interpretation.” VON BROEMBSSEN, Marlene. “*Legal Empowerment of the Poor: The Re-emergence of a Lost Strand of Human Rights?*”, Human Rights Working Paper Series, 2012. Disponível em: <https://sites.utexas.edu/rapoportcenterwps/2012/01/13/2012-marlese-von-broembsen-legal-empowerment-of-the-poor-the-re-emergence-of-a-lost-strand-of-human-rights/>

renascentista”.⁷⁹⁷

Ao chegarmos no final do sec. XIX e limiar do Século XX, a filosofia liberal já revelara suas limitações explicativas do homem e do mundo, esgotara suas promessas e o mundo novo que ele legara colocava novos desafios ao pensamento humano decifrar. Em que pese as enormes contribuições que o liberalismo nos legou - a democracia liberal, a economia de mercado, o reconhecimento filosófico e jurídico dos direitos humanos calcados na liberdade – ela ainda não supre os anseios mais profundos do homem. Todavia, naquela altura não se poderia mais voltar no tempo, restaurar as antigas alianças familiares, grupais e sociais que compunham a tessitura social anterior. Os indivíduos e as famílias nuclearizadas vêm-se isoladas, desconectadas, desamparadas nesse novo mundo do sec. XX. Não à toa, emerge um ressentimento contra a Modernidade, contra essa liberdade que se revela como um salto ao abismo: alguns conseguiram voar, mas muitos sentiram-se caindo no abismo.

Ao mesmo tempo, o secularismo já profundamente arraigado torna o Cristianismo apenas sombra do que fôra, diminuindo profundamente sua capacidade de amparo ao espírito humano e de influência sobre as condutas. Se antes as comunidades tinham na igreja local seu local de refúgio, encontro e ajuda mútuas, agora a igreja local tornara-se um local para cumprimento de mera formalidade social, com uma influência muito menor sobre a alma.

No vácuo existencial que emerge na Modernidade, simulacros das religiões monoteístas começam a serem gerados. A necessidade de uma justificação para a existência e desejos de poder ter a promessa de rumar a um “paraíso” deslocam tais aspirações do plano religioso-espiritual para o plano político. Ressurgem as ideias utópicas, seguida da “fé”⁷⁹⁸ na possibilidade de se construir na Terra a promessa que era dada apenas para a eternidade. Entre todas elas, o comunismo emergiu como a grande “religião secular”⁷⁹⁹, de tal forma ela

⁷⁹⁷COMPARATO, Fabio Konder. *A Afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 6 ed. Rev. e atual. Saraiva, 2008, pg 53.

⁷⁹⁸Salienta-se que a palavra “fé” é utilizada apenas metaforicamente, pois seu sentido original no seio do Cristianismo e Judaísmo em muito difere do fanatismo, sendo-lhe até oposto, não podendo ser confundido com o fanatismo político que alimentou os genocídios de razão política que marcaram o século XX.

⁷⁹⁹Mircea Eliade identifica no marxismo e no movimento político que dele nasce uma estrutura que imita a das religiões, a busca de um significado transcendental que dê sentido à vida do indivíduo, uma narrativa a que “explica” a complexa realidade e que fornece um senso de participação comunitária. O processo de “dessacralização” não apaga da estrutura humana a busca pelo religioso, ainda que disfarçado das ideias mais antirreligiosas: “o homem areligioso(sic) no estado puro é um fenômeno muito raro, mesmo na mais dessacralizada das sociedades modernas. A maioria dos “sem religião” ainda se comporta religiosamente, embora não esteja consciente do fato. Não se trata somente da massa de “superstições” e dos “tabus” do homem moderno, que têm todos uma estrutura e uma origem mágico religiosa. O homem moderno que se sente e se pretende areligioso (sic) carrega ainda todo uma mitologia camuflada e numerosos ritualismos degradados.(...)A grande maioria dos sem religião não está, propriamente falando, livre dos comportamentos religiosos, das teologias e das mitologias. Estão às vezes entulhados por todo um amontoado mágico religioso, mas degradado até à caricatura, e, por esta razão, dificilmente reconhecível.(...) não fazemos alusão aos diversos movimentos políticos e profetismos

conquistou mentes e corações que sua força avassaladora dividiu o planeta.

Esse novo deus, o Estado, emerge como um deus ciumento e terrível. Seus adoradores não admitem concorrentes. Em prol da realização de suas promessas, da “construção do novo homem e do novo mundo”, um novo *ethos* se forma. Diante do supremo Bem prometido no futuro, invertem-se os parâmetros morais: respeitar as leis de seu país, trabalhar a terra herdada de seus pais, em suma, manter as tradições e leis que mantinham a sociedade unida tornam-se crimes diante da régua moral revolucionária.

A influência do marxismo, em todas as suas vertentes, penetrou na filosofia Ocidental até a medula. Todas as áreas de conhecimento das Humanidades foram revistas, modeladas, e então desenvolvidas sob tal influência. Ainda que sanitizado de sua antiga legitimização do uso da força⁸⁰⁰ (para usar um eufemismo), a sua *visão da economia* e sua *ontologia do ser humano* amputado do transcendental e da liberdade interior permaneceu no imaginário.

Consequentemente, o antigo *self-made man* foi negado, arrancado do horizonte de possibilidade humana. Em outras palavras, a condição de “agente” do ser humano foi relegada a uma posição periférica. Aquelas passaram a se desenvolverem tendo como ontologia implícita o homem *apenas* como mero produto do seu meio. As condições externas ao homem que sob tal enfoque não só influenciariam seu destino, mas o *determinariam*.⁸⁰¹

sociais cuja estrutura mitológica e fanatismo religioso são facilmente discerníveis. Bastará, para dar um só exemplo, lembrarmos a estrutura mitológica do comunismo e seu sentido escatológico. Marx retoma e prolonga um dos grandes mitos escatológicos do mundo asiático mediterrâneo, a saber, o papel redentor do justo (o “eleito”, o “ungido”, o “inocente”, o “mensageiro”, nos nossos dias, o proletariado), cujos sofrimentos são chamados a mudar o estatuto ontológico do mundo. Com efeito, a sociedade sem classes de Marx e a conseqüente desaparecimento das tensões históricas encontram seu precedente mais exato no mito da Idade do Ouro, que segundo múltiplas tradições, caracteriza o começo e o fim da História. Marx enriqueceu esse mito venerável de toda uma ideologia messiânica judaico-cristã: por um lado, o papel profético e a função soteriológica que ele atribuiu ao proletariado; por outro, a luta final entre o Bem e o Mal, que pode aproximar-se facilmente do conflito apocalíptico entre o Cristo e o Anticristo, seguido da vitória decisiva do primeiro. É até significativo que Marx resgate, por sua conta, a esperança escatológica judaico-cristã de um fim absoluto da História, distingue-se nisso dos outros filósofos historicistas (por exemplo Croce e Ortega y Gasset) para quem as tensões da história são consubstanciais à condição humana e, portanto, jamais poderão ser completamente abolidas.” ELIADE, Mircea. *O Sagrado e o Profano*. Martins Fontes: São Paulo, 1992, Pgs 98-99.

⁸⁰⁰ Ressalte-se que não se pode, de forma alguma, diminuir a conexão direta entre a ideologia marxista e seus resultados. Mais que uma negação da legitimização ostensiva da violência e supressão da liberdade que consta já em Karl Marx. Efetuou-se historicamente com tremenda regularidade e com as mesmas básicas estratégias em todos os países onde tal ideologia encontrou o caminho livre para prosperar (o que, por si só, impõe a qualquer mente intelectualmente honesta curvar-se perante os fatos e rever qualquer resquício de relativização da responsabilidade dessa ideologia). Sem meias palavras, constitui uma ofensa monstruosa contra as mais de 100 milhões de vítimas, de vida humanas que tomaram mediante algumas das técnicas de terror e tortura mais desumanas já inventadas na história da humanidade, negar a devida seriedade para analisar a conexão entre as ideias marxistas e os fatos gerados por sua *práxis*. Para aquele que conhece a ideologia e a história do comunismo, a relativização soa tão ou mais monstruosa e imoral quanto tentar relativizar a responsabilidade da ideologia nazista pela ocorrência do Holocausto.

⁸⁰¹ Sobre a influência do Marxismo sobre a filosofia Ocidental, ver a crítica de Raymond Aron em sua obra “O ópio dos Intelectuais” (primeira edição em francês – 1955; ARON, Raymond. *O opio dos intelectuais*. Brasília, DF: Ed. Universidade de Brasília, 1980). Ainda, ressalte-se a enorme influência da Escola de Frankfurt sobre a intelectualidade contemporânea, sendo essa também legatária do marxismo. Por fim, essa influência pode ser

A construção dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais – os quais, por sua vez, serviram de parâmetro para a construção dos direitos sociais constitucionais – tiveram sua interpretação bastante influenciada pelo socialismo, de forma que a dimensão ativa presente naqueles ficou relegada a segundo plano.

Justamente por tal motivo é que, se ela faz referência, no campo econômico, à “livre-iniciativa”, interpreta-se como sendo mais por puro pragmatismo que por razões de cunho moral e filosóficas. As “forças capitalistas” emergem como “mal necessário”, não como derivada de uma dimensão integrante da liberdade humana.

A construção e interpretação que se seguiu dos Direitos Humanos sofreu a influência da dicotomia então existente entre Capitalismo e Socialismo, levando a uma certa identificação entre grupos de direitos com a filosofia liberal e outros com a visão socialista – no caso, o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos e o O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, respectivamente. Consequentemente, os direitos sociais ganharam maior identificação com uma visão *passiva* do ser humano, colocando-o prioritariamente na posição de *beneficiário* e o Estado como o grande *beneficiador*.

Todavia, acima de qualquer sectarismo ou visão ideológica, o que deve preponderar é a *Dignidade Humana*, princípio da Ordem Constitucional, a qual nos obriga a termos em mente uma ontologia do ser humano o mais global possível, incluindo, assim sua dimensão ativa e autorrealizadora. Essa dimensão se mostra especialmente relevante ao tratarmos do direito ao trabalho, *o qual constitui direito social consubstanciado num agir especial do indivíduo por colocar em evidência sua capacidade de agente, de criador de sua própria realidade.*

4.2. A busca da “Autorrealização” como constitutiva do ser humano íntegro.

demonstrada pela criminosa displicência na omissão de uma vigora condenação aos crimes cometidos pelo comunismo internacional. Antes, não é incomum ainda se encontrar defesas aos sistema comunista, aos seus ideias, nas faculdades de humanas. APPLEBAUM observa essa tenebrosa contradição: “Para muitas pessoas, porém, os crimes de Stálin não inspiram a mesma reação visceral que os de Hitler. Certa vez, o ex-parlamentar britânico Ken Livingstone, hoje prefeito de Londres, forcejou para explicar-me a diferença. Os nazistas eram “perversos”. Mas a URSS fora “desvirtuada”. Essa visão reflete o sentimento de muitas pessoas, mesmo daquelas que não são esquerdistas à moda antiga.(...)Mas a ideologia também distorceu o modo pelo qual compreendemos a história da URSS e da Europa ocidental. A partir dos anos 1930, uma parte pequena da esquerda ocidental deu duro para explicar e às vezes exculpar os campos e o terror que os criou. Em 1936, quando milhões de lavradores soviéticos já trabalhavam nos campos ou viviam em degredo, os socialistas britânicos Sidney e Beatrice Webb publicaram um vasto levantamento sobre a URSS, o qual explicava, entre outras coisas, que o “oprimido camponês soviético vai aos poucos adquirindo a sensação de liberdade política.”(...) Não foi apenas a extrema esquerda, nem apenas os comunistas ocidentais, os que ficaram tentados a arranjar para os crimes de Stálin desculpas que nunca teriam apresentados para os de Hitler. Os ideais comunistas – justiça social, igualdade para todos – são simplesmente muito mais atraentes para a maioria das pessoas no Ocidente do que a defesa nazista do racismo e do triunfo do mais forte (...)Talvez isso ajude a explicar por que, desde o começo, relatos em primeira mão sobre o Gulag eram frequentemente repudiados ou depreciados pelas mesmíssimas pessoas que jamais teriam colocado em dúvida o testemunho do Holocausto escrito por Primo Levi ou Eli Wiesel” APPLEBAUM, Anne. *Gulag – Uma História dos campos de prisioneiros soviéticos*, Civilização Editora, pg 8-9.

“Que é o homem?” A formulação dessa pergunta, como destaca COMPARATO, já postula a singularidade eminente deste ser, capaz de tomar a si mesmo como objeto de reflexão. A característica da racionalidade, que a tradição Ocidental sempre considerou como atributo exclusivamente humano, revela-se sobretudo nesse sentido reflexivo⁸⁰².

A própria pergunta já comprova a racionalidade, a capacidade reflexiva, e, a partir dela, a capacidade criativa. A posse de um *mundo abstrato*, necessidade implícita para o exercício da capacidade reflexiva, torna possível a criatividade. Daí advém, entre outros, o *homo faber*, sua capacidade de antever um cenário diferente daquele no qual se insere, possibilitando a manifestação de sua dimensão ativa, sendo essa constitutiva do diferencial do ser humano. **O *Homo faber* apresenta-se como uma faceta do ser humano íntegro.**

O ser humano se constitui e se realiza *sendo*, manifestando seu “eu” no mundo. Diferentemente de outras formas de vida, o ser humano vem com a marca da incompletude, a qual o obriga a realizar-se no mundo e, dessa forma, criar o mundo social à sua imagem e semelhança.

Giovani Pico, senhor de Mirandola e Concordia, apresentou em 1486 em famoso discurso acadêmico essa concepção de homem. Nele, imagina que todas as formas possíveis de vida – de grau ínfimo, médio ou superior – haviam sido utilizadas e especificadas na criação dos demais seres. Decidiu então o Criador, que 'aquele a quem nada mais podia atribuir de próprio fosse conferido, em comum, tudo o que concedera singularmente 'as outras criaturas. Imaginou ele que o Criador, ao completar sua obra, percebeu que ainda faltava alguém, nesse vasto cenário, *capaz de apreciar racionalmente a obra divina, de amar sua beleza e admirar-lhe a vastidão:*

“Não te damos, ó Adão, nem um lugar determinado nem um aspecto próprio nem uma função que desejares, tu o obtinhas e conserves por tua escolha e deliberação próprias. A natureza limitada dos outros seres é encerrada no quadro de leis que prescrevemos. Tu, diversamente, não constricto em limite algum, determinarás tua natureza segundo teu arbítrio, a cujo poder te entregamos. Pusemos-te no centro do mundo, para que daí possas examinar à tua roda tudo o que nele se contém. Não te fizemos nem celeste nem imortal, para que tu mesmo, como artífice por assim dizer livre e soberano, te possas plasmar e esculpir na forma que escolheres. Poderás te rebaixar à irracionalidade dos seres inferiores, ou então, elevar-te ao nível divino dos seres superiores”.⁸⁰³

Aristóteles sublinha a especificidade do ser humano, identificando nele sua condição

⁸⁰² COMPARATO, Fabio Konder. *A Afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 6 ed. Rev. e atual. Saraiva, 2008, pgs. 3 e 4.

⁸⁰³ *Oratio Ioannis Pici Mirandule Concordiae Comititis*. Cito da edição bilingue, latina e italiana, sob o título *Discorso sulla Dignit'a dell'Uomo*. APUD: COMPARATO, Fabio Konder. *A Afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 6 ed. Rev. e atual. Saraiva, 2008, pgs 7 e 8.

“híbrida”, de “animal” e ao mesmo tempo portador da “racionalidade”, por conseguinte, “hiato entre o animal e deus”⁸⁰⁴. Sua ontologia se revela pelo seu profundo estudo da alma humana (psyché), e de como aquela tensão entre “animal” e “deus” é característica do ser humano. Indo além, vivenciar e solucionar essa tensão é destino de todo ser humano que queira verdadeiramente autorrealizar-se.

Platão já compreendia a alma composta por diferentes partes – concupiscível, irascível e intelectual. Aristóteles reformula e aprofunda essa sistematização, revelando o funcionamento orgânico entre essas “partes” da alma, e como a busca pela conquista do domínio próprio constitui o “bom viver”.

Aristóteles classifica então as partes da alma em vegetativa, sensitiva e intelectual. As duas primeiras seriam as partes irracionais (alogon),⁸⁰⁵ sendo comum ao homem e a todos os demais seres vivos. A vegetativa corresponde às operações biológicas do homem (nutrição, crescimento) sendo-lhe comum a todos os demais seres vivos, a parte sensitiva, como diz o nome, é onde ocorrem as sensações e seus correlatos: medos, paixões, desejos, apetites, ira, etc., e a percepção direta da realidade imediata (aisthêsis), sendo comum ao homem e aos animais. Por fim, a parte da alma que especifica o homem: a parte racional.

Por ser portador tanto de uma dimensão irracional (alogon) e sua dimensão racional (to theion) estabelece-se uma tensão interior no ser humano. O desejo (orexis) nasce em consequência à sensação, a qual impulsiona o agir, o mover-se, e o mover-se no mundo é a forma de inserir-se na história, de realizar-se, de passar da potência ao “ser”. Mas o humano não “age” como os animais, nele opera a razão, a qual dá “sentido” a todas as suas ações. *“práxis significa ação racional, conduta. Os movimentos dos animais, como Aristóteles parece pensar, são meras reações aos estímulos sensoriais”*⁸⁰⁶

A razão é portadora do pensamento (dianoia), e nele, caberá ao homem *compor* todas as partes de sua alma (vegetativa, sensitiva e racional), de forma a levar a que sua parte superior organize e integre as demais. Domine-as, mas não *sufocando-as*, antes, *integrando-as* no todo. Pela integração mediante a razão, o homem agora tem a possibilidade de mover-se no mundo numa dimensão superior de sua alma:

“Aristóteles conclui que o específico do humano é certa vida ativa na dimensão da alma capacitante de razão. O específico do humano é a vida própria do ente que tem razão (EM, I, 7, 1097 b-1098). Se isto o especifica, realiza-se o humano como humano ao progredir na direção desta que é a sua possibilidade mais própria, na realização em si da sua melhor parte (ou: de si

⁸⁰⁴ COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. *Sensatez como Modelo e desafio do pensamento jurídico em Aristóteles*. Editora Rideel: São Paulo, 2012, pg 3

⁸⁰⁵ COELHO, idem, ob. cit. pg. 4

⁸⁰⁶ RACKHAM. Aristotle, *Nicomachean Ethics*. APUD: COELHOS, idem, ob. cit., pg 8.

na sua melhor parte) de sua alma divina. Fazendo-o, caminha em direção da divindade, mas a busca em questão é uma busca de si mesmo; *avançar nesta caminhada consiste a felicidade.*”⁸⁰⁷(sem grifos no original).

Encontrando-se as afecções na parte sensitiva da alma, também os animais as experimentam, e é aí, precisamente, que se desenha com nitidez o caráter especificamente humano da *ética*, que apenas tem lugar a partir da tensão que o seu caráter compósito (deus-animal) estabelece no homem. A parte sensitiva é a que se relaciona com a parte racional, transmitindo-lhe suas sensações, as quais o racional toma consciência. Nesse tomar consciência, é que reside possibilidade do racional sobrepor-se ao sensitivo, arbitrar-lhe, comandá-lo. Opera-se uma dinâmica interior, fruto de um diálogo, cujo resultado será exteriorizado pelo agir do homem no mundo.

Mas não é automática a conquista do domínio. “Apenas na medida em que o homem é também racional é que surge para ele o desafio de dominar e por fim educar e conformar o seu desejo, isto é, a parte irracional-apetitiva de sua alma, impondo-lhe a direção e a medida tal que lhe indica a sua razão, como sentido orientador (orthos logos).”⁸⁰⁸A conquista da integridade ocorre com a conquista do autodomínio, quando “*esta parte (desejo) obedece o comando da razão e toda a alma ressoa em uníssono*”⁸⁰⁹.

Esse estado de integridade, da “alma ressoando em uníssono”, simboliza a verdadeira paz, a qual encontra convergência também na tradição judaica, a *shalom*, constituindo até condição para conhecer a Deus: “irás procurar Iahweh teu Deus, e o encontrarás, se o procurares com todo teu coração e com toda a tua alma”⁸¹⁰:

“Iahweh, quem pode hospedar-se em tua tenda?

Quem pode habitar em teu monte sagrado?

Quem anda com integridade e pratica justiça,

E fala a verdade no coração.”⁸¹¹

Essa sinceridade interior torna-se condição para a conquista da integridade. “Conhece-te a ti mesmo”, foi o que Sócrates leu no frontispício do templo de Delfos, e assim nasceu a filosofia. A conquista da inteireza da alma se apresenta como destino incontornável para a vivência humana na plenitude do que lhe é próprio e peculiar.

Se o homem fosse apenas sensação e apetite, sem contar também com a parte da sua

⁸⁰⁷ COELHO, ob.cit.,pg 6

⁸⁰⁸ COELHO, idem, ob.cit.,pg 8

⁸⁰⁹ COELHO, ibidem, ob.cit.,pg 7

⁸¹⁰ Bíblia Sagrada de Jerusalém. Deuteronômio 4:29.

⁸¹¹ Bíblia Sagrada de Jerusalém. Salmo 15:1-2.

alma que tem a razão, sua relação com suas afecções (com seus medos, com seus desejos, com seus apetites) seria de simples *sujeição*, assim como é a relação de qualquer animal irracional com seus impulsos. Mas ao homem não é possível viver apenas para seus impulsos: para isso seria necessário senão desintegrar, abafar sua dimensão racional-ética. A *dimensão ética* o empurra para a conquista de sua integridade e de um viver ético e plasmado de significação. Não é possível a ele fugir dessa tensão. Mesmo a tentativa de fuga já implica uma decisão.

“A ética surge nessa tensão constitutiva do humano, e todo o seu programa consiste em elevar o homem da brutalidade em direção à divindade, o que se confunde com a realização de si mesmo (ou com a realização de si como o melhor de si mesmo), na sua dimensão mais própria, como ser racional”⁸¹²

A integração interior corresponde também à integração exterior. O agir ético corresponde ao exercício da sensatez, que se identifica uma racionalidade prática iluminada pelo ethos, coincidindo assim com a sabedoria. “No mundo prático, inaugura-se a ética com a possibilidade do agir humano sobre o mundo, perfazendo-o, e sobre si mesmo.” É uma forma de “estar diante do mundo”, que se abre para ele, para só então agir, mas agindo animado por todo o seu ser em integridade, sua conduta consubstancia o “ser”. **“O homem torna-se o que é na medida em que vive, em que age e compreende o mundo”**⁸¹³ Da potência o ser humano passa ao ato, e assim “o homem se torna o que é”.⁸¹⁴ Por isso que em Aristóteles, o problema da felicidade está conectado com o problema do bem, o qual é o fim do homem: “(...) o bem é algo próprio de um homem, do eu que dificilmente lhe poderia ser tirado.”⁸¹⁵

Nesse sentido, COMPARATO destaca que inclusive “a reflexão filosófica contemporânea” também “salientou que o ser do homem não é algo de permanente e imutável: ele é, propriamente, um vir-a-ser, um contínuo devir.”⁸¹⁶

*“Conheço bem o homem, diz Deus,
Fui eu que o fiz. É um ser curioso,
Porque nele atua a liberdade, que é o mistério dos mistérios”*⁸¹⁷

VICTOR FRANKL, um dos maiores psiquiatras da História, criador da Logoterapia⁸¹⁸,

⁸¹² COELHO, ob. cit.,pg. 9

⁸¹³ COELHO, idem, ob. cit., pg xii.

⁸¹⁴ Loui Lavelle

⁸¹⁵ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, 1095b:25.

⁸¹⁶ COMPARATO, Fabio Konder. ob.cit.,pg 29

⁸¹⁷ (Charles Péguy, *Les Mystère des Saints Innocents*) APUD : COMPARATO, Fabio Konder. *A Afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008,pg 29

⁸¹⁸ Segundo o próprio autor, a Logoterapia “considera sua tarefa ajudar o paciente a encontrar sentido em sua vida. Na medida em que a logoterapia o conscientiza do logos oculto de sua existência, trata-se de um processo analítico. Até esse ponto a logoterapia se assemelha à psicanálise. Entretanto, quando a logoterapia procura tornar algo

o qual desenvolveu sua teoria sobre a necessidade mais profunda da psique humana sob uma das mais terríveis condições às quais seres humanos já foram expostos – num campo de concentração nazista – “conversa” e “concorda” com Aristóteles, destacando a necessidade vital do exercício dessa *tensão* interior; no caso, para FRANKL, essa tensão deriva do esforço dirigido para o cumprimento de um *sentido de vida* que transcende o próprio indivíduo:

“Pode-se ver, assim, que a saúde mental está baseada em certo grau de tensão, tensão entre aquilo que já se alcançou e aquilo que ainda se deveria alcançar, ou o hiato entre o que se é e o que se deveria vir a ser. Essa tensão é inerente ao ser humano e por isso indispensável ao bem-estar mental. Não deveríamos, então, em hesitar em desafiar a pessoa com um sentido em potencial a ser por ela realizado. Somente assim, despertaremos do estado latente da sua vontade de sentido. Considero perigosa e errônea a noção de higiene mental que pressupõe que a pessoa necessita em primeiro lugar de equilíbrio, ou, como se diz na biologia, de ‘homeostase’, ou seja, de um estado livre de tensão. O que o ser humano realmente precisa não é um estado livre de tensões, mas antes a busca e a luta por um objetivo que valha a pena, uma tarefa escolhida livremente. O que ele necessita não é a descarga de tensão a qualquer custo, mas antes o desafio de um sentido em potencial à espera de seu cumprimento.”⁸¹⁹

E nessa luta pelo cumprimento de um sentido, o ser humano encontra a *transcendência*. A transcendência constitui destino incontornável do homem. Servir à comunidade, servir à família, servir aos seus, tudo isso é *transcender-se*, na simplicidade da vida quotidiana. Nesse transcender-se ele encontra sentido para sua vida, não a satisfação pura de seus impulsos e necessidades físicas. FRANKL assim descobriu que a maior causa de doenças psicológicas reside na perda desse sentido mais profundo para a vida:

“A busca do indivíduo por sentido é a motivação primária em sua vida, e não uma ‘racionalização secundária’ de impulsos instintivos. Esse sentido é exclusivo e específico, uma vez que precisa e pode ser cumprido somente por aquela determinada pessoa. Somente então esse sentido assume uma importância que satisfará sua própria vontade de sentido.”⁸²⁰

Sendo frustrada a busca por sentido, se o indivíduo se vê num “vazio existencial” (expressão cunhada pelo eminente psiquiatra), FRANKL explica que ocorre a “frustração existencial”, e que essa poderá desencadear “neuroses noogênicas” (do termo grego *noos*, “mente”), as quais advêm não de “conflitos entre impulsos e instintos, mas de problemas

novamente consciente, ela não restringe sua atividade a fatos *instintivos* dentro do inconsciente do indivíduo, mas se preocupa também com realidades *existenciais*, tais como o sentido em potencial de sua existência a ser realizado, bem como sua *vontade* de sentido. Qualquer análise, porém, mesmo que se abstenha de incluir a dimensão noológica em seu processo terapêutico, procura tornar o paciente consciente daquilo por que ele realmente anseia na profundidade do seu ser. A logoterapia diverge da psicanálise na medida em que considera o ser humano um ente cuja preocupação principal consiste em realizar um sentido, e não a mera gratificação e satisfação de impulsos e instintos, ou na mera reconciliação das exigências conflitantes de id, ego e superego, ou na mera adaptação e no ajustamento à sociedade e ao meio ambiente.” FRANKL, Victor F. *Em busca de Sentido: um psicólogo no campo de concentração*. 29ª ed. Tradução de Walter O. Schlupp e Carlos C. Aveline, Petrópolis: Editora Vozes, 2010, pg. 128.

⁸¹⁹ FRANKL, idem, pg. 130

⁸²⁰ FRANKL, ibidem. pgs. 124-125.

existenciais,” desempenhando a frustração existencial pela frustração do encontro do *sentido* papel central.⁸²¹

Condenar o homem a viver uma vida voltada unicamente para a satisfação das necessidades mais imediatistas, implica, assim, *fechar-lhe as portas para a consciência de si mesmo, do que lhe é peculiar e melhor quanto ser humano; é reduzi-lo, é tentar esmagá-lo dentro da dimensão de uma vida pequena, vazia e, até mesmo, mentalmente doente, por conta da frustração existencial resultante desse apequenamento de seu horizonte de possibilidades.*

Theodor Dalrymple⁸²², também psiquiatra, identificou esse vazio existencial em meio à população inglesa de mais baixa renda: o fato de poderem contar com a satisfação de todas as suas necessidades materiais patrocinadas pelo Estado, somado a uma cultura hedonista, redundara num estado onde as vidas esvaziaram-se de propósito, gerando a destruição da força impulsionadora rumo à transcendência que se encontra, em parte, na luta do sustento da própria família e da realização da própria personalidade. Obviamente, que a busca do próprio sustento não engloba todo o sentido da vida, mas constitui uma das maneiras mais imediatas e universais do indivíduo exercer a descoberta de si mesmo e de sua própria construção, interior e exteriormente pela sua inserção no tecido social, abrindo os primeiros degraus rumo a descobertas mais superiores da dimensão humana.

Portanto, uma ontologia do ser humano que focalize apenas sua condição passiva constitui uma ontologia amputada, que foca apenas a parte animal (Aristóteles) do homem, relegando sua dimensão superior, justamente a que lhe é peculiar. Por conseguinte, toda interpretação dos direitos fundamentais deve ter como base – ainda que implícita – uma ontologia do humano que lhe faça juz.

5. Dever de prestação das ferramentas jurídicas para o exercício da condição de agente do

⁸²¹ FRANKL, Victor F. ob. cit., pg. 126.

⁸²² O autor, psiquiatra, que por quase 30 anos trabalhou na área, especialmente com pessoas de baixa renda, com penitenciários e também em países africanos pobres, parte de sua experiência profissional para relatar através de situações concretas, a situação psicológica da subclasse britânica, que, livre da pobreza graças ao Estado de bem-estar social, apresenta, entretanto, uma pobreza “moral” e autodestrutiva que o autor não viu nem na extrema pobreza africana. Afirma que isso se deve à visão de mundo que parte da subclasse construiu para si, não raro influenciada por intelectuais, que consiste numa inconsciência de uma dimensão maior da vida e extremo relativismo moral. O autor afirma que o assistencialismo criou nessa classe um ambiente de indiferença e individualismo (Livres Para Escolher) porque os cidadãos deixam de colaborar com aqueles que passam por dificuldades por relegarem tal tarefa para a atuação estatal; relata uma apatia subsidiada, frustração não plenamente conscientizada por conta de uma vida vazia de significado e predominância do egocentrismo. Quanto a outros aspectos, descreve o que chama de o “tédio do enimesmamento” de indivíduos que não sabem como viver, que perderam o aspecto transcendente da vida, e que por não precisarem lutar para sobreviver não se descobrem como indivíduos, levando a comportamentos autodestrutivos, como violência (especialmente contra a mulher) e o fenômeno dos parassuicídios. DARLYMPLE, Theodore. *A vida na Sarjeta: o círculo vicioso da miséria moral*. Tradução: Marcia Xavier de Brito, São Paulo: É Realizações, 2014.

indivíduo.

O destaque que se procedeu à dimensão ativa, criadora e autorrealizadora do ser humano teve em vista ressaltar a necessidade da articulação tanto entre a dimensão ativa quanto passiva do ser humano, mas, sobretudo, lembrando que o *ser* efetiva-se pelo *ato*, sobretudo no caso do ser humano.

Consequentemente, negar ao ser humano as ferramentas jurídicas e institucionais para que ele mesmo possa prover por si e pelos seus, é negar uma das mais importantes ferramentas para sua realização pessoal, é obstruir-lhe a conquista de sua dimensão quanto indivíduo e construção de sua personalidade, de uma história pessoal e totalmente única, além de privar a sociedade do auxílio social, material e cultural que poderia esse indivíduo proporcionar.

Todavia, é verdade que existem necessidades materiais que, senão satisfeitas, obstaculizam a realização das capacidades superiores. A pobreza extrema, doença, velhice, podem se mostrar como situações dramáticas e completamente incapacitantes, que fogem da alçada de ação desse indivíduo. Outras, ainda que menos obstaculizantes, igualmente afetam a vida das pessoas, como o desemprego e a fragilidade súbita na maternidade. Todavia, em todo caso, a satisfação material, quando vinda pela mão de terceiro, volta-se para cumprimento de um princípio superior. Afinal, o dinheiro “trata-se de uma coisa útil, nada mais, e desejada no interesse de *outra* coisa.”⁸²³ O reconhecimento dos deveres de solidariedade social não devem implicar numa escolha sectarista, apenas, em reconhecer os diversos planos de ação do indivíduo e do Estado e suas articulações.

No decorrer desse trabalho, foi exposto como as ferramentas jurídicas são essenciais para a plena participação do indivíduo nas relações sociais econômicas, assim como, para proteção dos bens já em sua propriedade. Para tanto, faz-se necessária uma prestação positiva por parte do Estado na forma de norma: o direito de propriedade, por exemplo, tem seu âmbito normativo totalmente constituído pelo feixe de normas especificadas legalmente. Como reforçado por ALEXY, direitos, como o de propriedade, por sua natureza, podem restar completamente sem efetividade por conta da inatividade legislativa.

Para compreender a forma mais efetiva para o feixe de ações juridicamente protegidas devem ser desenhadas, especialmente tendo em conta populações hipossuficientes, as colocações da nova economia institucional mostram-se importantes para levarem a uma coincidência mais fina entre fenômeno econômico e desenho jurídico-institucional.

⁸²³ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, 1096a :5.

CONCLUSÃO

Diante dos dados colacionados, fica evidenciada a profundidade dos efeitos econômicos perversos que o conjunto normativo impõe justamente aos mais vulneráveis economicamente, tornando premente a necessidade de uma reordenação do sistema normativo de forma inteligente e racional, que corrija as falhas que impedem: a) o exercício da atividade econômica por parte dos mais pobres assim como a garantia dos seus direitos de propriedade, b) os impactos desiguais sobre os micro, pequenos e médios empreendimentos econômicos. Os dois pontos representam duas dimensões que se fundamentam a base para a concretização dos direitos sociais. Na dimensão individual, coloca-se em questão a emancipação econômica individual, a liberdade de empreender e de exercer um trabalho; tal esfera não pode ser obstruída ilegitimamente pela ação estatal. Por outro lado, a falta de proteção dos recursos econômicos dos mais pobres coloca uma “obrigação de fazer” por parte do Estado.

A outra dimensão se refere ao desenvolvimento econômico-social de forma global. A legislação, sob o prisma da eficiência de seu conjunto, encontra-se obstaculizando a atividade produtiva no país como um todo, atingindo todas as empresas; mas, como visto, a burocracia estatal impõe um ônus desigual sobre as menores estruturas empresariais, de forma que, além de afetar o desenvolvimento econômico, tais obstáculos contribuem para o processo de desigualdade econômica, enfraquece a concorrência, enfraquecendo o poder distributivo do mercado. Além disso, como mencionado pelo Relatório, foi constatado que a emancipação econômica dos mais pobres produz efeitos sistêmicos de natureza puramente social, como o fim dos incentivos econômicos ao trabalho infantil e maior igualdade de gênero na inserção do mercado.⁸²⁴

Alguns países já adotam tradicionalmente programas voltados para o incentivo fiscal

⁸²⁴ Children stand to gain as well. Families in the Peruvian programme, for instance, are less likely to pack their young children off to work and more likely to send them to school. Since they have higher incomes from working longer hours outside their homes, they resort less to child labour.62 (pg. 51) “Removing children from work requires overcoming social prejudice, building enough good schools, and compensating poor families for the loss of a child’s income. While these costs are not insignificant, the economic benefits of eliminating child labour – the greater productivity and earnings generated by more schooling and improved health – far exceed them. Source: UNDP IPC In Focus; Children in Poverty; March 2004” APUD: CLEP, ob.cit., pg.52.

e/ou estrutural para pequenas empresas⁸²⁵, mas incentivos de ordem financeira tem seu poder de influência diminuído se os obstáculos jurídicos não são sanados. A mera desregulamentação por si mesma também não corresponde à melhor abordagem, pois a própria OCDE já reconheceu que essa estratégia pode ser contra-produtiva, inclusive quanto aos impactos sentidos por pequenas e médias empresas⁸²⁶. O alvo do conjunto normativo deve ser uma reordenação que o adeque às necessidades das menores estruturas empresariais, ficando a simplificação e reestruturação submetidas a tal meta.

“Regulatory burdens remain a major obstacle for SMEs as these firms tend to be poorly equipped to deal with the problems arising from regulations. Access to information about regulations should be made available to SMEs at minimum cost. Policy makers must ensure that the compliance procedures associated with, e.g. R&D and new technologies, are not unnecessarily costly, complex or lengthy. Transparency is of particular importance to SMEs, and information technology has great potential to narrow the information gap. It would be of great help to set up a “one-stop-shop system”, where all the necessary information which affects firm strategies and decisions is made available in one place, as exists already in some countries.”⁸²⁷

O conjunto de propostas apresentadas pela Comissão de Empoderamento Legal dos Pobres apresenta uma harmonia com a proposta de interpretação **“integradora” dos direitos fundamentais do constitucionalista ALEXY**. Aquela tem como objetivo a emancipação econômica dos mesmos, mas como visto, a efetivação desse objetivo passa pelo desenlace do processo dinâmico que mantém as pessoas na situação de pobreza. Tal desenlace, como mencionado, passa por reformas sistêmicas do ordenamento jurídico, as quais fazem referência a algumas das teorias valorativas dos direitos fundamentais citadas no primeiro capítulo:

⁸²⁵ “Most OECD countries have programmes which support SMEs. One-quarter of all public support programmes reported to the OECD primarily target SMEs. Germany, Iceland, Japan and New Zealand dedicated more than 50 per cent of their entire public support programmes to SMEs. In 1993, a total of US\$3.75 billion of public money was paid to help start-ups, the acquisition of equipment, R&D, training and consultancy services, in the form of direct grants, tax concessions, low interest rate loans or loan guarantees. More than 50 per cent of SME programmes are administered locally, making co-ordination between authorities critical. There is potential for integrating programmes into fewer schemes but with a wider scope, making it easier for SMEs to understand them, and lowering administrative costs. Almost 70 per cent of SME programmes last for more than five years. Stable and predictable programme management is in the interest of users; however, a constant review process is vital to ensure quality and flexibility. Governments need to intensify their efforts to disseminate information, eliminate unnecessary red tape, and make programmes more responsive to the changing needs of SMEs” OCDE, SMALL BUSINESSES, JOB CREATION AND GROWTH: FACTS, OBSTACLES AND BEST PRACTICES, pg. 4

⁸²⁶ “Countries are also focusing on regulatory quality because the governing environment is changing. Economic conditions are becoming more difficult, and are highlighting direct and indirect costs of government actions. Businesses facing tougher competition are asking their governments to reduce regulatory burdens to the extent possible. Impacts on small and medium-sized enterprises are being given more attention within economic policies on job creation. The quality of national regulatory systems is more important than ever to international competitiveness. New global markets and technologies have rendered some older forms of government regulation counter-productive, as was recognised in the deregulation trend across the OECD area in the 1980s and 1990s.” RECOMMENDATION OF THE COUNCIL OF THE OECD ON IMPROVING THE QUALITY OF GOVERNMENT REGULATION, Paris, 1995, pg. 12.

⁸²⁷ OCDE, SMALL BUSINESSES, JOB CREATION AND GROWTH: FACTS, OBSTACLES AND BEST PRACTICES, Paris, P. 3, <https://www.oecd.org/cfe/smes/2090740.pdf>

requerem reformas legislativas no sentido liberalizante, ao mesmo tempo prestações positivas normativas que garantam direitos econômicos, como direito de propriedade (teoria liberal), fortalecimento de direitos trabalhistas (teoria social), e garantia de acesso à proteção de direitos econômicos no caso de ofensas perpetradas pelo Estado ou terceiros (teoria procedimentalista).

A teoria integradora-estruturante de ALEXY fornece um cenário inicial para abordar a complexidade e multiplicidade de posições jurídico-subjetivas que o indivíduo ocupa perante o Estado, inclusive na dinâmica para operacionalização dos direitos sociais. Entretanto, pôde-se visualizar um fio condutor para reordenação seja do Ordenamento, seja do conjunto de ações governamentais com vistas à concretização dos direitos sociais, na **Autonomia Humana**. À luz da Autonomia, pode-se harmonizar desde o plano abstrato teórico da Legisprudência (*Liberdade como Principium*) e de uma ontologia humana mais íntegra, de forma a melhor consubstanciar o fundamento constitucional da Dignidade Humana, até questões concretistas pragmáticas ligadas à operacionalização econômico-financeira do Estado e da sociedade. Tudo isso encontra convergência no respeito e operacionalização do direito ao trabalho.

Somando-se a isso, *visualiza-se um novo patamar de responsabilidade do operador do Direito frente ao desenvolvimento econômico-social.*

As normas possuem uma influência decisiva para o desenvolvimento econômico, geração e distribuição do fluxo de riqueza no seio da sociedade. Essa compreensão coloca o legislador e o jurista numa outra posição diante dos direitos fundamentais sociais: aqueles passam a dividir com o economista a responsabilidade pelo desenvolvimento econômico.

Desta forma, cresce a importância de uma abordagem sistêmica, empírica, racional e científica do conjunto normativo, de forma que a adoção da Legística com vistas à prospecção dos efeitos futuros de uma norma assim como a revisão, coordenação, simplificação e reestruturação do conjunto atual se mostra absolutamente compulsória.

Não se pode continuar legislar, a mexer na liberdade dos indivíduos e famílias tendo por guia unicamente conhecimentos superficiais sobre o tema e a área objeto da norma. Diante de uma sociedade complexa, interconectada, globalizada, toda intervenção legislativa causa efeitos sistêmicos que ultrapassam a capacidade de previsão do legislador, fazendo-se necessária a adoção de uma metodologia que tenha em vista a efetividade, legitimidade perante a população e respeito à liberdade.

Diante desse cenário, as reformas institucionais que desburocratizem e retirem o ônus de desnecessários custos extras sobre a atividade produtiva impõe-se por comando dos direitos fundamentais sociais, *pois a vitalidade desses últimos depende umbilicalmente da pujança da*

atividade econômica do país. Atrasar tais reformas implica atrasar a satisfação plena dos direitos sociais.

Duas são as principais formas pelas quais a abordagem normativa auxilia a concretização dos direitos sociais, tendo em vista sua dimensão de conexão com o econômico: a) pela correção dos obstáculos institucionais que impedem a plena fruição dos direitos econômicos (direitos de propriedade, liberdade de trabalho, regulamentações abusivas), b) pela reordenação do sistema normativo em sentido amplo; racionalização da regulamentação social, administrativa e econômica, em especial, e racionalização das políticas públicas.

A Legística mostra-se uma abordagem adequada e até *obrigatória* para integrar as tão necessárias reformas legislativas que pelas quais tanto urgem nosso país, como a reforma tributária. Mas não só: a partir da Legística poder-se-á adotar uma abordagem ampla e que efetivamente atenda as necessidades da sociedade, de forma a destravar os obstáculos que impedem o desenvolvimento econômico-social de nosso país.

Inserido nesse mesmo cenário, como participante direto, além do interesse individual, o direito de exercício do trabalho e ofício garantido pelo art. 5, requer sua articulação com o mesmo direito amparado pelo art. 6º, pois ambos compartilham um núcleo em comum. Enquanto o art. 5º tem em vista a liberdade de escolha da própria profissão e ofício, estando ligado à liberdade de realização da personalidade humana, o art. 6º tem em mira que, mediante o trabalho, pode-se satisfazer o conjunto de necessidades humanas-materiais fundamentais: moradia, vestuário, saúde, educação, lazer, etc. Todavia, ambos tem em comum o *trabalho*, de forma que o duplo comando constitucional tem em mira ressaltar que esse que é também um direito individual, apresenta um dupla dimensão, individual e social, vital seja para o indivíduo, pelas razões mencionadas, como ainda do ponto de vista social, pois pela aglutinação dos esforços dos indivíduos que a sociedade é sustentada e construída.

Essa posição auxilia também o intérprete da lei a dar a devida estatura do auxílio que a Análise Econômica do Direito e a Nova Economia Institucional possa oferecer. Ao procurar absorver o elemento humano no econômico, tomando as leis como “estrutura de incentivos”, a AED traz um original instrumento auxiliar de interpretação e de metodologia prospectiva dos efeitos das normas. Ainda que a fundamentação filosófica de Richard Posner pareça insuficiente – elevando a maximização da riqueza como princípio meta-jurídico máximo – isso não retira o mérito do método quando aplicado a casos concretos e de forma *auxiliar, complementar*, tal como o fez o Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 407.688-SP. O método da AED acerta quando baseia-se na *indução* das experiências concretas para justificar sua metodologia. Todavia, ao efetuar o raciocínio inverso, acredita-se o princípio de

maximização de riqueza devesse ser relativizada perante valores constitucionais, *de forma a compreender que a maximização da riqueza constitui instrumento para aqueles, e não um fim em si mesmo*. Ao tentar criar uma fundamentação filosófica que englobe *todo* o Direito e sua respectiva interpretação, extraindo daí dedutivamente e retroativamente a legitimidade da AED, o eminente magistrado acaba por revelar suas limitações filosóficas. Que essas possam ser abstraídas adequadamente do efetivo mérito das ferramentas trazidas pela Análise Econômica do Direito.

Por fim, ressaltamos a enorme responsabilidade de que como juristas, gestores ou legisladores, devemos ter para proceder a qualquer interferência da vida social mediante leis.

Lembremos que o fenômeno social – seja econômico, comunitário, assistencial, cultural, religioso – constitui a própria *vida* social de cada ser humano. É nesses ambientes que as pessoas estão experimentando as diversas dimensões de suas vidas, estão *sendo*, no sentido mais aristotélico. O fenômeno econômico, por exemplo, não se resume a uma abstração, antes, *sua realidade concreta é preenchida por seres humanos de carne e osso, que ali estão realizando seus planos, servindo aos seus semelhantes e buscando o sustento de suas famílias*. Não nos esqueçamos disso: que essa consciência leve à tomada de responsabilidade na modulação de normas que afetam tão profundamente as vidas de seres humanos reais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Por que as Nações Fracassam: As origens do Poder, da prosperidade e da pobreza*. 6º ed. Trad. Cristiana Serra, Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- ALEMU, Tekie; ALI, Daniel Ayalew; DEININGER, Klaus. *Impacts of Land Certification on Tenure Security, Investment, and Land Markets - Evidence from Ethiopia*. Environment for Development Discussion Paper Series, EfD DP 09-11, Abril 2009, disponível on line em: <http://www.rff.org/files/sharepoint/WorkImages/Download/EfD-DP-09-11.pdf>
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva, 2ª ed. Brasil: Malheiros, 2012.
- ALLEN, Robert. C. *Global Economic History: A very short Introduction*. Oxford University Press, 2011.
- ALMEIDA, Marta Tavares de. *A contribuição da Legística para uma política de legislação: concepções, métodos e técnicas*. pgs. 83-102 - In: *Legística: Qualidade Da Lei e Desenvolvimento*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa de Minas Gerais, 2009. Obra resultante do evento: Congresso Internacional de Legística: Qualidade da Lei e Desenvolvimento Belo Horizonte, ocorrido de 10 à 13 de setembro de 2007.
- AMARAL, Gilberto Luiz do; AMARAL, Leticia Mari Fernandes; OLENIKE, João Eloi. *Quantidade de normas promulgadas no Brasil: 27 anos da Constituição Federal de 1988*. Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação, 2015.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- AMARO, Meiriane Nunes; MENEGUIN, Fernando Boarato. *Política de salário mínimo: efetividade, condicionantes e alternativas*. Biblioteca do Senado: Brasília, a. 40 n. 157 jan./mar. 2003, Disponível on line em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/834/R157-03.pdf?sequence=4>, acessado em 01.04.2016.
- ANDRADE, Maria Isabel De Toledo. *Direitos de Propriedade e Renda Pessoal: Um Estudo de Caso das Comunidades do Caju*. Revista do BNDES: Rio de Janeiro, V. 13, N. 26, P. 261-274, DEZ. 2006.
- ARISTÓTELES, *A Política*. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- _____ *Ética a Nicômaco*, 5ª ed, Trad. Torrieri Guimarães, São Paulo: Martin Claret, 2011.
- _____ *De Anima*, Trad.: Edson Bini, Edipro, 2011.

- ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: Introdução e Teoria Geral. Uma perspectiva Luso-Brasileira*. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 1995.
- ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la Legislación*. Cuadernos Civitas: Espanha, 1997.
- AZEVEDO, Erico de Lima, *A Crise das Ciências Europeias e a Fenomenologia Transcendental” de Edmund Husserl: uma apresentação*. Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica De São Paulo: Campinas, 2011.
- AZEVEDO, Sérgio de; ANASTASIA, Fátima. *Governança, “Accountability” e Responsividade*, Revista de Economia Política, vol. 22, nº 1 (85), janeiro-março/2002,
- AXELROD, Robert; HAMILTON, William D. *The Evolution of Cooperation*, Science, New Series vol. 211, n 4489, mar 1981, pgs 1390-1396.
- BANIK, D. *The Potential of Legal Empowerment in Eradicating Poverty*. Rights and Development Bulletin, pgs. 1 à 13, 2009.
- BANNOCK, G. et al. *Indigenous Private Sector Development and Regulation in Africa and Central Europe: A 10 Country Study*. Londres: Bannock Consulting, 2002. Disponível em: <http://www.businessenvironment.org/dyn/be/docs/35/Bannock%20multicountry%20policy%20study.pdf>
- BARCELLOS, Ana Paula de. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; *Direitos fundamentais: orçamento e 'reserva do possível'*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2008.
- BARCELLOS, Ana Paula. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. Revista de Direito do Estado 3:17, 2006
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6 ed. Rev. atual. e ampliada. Editora Saraiva, 2004,
-
- Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006
-
- BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e Legitimidade Democrática*. pg. 17, texto que faz parte do conjunto de artigos “Retrospectiva 2008 – STF”, publicado também por: Revista eletrônica de Direito do Estado, n. 18, abril-junho 2009, disponível on line em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-LUIS%20BARROSO.pdf>.
- BARTOSEK, Karel, MARGOLIN, Jean-Louis; PACKOWSKI, Andrzej; PANNÉ, Jean-Louis; *Livro Negro do Comunismo: Crimes, Terror e Repressão*. Trad. Caio Moreira, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.
- BAUMANT, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução: Plínio Dentsien, Editora Zahar, 2001.
- BESLEY, Timothy. *Property rights and investment incentives: theory and evidence from Ghana*. The Journal of Political Economy, v. 103, n. 5, p. 903-937, outubro de 1995.

- BERTI, Enrico. *Novos Estudos Aristotélicos – Filosofia Prática*. Vol III, Trad. Élcio de Gusmão Verçosa Filho, São Paulo: Edições Loyola, 2014.
- BESLEY, Timothy. *Property rights and investment incentives: theory and evidence from Ghana*. The Journal of Political Economy, v. 103, n. 5, p.903-937, outubro de 1995.
- BIERMAN, H. Scott, FERNANDEZ, Luis. *Teoria dos Jogos*. Trad. Arlete Simille Marques; revisão técnica Décio Katsushigue Kadota, 2ª ed., São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2011.
- BORGES, Clarissa Tatiana De Assunção. *Justificação Da Legislação Na Perspectiva Da Legisprudência: princípios de avaliação e controle da legislação*. Belo Horizonte: Universidade federal e Minas Gerais, 2011
- BRASIL, *Portaria Interministerial no 220*, Grupo de Trabalho Interministerial da Inspeção e Fiscalização Sanitária de Alimentos, de 29 de março de 2005.
- _____ Constituição Federal de 1988, texto atualizado até a emenda constitucional 91 de 2016.
- _____ Decreto 19.841 de 22 de outubro de 1945.
- _____ Decreto 592 de 6 de julho de 1992.
- _____ *Portaria Interministerial n. 220*, Grupo de Trabalho Interministerial da Inspeção e Fiscalização Sanitária de Alimentos, de 29 de março de 2005
- BRUCE, John W.; GARCIA-BOLIVAR, Omar; HANSTAD, Tim; ROT, Michael, NIELSEN, Robin, KNOX Anna, SCHMIDT, Jon. *Legal Empowerment Of The Poor: From Concepts To Assessment*. United States Agency for International Development, ARD Inc, março 2007. Disponível on line em: <https://www.usaid.gov/sites/default/files/documents/1866/Legal%20Empowerment%20for%20the%20Poor%20Guide.pdf>
- BURKE, Edmund. *Reflexões sobre a Revolução Francesa*. Tradução: Eduardo Francisco Alves, Prefaceo Francis Canavan, Rio de Janeiro: Topbooks, 2012.
- BUTLER, Eamon. *Escolha Pública*. Trad. Mateus Pacini, Bunker Editorial, 2015.
- CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *“Custos dos Direitos” e Reforma do Estado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.
- _____ *Interpretação jurídica e estereótipos*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 1ª ed.brasileira, 2ª ed. Portuguesa. Co-edição, Coimbra: Coimbra Editora e São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____ *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____ *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Reimpressão, Coimbra Editora Limitada, 1994.

- CARIOCA, Paulo Carvalho de Azevedo. *As Mudanças No Papel Regulador Do Estado Em Face da Globalização*. Revista do Tribunal de Constas da União, n. 82, 1999, <http://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/viewFile/1087/1144>.
- CARNELUTTI, Francesco. *Metodologia do Direito*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 1ªed. Campinas: Russel editores, 2013.
- CARVALHO, Kildare Goncalves. *Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição Direito Constitucional positivo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- CAUPERS, João. *Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de Metodica da legislação*. Legislação: Cadernos de Ciência da Legislação, nº35, Outubro-Dezembro 2003,
- CHAMORRO, Juan Sebastian; DEININGER, Klaus, *Investment and equity effects of land regularisation: the case of Nicaragua* Agricultural Economics, vol. 30, item 2, pgs 101–116, março 2004.
- CHEVALLIER, Jacques. *A racionalização da produção jurídica*. Legislação: Cadernos da Ciência da Legislação. Instituto Nacional de Administração. Nº 3, Janeiro/Março, 1992
- COASE, Ronald. *The New Institutional Economics*. Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft/Journal of Institutional and Theoretical Economics, 140, 229 – 231.
- _____ *The Problem of Social Cost*. Journal of Law and Economics, vol III, University of Chicago, Outubro, 1960, pgs. 1-44.
- COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. *Sensatez como Modelo e desafio do pensamento jurídico em Aristóteles*. São Paulo: Editora Rideel, 2012.
- COLLIER, Paul. *The Bottom Billion: Why the poorest countries are failing and what can be done about it*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2007. Disponível em http://www.sfu.ca/content/sfu/dean-gradstudies/events/dreamcolloquium/SpringColloquium/Readings/Readings/_jcr_content/main_content/download_47/file.res/Paul%20Collier. Acessado em 01.04.2016.
- COMISSION ON LEGAL EMPOWERMENT OF THE POOR, *Making The Law Work for Everyone*. vol I, Nações Unidas, 2008, disponível on line em: https://www.un.org/ruleoflaw/files/Making_the_Law_Work_for_Everyone.pdf
- _____ *Making The Law Work for Everyone*. vol II, Nações Unidas, 2008.
- COMPARATO, Fabio Konder. *A Afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008
- COOTER, Robert D.; SCHÄFER, Hans-Bernd: *Solomon's Knot: How Law Can End the Poverty of Nations*.
- COOTER, Robert.; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 4th ed. Boston: Pearson Addison Wesley, c2004
- CRUZ, Marcio; FOSTER, James, QUILLIN, Bryce; SCHELLEKENS, Philip, *Ending Extreme Poverty and Sharing Prosperity: Progress and Policies*. World Bank, 2015, Pg. 7, disponível em:

<http://pubdocs.worldbank.org/pubdocs/publicdoc/2015/10/109701443800596288/PRN03-Oct2015-TwinGoals.pdf>.

CUNHA, André Moreira; PAIVA, Carlos Águedo Nagel, *Noções de Economia*, Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2008.

CUNHA, Fernando Whitaker da. *Democracia e Cultura (a teoria do Estado e os pressupostos da ação política)*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1973, pg. 369. In: Nagib Slaibi Filho. *Direito Constitucional*. Forense: Rio de Janeiro, 2009.

CYRINO, André Rodrigues. *Direito Constitucional Regulatório: elementos para uma interpretação adequada da Constituição econômica brasileira*. São Paulo: Renovar, 2010.

DARLYMPLE, Theodore. *A vida na Sarjeta: o círculo vicioso da miséria moral*. Tradução: Marcia Xavier de Brito, São Paulo: É Realizações, 2014.

DAMEROW, Peter; ENGLUND, Robert K.; NISSEN, Hans J., *Archaic Bookkeeping: Early writings and Techniques of Economic Administration in the Ancient Near East*. Londres, 1993, In: FERGUSON, Niall. *A ascensão do Dinheiro: a história financeira do mundo*. Trad: Cordélia Magalhães, São Paulo: Ed. Planeta, 2009.

DE SOTO, Hernando. *O mistério do capital*. Rio de Janeiro: Record, 2000.

DEATON, Angus. *The Great Escape: Health, Wealth, and the origins of Inequality*. Princeton University Press, 2013.

_____. *Is World Poverty Falling?* Finance & Development, June 2002, Volume 39, Number 2, disponível em <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2002/06/deaton.htm>, acessado em 16.10.2015

_____. *The Analysis Of Household Survey: A Microeconomic Approach to Development Policy*. Washington, D.C.: The International Bank for Reconstruction and Development - THE WORLD BANK e Baltimore, Maryland: The Johns Hopkins University Press, 1997.

_____. *Measuring Poverty In A Growing World (Or Measuring Growth In A Poor World)*, The Review of Economics and Statistics, vol. 87, nº 1, fevereiro de 2005, pgs 1–19,

DEATON, Angus, PAXSON, Christina. “*Health, Income, and Inequality over the Life-Cycle*”, In: WISE, David A. (editor), *Frontiers in the Economics of Aging*, University of Chicago Press, 1998, ISBN: 0-226-90304-4, capítulo disponível *on line* em <http://www.nber.org/chapters/c7309.pdf>

DELLEY, Jean-Daniel. *Pensar A Lei: Introdução A Um Procedimento Metódico*. Cad. Esc. Legisl., Belo Horizonte, v.7, n. 12, p. 101-143, jan./jun.2004

DELLEY, Jean-Daniel; FLÜCKIGER, Alexandre. *A Elaboração Racional Do Direito Privado: Da Codificação À Legística*. Tradução: Paulo Roberto Magalhães. Revisão da tradução: Maria Lina Soares Souza. Cad. Esc. Legisl., Belo Horizonte, v. 9, n. 14, p. 35-58, jan./dez. 2007

DENISON, Mike; KLINGLER-VIDRA, Robyn. *Annotated Bibliography for Rapid Review on Property Rights*,. Economics and Private Sector-Professional Evidence and Applied Knowledge Services (EPS PEAKS), Outubro, 2012, disponível *on line* em

<https://partnerplatform.org/?tcafmd80>.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 24ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Tradução Paulo Neves, São Paulo: Martins Fontes, 2007.

EIDE, Asbjørn. *Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights*. In: HENKIN, Louis e outros. *Human Rights*. New York: Foundation Press, 1999.

ENDEAVOR, *Estudo “os 9 perfis do empreendedor brasileiro”*, disponível completo em <http://www.endeavor.org.br/artigos/estrategia-crescimento/cenarios-e-tendencias/as-diversas-faces-do-empreendedorismo-no-brasil#.VIGpMdEbyBI.mailto>

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira, *Reforma Constitucional em Período De Globalização Econômica*. Revista de Direito da USP, pgs.258, disponível *on line* em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67297/69907>

FERGUSON, Niall. *A ascensão do Dinheiro: a história financeira do mundo*. Trad: Cordélia Magalhães, São Paulo: Ed. Planeta, 2009

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Editora Atlas. 4ª ed., 2003.

FIANI, Ronaldo. *Teoria dos Jogos: com aplicação em economia, administração e ciências sociais*. 3ª ed, Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

FIELD, Erica. *Entitled to work: urban property rights and labor supply*. Princeton: Princeton University, outubro de 2002, disponível *on line*: https://www.princeton.edu/rpds/papers/Field_Entitled_to_Work_QJE.pdf

_____. *Entitled to work: urban property rights and labor supply in Peru*. Princeton: Princeton University, outubro de 2002.

_____. *Property Rights and Investment in Urban Slums*. Journal of the European Economic Association Papers and Proceedings. Volume 3, Issue 2-3, pages 279–290, April-May 2005, Disponível *on line* em: <http://scholar.harvard.edu/files/field/files/fieldinvestjeea-2.pdf>

FRANKL, Victor F. *Em busca de Sentido: um psicólogo no campo de concentração*. 29ª ed. Tradução de Walter O. Schlupp e Carlos C. Aveline, Petrópolis: Editora Vozes, 2010,

FRIEDMAN, Milton, *Capitalismo e liberdade*, Tradução de Luciana Carli, São Paulo: Victor Civita, 1984.

GALIANI, Sebastián; SCHARGRODSKY, Ernesto. *Property Rights for the Poor: Effects of Land Titling*. Journal of Public Economics, n. 94, junho 2010, pgs. 700-729. Disponível *on line* em: http://sites.harvard.edu/fs/docs/icb.topic845003.files/Session%2013%20-%20Mar%208/Galiani%20Schargrotsky_2010_Land%20Titling.pdf.

GIAMBIAGI, F., PORTO, C. 2022: *propostas para um Brasil melhor no ano do bicentenário*. Ed. Campus-Elsevier. 2011.

- GIUBBONI, Stefano. *Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzioni italiana e ordinamento europeo*. Università degli Studi di Catania, 2006, Disponível em: http://aei.pitt.edu/13686/1/giubboni_n46-2006int.pdf
- GOLUB, Stephen; MCQUAY, Kim. *Legal Empowerment: Advancing Good Governance and Poverty Reduction*. In: Law and Policy Reform at the Asian Development Bank, 2001.
- GOLUB, Stephen. *Beyond Rule of Law Orthodoxy: The Legal Empowerment Alternative*. Carnegie Paper No. 41, October 14, 2003.
- GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19ª edição, rev.atual. e aum., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.
- GRUPO DE ALTO NÍVEL PARA A MELHORIA DA QUALIDADE LEGISLATIVA (GRUPO MANDELKERN). *Relatório Final*. Legislação, nº20, Outubro de 2000.
- HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: Uma breve História da Humanidade*. 7ª ed., Tradução de Janaina Marcoantonio, Porto Alegre: L&PM, 2015.
- HARDIN, Garret. *The tragedy of the commons*. Science, vol. 162, 13 Dec. de 1968, pp. 1243-1248.
- HART, Stuart L.; PRAHALAD, C.K.. *The Fortune at the Bottom of the Pyramide*. Strategy & Business, nº 26, jan-abril 2002, Disponível on line em: <http://people.eecs.berkeley.edu/~brewer/ict4b/Fortune-BoP.pdf>.
- HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur. *Introdução à Filosofia do Direito e à teoria do Direito Contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel, revisão e coordenação de António Manuel Hespanha, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- HASSOUN, Nicole. *Human Rights, Needs, and Autonomy*. Dietrich College of Humanities and Social Sciences, 2008, disponível on line em: <http://repository.cmu.edu/philosophy>.
- _____ *World Poverty and Individual Freedom*. American Philosophical Quarterly, volume 45, nº 2, Abril, 2008.
- HAYEK, Frederich August von, *O Caminho Da Servidão*, Tradução: Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro, 6ª edição, São Paulo : Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.
- HENKIN, Louis e outros. *Human Rights*. New York: Foundation Press, 1999.
- HERITAGE FOUNDATION, *Index of Economic Freedom 2016*. 2016.
- HESPANHA, António Manuel, *Justiça e Letigiosidade*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- HOLMES, Stephen, SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. New York. WW. Norton & Co, 1999.
- HUSSERL, Edmund. *A Crise das Ciências Europeias e a Fenomenologia Transcendental: uma introdução à Filosofia Fenomenológica*. De acordo com o texto de Husserliana VI. Tradução Diogo Falcão Ferrer, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

- IEPHA, Processo nº 01450.012192/2006-65 de Registro do Queijo do Serro como bem de natureza imaterial, 2008.
- INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT / THE WORLD BANK. *Doing Business 2016: Measuring Regulatory Quality and Efficiency: Comparing Business Regulation for domestic firms in 189 Economies*. 13ª ed, Washington DC, 2016.
- INTERNATIONAL FUND FOR AGRICULTURAL DEVELOPMENT (IFAD), *Rural Poverty Report 2001: The Challenge Of Ending Rural Poverty*, Oxford: Oxford University Press, 2001. Disponível *on line* em: <https://www.ifad.org/documents/10180/4cc4c554-d652-4cf7-993a-a2ba5513237a>.
- INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *The Informal Economy and Decent Work: A Policy Resource Guide Supporting Transitions To Formality*, 2013
- _____ *A Global Agenda for Employment: Discussion Paper*. GB.286/ESP/1(Rev.), 286 th Session , março 2003. Disponível *on line*: <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/gb/docs/gb286/pdf/esp-1.pdf>
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Censo Demográfico 2010*. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, ISSN 0104-3145 Censo demogr., Rio de Janeiro, 2010.
- _____ *Demografia das Empresas*. 2013.
- _____ *Censo 2010*, Ministério do Planejamento.
- ISPN - Instituto Sociedade, População e Natureza, *Entraves regulatórios na produção Agroextrativista*. Documentos da ISPN, setembro de 2012, Disponível em: http://www.ispn.org.br/arquivos/entraves005_r1eWeb.pdf, acessado em 18/09/2015
- _____, *Entraves regulatórios na produção Agroextrativista*. documentos da ISPN, setembro de 2012, Disponível em: http://www.ispn.org.br/arquivos/entraves005_r1eWeb.pdf, acessado em 18/09/2015.
- IBPT - INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO E TRIBUTAÇÃO, *Perfil Empresarial Brasileiro - Empresômetro*, junho de 2015
- JACOBY, Hanan; MINTEN, Bart. *Is Land Titling In Sub-Saharan Africa Cost-Effective? Evidence From Madagascar*, Artigo que faz parte paper do estudo intitulado “Land Titles, Investment, and Agricultural Productivity in Madagascar”: World Bank (DECRG), 2005. Disponível *on line* em: http://siteresources.worldbank.org/INTISPMA/Resources/Training-Events-and-Materials/Land_Titles_MG.pdf
- JASPERS, Karl. *Iniciação Filosófica*. Lisboa: Guimarães Editores, s/ano.
- JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Tradução para espanhol: Fernando de Los Rios, Buenos Aires: Editorial Albatros, 1973.
- _____ *System der subjektionen öffentlichen Rechte*, reimpressão revisada, Editor: Jens Kersten, Mohr Siebeck, 2011.

- KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua*. Prefácio Marco Zingano, L&PM Editores, 2011.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Prefácio e Tradução: António Ulisses Cortês, 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- OLIVER-LALANA, A. Daniel; WINTGENS, Luc J. (org.). *The Rationality and Justification of Legislation – Essays in Jurisprudence*. Switzerland: Springer, 2013
- LANDES, David S.; MOKYR Joel (org.). *The Invention of Enterprise: Entrepreneurship from Ancient Mesopotamia to Modern Times*. Princeton University Press, 2010
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 7ª ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.
- LAZZARINI, Sergio Giovanetti. *Capitalismo de Laços – Os donos do Brasil e suas conexões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- MADER, Luzius. *Avaliação legislativa: uma nova abordagem do Direito*. Legislação nº1, abril-junho, 1991.
- MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia. Princípios de Micro e Macro Economia*. Tradução Maria Jose Cyhlar Monteiro. Ed. Campus:Rio de Janeiro, 1999.
- MARTÍN, Nieves San Emeterio. *Nueva Economía Institucional*. Madrid: Editorial Síntesis, 2006.
- MARQUES, Rui. *Governança integrada: uma resposta à era da complexidade*. pgs. 13-28, IN: FERRAZ, David; MARQUES, Rui (org). *Governança Integrada e Administração Pública*. Lisboa: INA Editora, 2015.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Tratado de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich, *Manifesto Comunista*, Edição Ridendo Castigat Mores, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- MENEZES, José Newton. *Modos de fazer e a materialidade da cultura imaterial: o caso do queijo artesanal de Minas Gerais*. Revista Patrimônio e Memória, v. 5, n.2, p.1-15, dezembro de 2009.
- MILL, Stuart. *Utilitarismo*. Tradução: Rita de Cássia Gondim Neiva, Coleção Grandes Obras do Pensamento nº 70, São Paulo: Ed. Escala.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV: Direitos Fundamentais, Coimbra: Coimbra Editora, 1988.
- MOKYR Joel (org.). *The Invention of Enterprise: Entrepreneurship from Ancient Mesopotamia*

- to *Modern Times*. Princeton University Press, 2010.
- MONTEIRO, Joana Da Costa Martins, *O Impacto da Lei do SIMPLES sobre a Formalização das Firms*. Monografia apresentada ao Concurso IPEA 40 ANOS, julho 2004, http://tupi.fisica.ufmg.br/michel/docs/Artigos_e_textos/Ciencias_Contabeis/a%20lei%20do%20simples.htm
- MONTEIRO, Jorge Vianna. *Legislatura e políticas públicas*, pgs. 71-88. In: *Legislação: Cadernos de Ciência de Legislação*. INA - Instituto Nacional de Administração: Oeiras, Portugal. n° 2, Outubro/Dezembro, 1991
- MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Liv. Martins, Ed. 1972.
- MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). *Guia de Avaliação de Impacto Normativo*, Coimbra: Almedina, 2010.
- MOYO, Dambisa, *Dead Aid: Why Aid is not Working and There is Another Way for Africa*. London: Penguin Books. January 2010. Paperback, 188 pages. ISBN 978-1-84614006-8.
- MOTA, Louise Menegaz de Barros. *Jeremy Bentham: Entre o esquecimento e o retorno às ideias de um visionário*. Brasília a. 49 n. 196 out./dez. 2012.
- NAÇÕES UNIDAS, *Declaração Universal dos Direitos Humanos*.
- _____, Pacto Internacional dos Direitos Humanos econômicos, sociais e culturais
- _____, Pacto Internacional dos Direitos Humanos Cíveis e Políticos.
- _____, *Human Development Index 2015*, <http://hdr.undp.org/en/humandev>; acessado em março de 2016.
- _____, Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento.
- _____, *LEP eradication of poverty*, Resolução, 2º Comitê de Assembléia Geral das Nações Unidas de 9 de dezembro de 2009.
- _____, doc.E/1991/23. Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível *on line* em: <http://www.refworld.org/docid/4538838e10.html>.
- NORDHAUS, William D. SAMUELSON, Paul A. *Economia*. Tradução: Manuel F. C. Mira Godinho. 12ª ed. Portugal: McGraw-Hill, 1988
- NORTH, Douglas. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, 1990.
- _____, *Structure and Change in Economic History*, W. W. Norton & Company, 1982.
- NORTH, Douglas C.; THOMAS, Robert Paul. *The Rise of the Western World: A New Economic History*, Cambridge University Press, 1976.

- NORTH, Douglass C.; WALLIS, John Joseph. *Measuring the Transaction Sector in the American Economy, 1870-1970*. In: ENGERMAN, Stanley L.; GALLMAN, Robert. (ed.). *Long-Term Factors in American Economic Growth*. University of Chicago Press, 1986, disponível on line em: <http://www.nber.org/chapters/c9679.pdf>.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE), *Improving The Quality Of Laws And Regulations: Economic, Legal And Managerial Techniques*, Paris 1994
- _____. *Small Business, Job Creation and Growth, Facts, Obstacles and Best Practices*, Paris, 1997.
- _____. *Regulatory Reform For Smaller Firms*, 1999, disponível em: <https://www.oecd.org/cfe/smes/2090708.pdf>
- _____. *Recommendation of the Council of the OECD On Improving The Quality Of Government Regulation*, Paris: General Distributions, 1995.
- _____. *Taxation of SMEs in OECD and G20 Countries*. OECD Publishing, 2015.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *World Employment Social Outlook 2016: Transforming Jobs To End Poverty*. Genebra : International Labour Office, pg. 98, disponível on line em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/--publ/documents/publication/wcms_481534.pdf
- PALACIO, Ana. *Legal Empowerment of the Poor: An Action Agenda for the World Bank*, 2006, pg. 15, disponível on line em: <http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTINST/Resources/LegalEmpowermentofthePoor.pdf>
- PETTER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- PEYREFYTTE, Alain. *A sociedade da Confiança*. Tradução Maria José Figueiredo. Coleção Economia e Política, Instituto Piaget: Lisboa, 1995.
- PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível*. Brasília, a. 49, n. 193, jan/mar 2012, pg 8.
- PINTO, Maximiliano Soares. *Efeito da microbiota endógena e da nisina sobre Listeria sp. e Staphylococcus aureus em queijo minas artesanal do Serro*. Tese (doutorado em Ciência e Tecnologia de Alimentos). UFV, Viçosa (MG), 2008.
- PIOVESAN, Flavia (coord). *Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direitos constitucional internacional*. São Paulo: Limonad, 2002.
- _____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional – Editora: Saraiva*. 14ª Ed., 2013.
- _____. *Direito Humanos e o Direito Constitucional Internacional*., 15ª ed., rev e atual., Saraiva, 2015.
- _____. *A responsabilidade do Estado na consolidação da cidadania. Temas de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

- PIPES, Richard. *Property and Freedom*. Vintage, 2007.
- POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 5ª ed. Nova Iorque: Aspen Law, 1998
- _____ *The Economics of Justice*. Cambridge MA: Harvard University Press, 1983.
- PRETE, Esther Külkamp Eyng. *O Fazer Tradicional dos Queijos de Minas Gerais e os Efeitos da má Legislação: Desenvolvimento Econômico-Social Para Quem?* Artigo apresentado no IX Congresso da Rede Latino-Americana de Antropologia Jurídica, ocorrido entre 29/09 e 02/10 de 2015 em Pirenópolis (GO).
- PRZEWORSKI, Adam, *Reforma Do Estado: Responsabilidade política e intervenção econômica*. Conferência proferida durante o 19º Encontro Anual da ANPOCS em Caxambu, em novembro de 1995. Versão revisada de um artigo preparado para o seminário sobre “Desigualdade, welfare state e valores sociais”, El Escorial, Espanha, em 12/14 de julho de 1995. Disponível em http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_32/rbcs32_02.htm.
- RELATÓRIO MANDELKERN. *Legislação: Cadernos de Ciência da Legislação*, Oeiras, n. 29. out./dez. 2000.
- REGO, Helena. *Complexidade, Intelligence e Governança*. pgs. 29-36, IN: FERRAZ, David; MARQUES, Rui (org.). *Governança Integrada e Administração Pública*. Lisboa: INA Editora, 2015.
- REZEK, J.F. *Direito Internacional Público*. 8ª ed. rev. ampl. Editora Saraiva: São Paulo, 2000.
- RODOTÁ, Stefano. *Lavida y las reglas: Entre el derecho y el no derecho*. Traducción Andreas Greppi, Madrid: Editorial Trotta, Fundación Alfonso Martin Escudero, 2010
- SARLET, Ingo. *A eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma teoria dos Direitos fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10ª ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2009.
- SCHNEIDER, Friedrich. ‘*Shadow Economies and Corruption all over the World: New Estimates for 145 Countries*’, *Economics, The Open-Access, Open-Assessment E-Journal*, No. 2007-9, julho 2007,. Disponível em: <http://www.econ.jku.at/Schneider/publik.html>
- SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*, Tradução de Ruy Jungmann, Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.
- SEN, Amartya. *A ideia de Justiça*. Tradução: Denise Bottmann, Rocado Doninelli Mendes, São Paulo: Companhia das letras, 2011.
- _____ *Sobre Ética e Economia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- _____ *Desenvolvimento como Liberdade*. Trad: Laura Teixeira Motta, São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS – SEBRAE Unidade de Gestão Estratégica – UGE, *Participação das Micro e Pequenas Empresas na Economia Brasileira*, julho de 2014. Disponível on line em: <http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Estudos%20e%20Pesquisas/Participacao%20das%20micro%20e%20pequenas%20empresas.pdf>

- _____ *Anuário do Trabalho da Micro e Pequena Empresa*, 2014.
- SHAVELL, Steven. *Fondamenti dell'analisi economia del Diritto*. Edição italiana por Donatella Porrini. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005.
- SHKLAR, J.N. *Legalism, Law, Morals and Political Trials*. 2ª ed, Cambridge MA: Harvard University Press, 1986.
- SICHES, Luiz Recasens. *Vida Humana, Sociedad y Derecho: Fundamentación de la filosofía del Derecho*. Biblioteca virtual Universal, 2003, disponível em <http://www.biblioteca.org.ar/libros/89607.pdf>
- SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____ *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica Jurídica: seus princípios fundamentais no direito brasileiro*. 2 ed., São Paulo: Brasiliense, 1985.
- SCHNEIDER, Friedrich. 'Shadow Economies and Corruption all over the World: New Estimates for 145 Countries', July 2007, published in: Economics, The Open-Access, Open-Assessment E-Journal, No. 2007-9. Available at <http://www.econ.jku.at/Schneider/publik.html>.
- SCHMIDTZ, David. *The Institution of Property, Social Philosophy and Policy*, pgs 42-62, 1994.
- SCHOFIELD, Norman. Anarchy, Altruism and Cooperation, *Social Choice and Welfare*, Vol. 2, No. 3, dez.1, 1985; p. 207-219.
- SMITH, Adam. *Uma investigação sobre a natureza e causas da riqueza das nações*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1986.
- _____ *A Riqueza das Nações: Investigação Sobre sua Natureza e suas Causas*. Vol.I, Apresentação de Winston Fritsch, Tradução de Luiz João Baraúna, São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 1996,
- _____ *The theory of moral sentiments*. Mineola, N.Y.: Dover Publications, 2006.
- SOARES, Fabiana de Menezes. *Teoria da Legislação: formação e conhecimento da Lei na idade da tecnológica*. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2004.
- _____ *Legística e Desenvolvimento: A Qualidade Da Lei No Quadro Da Otimização De Uma Melhor Legislação*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, nº 50, p. 124-142, jan. – jul., 2007
- _____ *Acesso ao Direito vigente: Problemas, riscos e propostas para uma elaboração legislativa à luz dos Valores Republicanos e da lei de Acesso à Informação*. Coleção Justiça, Empresa e Sustentabilidade, vol 3, pgs. 245 -278.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Do Econômico nas Constituições Vigentes*. Vol. 1.

Edições da Revista Brasileira de Estudos Políticos: Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, 1961

STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip. *International Human Rights in context – Law, politics, morals*. Oxford, 2000.

STIGLER, George. *The theory of economic regulation*. The Bell Journal of Economics and Management Science, vol.2, 1971.

TEUBNER, Gunther. *O Direito como Sistema Autopoiético*. Trad. e Prefaceo José Engrácia Antunes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

TEUBNER, Gunther(org.). *Juridification of social spheres: a comparative analysis in the Areas of labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare*. Berlim, Nova Iorque: Walter de Gruyter, 1987.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. I. Porto Alegre:Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

_____ *Do Direito Econômico aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. 199-. Biblioteca UFMG sob o registro 34:33 D631 [199-],

UK Department for International Development (DFID), *Secure property rights and development: Economic growth and household welfare*, Part of a collection: DFID Evidence Papers, 16 April 2014.

USAID, *Removing Barriers to Formalisation: The Case for Reform and Emerging Best Practice*, 2005, disponível on line em: <https://www.oecd.org/dac/povertyreduction/38452590.pdf>

VERMEULE, Adrian. *Judging Under Uncertainty. An Institutional Theory Of Legal Interpretation* Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006.

VON BROEMBSSEN, Marlene. “*Legal Empowerment of the Poor: The Re-emergence of a Lost Strand of Human Rights?*”, Human Rights Working Paper Series, 2012. Disponível em: <https://sites.utexas.edu/rapoportcenterwps/2012/01/13/2012-marlese-von-broembsen-legal-empowerment-of-the-poor-the-re-emergence-of-a-lost-strand-of-human-rights/>

WANDELLI, Leonardo Vieira. *O Direito fundamental ao trabalho na Ordem Jurídica brasileira*. p. 989-1022 In: CLÉVE, Clemerson Merlin (org.) *Direito Constitucional Brasileiro – Teoria da Constituição e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

WEBER, Max. *Historia económica general*. Fondo de Cultura Económica: México, 1997.

_____ *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*, Trad. José Marcos Mariani Macedo, Companhia das Letras, 2007.

_____ *O Direito na sociedade e na economia*. Coleção Fundamentos do Direito, Cone Editora, 2011.

_____ *Conceitos Sociológicos Fundamentais*. Tradutor: Artur Morão, Covilhão, Portugal: LusoSofia Press, 2010

WILCOX, C. *Competition and Monopoly in American Industry*. Monografia da Comissão Provisória de Economia Nacional, n.º 21, 1940; em HAYEK, Friederich August von, *O Caminho Da Servidão*, 6ª edição, São Paulo : Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

WILLIAMSON, O. E. *The mechanisms of governance*. New York: Oxford University Press, 1996.

WINTGENS, Luc J. *Legisprudence: Practical Reason in Legislation*. University of Brussels, Belgium, 2012.

_____*The Rational Legislator Revisited: Bounded Rationality and Legisprudence*
IN: OLIVER-LALANA, A. Daniel; WINTGENS, Luc J. (org.). *The Rationality and Justification of Legislation – Essays in Legisprudence*. Switzerland: Springer, 2013

_____*Legitimacy and Legitimation from Legisprudential Perspective*. In:
WINTGENS, Luc J. (ed.). *Legislation in context: essays in legisprudence*. [s.l.]: Ashgate, 2007, p. 3-42.

_____*Freedom and Legisprudence – a more substantial view: A reply to Professor Perju*. In: Boston University Law Review, vol. 89, 2009, p. 1795-1805.

_____*The Metaphysics of Legalism* In WINTGENS, Luc J. (org.):
Legisprudence: Practical Reason in Legislation. University of Brussels, Belgium, 2012.

WORLD BANK, *Ending Extreme Poverty and Sharing Prosperity: Progress and Policies*. 2015. Disponível em: <http://pubdocs.worldbank.org/en/109701443800596288/PRN03-Oct2015-TwinGoals.pdf>.

_____*Doing Business 2016: Measuring Regulatory Quality and Efficiency*. 13ª ed. Whashington: OCDE, 2016, Disponível em: <http://www.doingbusiness.org/~media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Annual-Reports/English/DB16-Full-Report.pdf>

_____*Doing Business 2016- Economy Profile: Brazil*. pg 14, disponível em: <http://www.doingbusiness.org/Reports/Subnational-Reports/~media/giawb/doing%20business/documents/profiles/country/BRA.pdf>

_____*Poverty Data*, disponível em <http://data.worldbank.org/indicator/SI.POV.GAPS/countries?display=map>.

_____*Indonesia: Country Indicators*. Disponível em: <http://povertydata.worldbank.org/poverty/country/IDN>, acessado em abril de 2016.

YOUNG, Aiwyn. *The tyranny of numbers: confronting the statistical realities of the East Asian growth experience*. Working Paper No. 4680, Nber Working Paper Series, Cambridge: National Bureau Of Economic Research, Março de 1994. Disponível *on line*: <http://www.nber.org/papers/w4680.pdf>.