



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Marcelo Valença Ramos

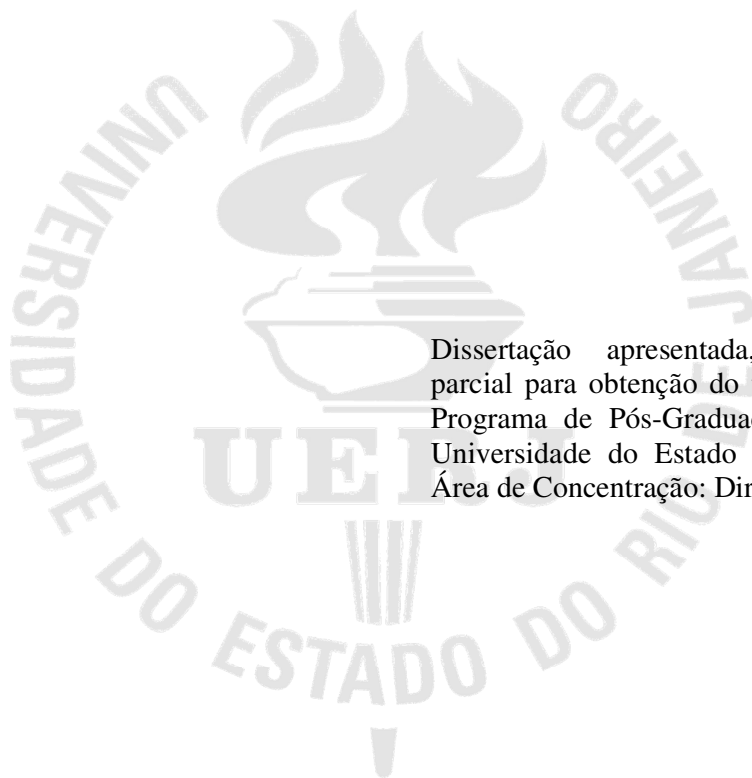
**Releitura sistêmico-teórica das relações entre direito, política e economia: a
crise de 2008 como ponto de inflexão para a emergência do
constitucionalismo societal**

Rio de Janeiro

2014

Marcelo Valença Ramos

Releitura sistêmico-teórica das relações entre direito, política e economia: a crise de 2008 como ponto de inflexão para a emergência do constitucionalismo societal



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Concentração: Direito Público.

Orientadora: Prof^a. Dra. Patricia Ferreira Baptista

Rio de Janeiro

2014

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

R175 Ramos, Marcelo Valença.

Releitura sistêmico-teórica das relações entre direito, política e economia : a crise de 2008 como ponto de inflexão para a emergência do constitucionalismo societal / Marcelo Valença Ramos. – 2014. 190 f.

Orientadora: Profª. Dra. Patricia F. Baptista.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito público - Teses. 2. Crise econômica – Teses. 3. Crise financeira – Teses. 4. Direito constitucional – Teses. 5. Constitucionalismo – Teses. I. Baptista, Patricia Ferreira. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 342

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Marcelo Valença Ramos

Releitura sistêmico-teórica das relações entre direito, política e economia: a crise de 2008 como ponto de inflexão para a emergência do constitucionalismo societal

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Concentração: Direito Público

Aprovada em:

Banca Examinadora:

Prof^ª. Dra. Patricia Ferreira Baptista (Orientadora)

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Gustavo Binenbojm

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira

Universidade Federal do Paraná

Rio de Janeiro

2014

AGRADECIMENTOS

À Professora Patricia Baptista, exemplo de seriedade e dedicação à academia, sou imensamente grato pelo apoio acadêmico e motivacional (nos incontáveis momentos de dúvidas e dificuldades). Quaisquer méritos que o presente trabalho venha a ter foram originados nos inspiradores debates realizados nos seus cursos de Direito Econômico e Direito Administrativo Comparado, bem como nas nossas conversas; as prováveis falhas são de minha exclusiva responsabilidade.

Os brilhantes colegas do mestrado e doutorado em Direito Público foram capazes de tornar as discussões acadêmicas mais ricas e os sacrifícios exigidos ao longo da pesquisa e elaboração da dissertação mais agradáveis. Agradeço a todos eles, com especial carinho por aqueles que se tornaram *amigos de copo e de cruz*: os brilhantes Rodrigo Zambão, Juliana Cesário Alvim, Filipe Machado Guedes, Pedro José Ribeiro e Carina Lellis.

Aos demais amigos, sou grato por constantemente me lembrarem de que a vida não é feita apenas de livros. O agradecimento dirige-se especialmente a Gustavo Mendonça e Marcelo Cunha, pois a necessidade de terminar de escrever estas linhas me roubou a possibilidade de comemorar com eles suas grandes vitórias recentes.

Os colegas do Cascione, Pulino, Boulos & Santos Advogados não apenas compreenderam todas as minhas ausências durante as aulas e a pesquisa do mestrado, como também sempre estimularam meus esforços acadêmicos. Este trabalho jamais teria vindo à luz sem esse apoio, e por isso sou muito grato a todos eles, em especial a Marcelo Rechtman e Eduardo Juaçaba.

Aos meus pais, Cecília e Eduardo, dediquei o presente trabalho; também agradeço a eles todo o apoio e toda a compreensão ao longo dos dois últimos anos. Ao Ziggy e ao Dudu, o agradecimento é por serem meus melhores amigos e sempre me deixarem orgulhoso de tê-los como irmãos.

Por fim, sou grato à Sarah, pelos motivos que ela e eu sabemos.

And he was unimpressed by some of the wild commentary that suggested the world was in 'peril', that humankind was drifting towards calamity, when coastal cities would disappear under the waves, crops fail, and hundreds of millions of refugees surge from one country, one continent, to another, driven by drought, floods, famine, tempests, unceasing wars for diminishing resources. There was an Old Testament ring to the forewarnings, an air of plague-of-boils and deluge-of-frogs, that suggested a deep and constant inclination, enacted over the centuries, to believe that one was always living at the end of days, that one's own demise was urgently bound up with the end of the world, and therefore made more sense, or was just a little less irrelevant.

Ian McEwan, Solar

RESUMO

RAMOS, Marcelo Valença. *Releitura sistêmico-teórica das relações entre direito, política e economia: a crise de 2008 como ponto de inflexão para a emergência do constitucionalismo societal*. 2014. 191 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

O trabalho busca na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, tal como desenvolvida por Gunther Teubner, Marcelo Neves e outros doutrinadores, elementos para explicar as relações entre os subsistemas jurídico, político e econômico na sociedade contemporânea. Com base nas ferramentas teóricas obtidas, revisa o conceito de *constituição econômica* como a relação de acoplamento estrutural entre o direito e a economia, e a Constituição do Estado como a relação de acoplamento estrutural entre o direito e a política. As crises econômicas são então explicadas pelas tendências inflacionárias na produção de símbolos e pelos choques entre racionalidades sistêmicas parciais. A crise de 2008 consolida a constatação de que a globalização restringe a capacidade de influência da política e do direito sobre o sistema econômico desterritorializado. Em vista disso, propõe-se a adoção da teoria do constitucionalismo societal de Teubner como proposta para a democracia no século XXI; através dela, é possível reconhecer a constitucionalização no interior de cada subsistema social e o desenvolvimento de foros de razão pública internos, nos quais a política pode ser desenvolvida de forma autônoma em relação à política institucionalizada do Estado. Finalmente, vê-se como o combate à crise econômica invariavelmente redesenha os papéis dos Poderes de Estado, reconhecendo certa liberdade ao Executivo, embora isso não signifique ausência de quaisquer freios e contrapesos.

Palavras-chave: Crise econômica. Crise financeira. Direito público. Teoria dos sistemas. Constituição econômica. Constituições societais. Direito. Política. Economia. Acoplamento estrutural.

ABSTRACT

RAMOS, Marcelo Valença. *A Systems Theory Approach to the Interactions Between Law, Politics and Economics: the 2008 Crisis as a Turning Point for the rising of Societal Constitutionalism*. 2014. 191 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

The presentwork seeks elements in Niklas Luhmann's systems theory – as developed by Gunther Teubner and Marcelo Neves, amongst others – to explain the interrelations between the legal, economic and political social subsystems in current society. Based on the theoretical tools gathered, it analyzes the concept of economic constitution as the structural coupling between law and economics, and the State Constitution as a structural coupling between law and politics. Economic crisis is then explained by the inflationary tendencies in the production of symbols and by the conflicts between partial rationalities. The crisis of 2008 strengthened the conclusion that globalization restrains politics and law's capacities to influence the international economic system. In view of that, it is suggested the adoption of Teubner's societal constitutionalism as a proposal for XXI century's democracy. Societal constitutionalism allows the recognition of internal constitutions in each social subsystem and the development of internal public reasoning institutions, where politics can be developed autonomously from State Politics. Finally, the last chapter considers how the measures against economic crises invariably redefine the roles of the Executive, the Legislative and the Judiciary, recognizing some freedom to the Executive, although such freedom does not mean the absence of any checks and balances.

Key-words: Economic crisis. Financial Crisis. Public law. Systems theory. Economic constitution. Societal constitutions. Law. Politics. Economics. Structural couplings.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AgR AI – Agravo Regimental em Agravo de Instrumento

AIG – American International Group

APA – *Administrative Procedure Act* (Código do Processo Administrativo dos EUA)

BACEN – Banco Central do Brasil

CBSB – Comitê da Basileia de Supervisão Bancária

CDO – *Collateralized Debt Obligations*(obrigações de garantia de dívidas)

CDS – *Credit Default Swaps* (*swaps* de risco de crédito)

CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CTN – Código Tributário Nacional

CVM – Comissão de Valores Mobiliários

ECT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos

ESM – *European Stabilization Mechanism* (Mecanismo de Estabilização Europeu)

EUA – Estados Unidos da América

FMI – Fundo Monetário Internacional

ICANN – *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (Corporação da Internet para Atribuição de Nomes e Números)

IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

OMC – Organização Mundial do Comércio

Petrobras – Petróleo Brasileiro S.A.

PGR – Procuradoria-Geral da República

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TRF – Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	11
1	PRESSUPOSTOS TEÓRICOS E RELAÇÕES ENTRE DIREITO, POLÍTICA E ECONOMIA.....	14
1.1	Teoria dos sistemas como quadro metodológico para a análise das relações entre direito, política e economia	14
1.1.1	<u>Teoria dos sistemas e diferenciação funcional.....</u>	14
1.1.2	<u>Códigos-diferença e acoplamentos estruturais como forma de relação entre os sistemas e o ambiente.....</u>	19
1.1.3	<u>Alopoiese como interferência não <i>mediatizada</i> do ambiente nos subsistemas sociais.....</u>	23
1.1.4	<u>Constituição como instrumento de acoplamento estrutural entre o direito e a política.....</u>	24
1.1.5	<u>Constituições <i>societais</i> x racionalidades transversais parciais.....</u>	26
1.1.6	<u>Evolução das constituições sob a perspectiva da teoria dos sistemas.....</u>	31
	<u>Pluralismo constitucional global x transconstitucionalismo.....</u>	35
1.1.7	<u>Crises globais como cenário para a emergência do pluralismo</u>	
1.1.8	<u>constitucional.....</u>	38
1.2	Direito, política e economia na constituição econômica brasileira.....	42
1.2.1	<u>Constituição dirigente e ordem econômica.....</u>	42
1.2.2	<u>Criação e desenvolvimento do conceito de constituição econômica na Alemanha.....</u>	44
1.2.3	<u>Constituição econômica na Carta de 1988.....</u>	51
1.2.4	<u>Direitos fundamentais como norte da política econômica.....</u>	59
1.2.5	<u>O problema do engessamento do subsistema econômico.....</u>	66
1.2.6	<u>Uma ponderação da visão teubneriana em relação ao subsistema econômico.....</u>	71
1.2.7	<u>Conclusões.....</u>	75
1.3	Direito, política econômica e democracia.....	78
1.3.1	<u>Racionalidade econômica x racionalidade política.....</u>	78

1.3.2	<u>Razão pública e política econômica.....</u>	82
1.3.3	<u>O caráter cíclico da intervenção estatal.....</u>	84
1.3.4	<u>O papel da democracia no subsistema econômico.....</u>	87
1.3.5	<u>Discrecionariiedade estatal.....</u>	91
1.3.6	<u>Os atritos entre economia e democracia.....</u>	93
1.3.7	<u>Neoliberalismo, crise da racionalidade jurídica substantiva e ascensão da autorregulação.....</u>	96
1.3.8	<u>Conclusões.....</u>	106
2	CAPITALISMO, CRISE ECONÔMICA E DIREITO.....	111
2.1	Capitalismo financeiro e crise econômica.....	111
2.1.1	<u>Tendências expansionistas do subsistema econômico.....</u>	111
2.1.2	<u>Ascensão do capitalismo financeiro global e regulação financeira.....</u>	113
2.1.3	<u>Regulação do sistema financeiro internacional.....</u>	119
2.1.4	<u>Os problemas da globalização financeira: a crise de 2008.....</u>	123
2.1.5	<u>Respostas estatais à crise de 2008.....</u>	129
2.1.6	<u>A crise econômico-financeira de 2008 como um fenômeno de <i>turbo-autopoiese</i> e a reforma monetária como solução.....</u>	132
2.1.7	<u>A crise econômico-financeira de 2008 como um problema de razão pública.....</u>	139
2.1.7.1	Excessiva simplificação de indicadores como obstáculo ao exercício da razão pública.....	142
2.1.7.2	Regulação e supervisão fragmentada de mercados integrados.....	145
2.1.7.3	A desregulação neoliberal.....	146
2.1.8	<u>A globalização econômica como cenário ideal para o constitucionalismo societal.....</u>	147
2.1.9	<u>Conclusões.....</u>	153
2.2	Seperação de poderes e jurisdição constitucional: o controle possível do poder executivo em situações de crise	154
2.2.1	<u>Crise e o papel dos Poderes de Estado.....</u>	155
2.2.2	<u>Buracos negros e cinzentos no Direito dos Estados Unidos.....</u>	156
2.2.3	<u>Buracos negros e cinzentos no Direito brasileiro.....</u>	160
2.2.4	<u>Crise e separação de poderes.....</u>	165
2.2.5	<u>Outros freios e contrapesos à atuação do Poder Executivo.....</u>	170

2.2.6	<u>Conclusões</u>	177
	CONCLUSÕES FINAIS	178
	REFERÊNCIAS	181

INTRODUÇÃO

Exposição do tema e do objetivo da dissertação

Por suas íntimas, vastas, complexas e cambiantes conexões, as relações entre *direito, política e economia* provavelmente constituem um dos assuntos mais discutidos e analisados na história das ciências sociais. Escolas de pensamento específicas foram desenvolvidas para se entender melhor essas inter-relações – tais como a *economia política*, o *direito econômico* (e, mudando o acento para a economia, a escola da *law & economics*), o *direito constitucional* e o *direito eleitoral* (como análise das relações entre direito e política). Não é pequeno o risco de apenas se repetir – talvez com menos qualidade (o que é ainda mais grave) – algo que já tenha sido dito. Não obstante, o caráter flutuante de tais inter-relações tem a capacidade de sempre renovar o interesse pelo tema. Como registrou Thomas Piketty na mais debatida obra econômica dos últimos tempos, “*tendo assumido função central nas vidas social e econômica nas décadas após a Segunda Guerra Mundial, é normal e legítimo que tal o papel do governo seja permanentemente questionado e debatido*”.¹

A partir das duas últimas décadas do século XX, as instituições políticas e estruturas jurídicas tradicionais que forjaram o conceito de Estado-nação no mundo moderno vêm sendo continuamente desafiadas por um processo sem precedentes de internacionalização do capitalismo financeiro, em que o surgimento de uma pluralidade de novos atores com importantes papéis de intervenção na economia (em contraposição à unidade ou primazia do aparelho estatal) e de novas fontes de produção normativa (não inseridas na hierarquia estatal ou restritas a seus limites territoriais) enfatiza a relativização do papel do Estado, levantando diversas questões sobre legitimidade, soberania, representação popular e participação democrática, que se somam à instabilidade social (e aos riscos institucionais) que as crises econômicas invariavelmente desencadeiam.

Neste cenário, parece ser necessário superar a dicotomia simplista entre a visão exclusivamente liberal do Estado – em que este é mero garantidor das condições básicas para o desenvolvimento de atividades econômicas pelos particulares – e a visão intervencionista – em que ele é o promotor e garantidor do bem-estar social através de extensa e profunda intervenção nas relações econômicas entre os particulares. Trata-se de reavaliar o papel do

¹ PIKETTY, Thomas. *Capital in the Twenty-First Century*. Trad. para o inglês de Arthur Goldhammer. Cambridge; London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2014, p. 474.

Estado em função de sua inserção nos processos políticos e econômicos globais, assim como dos instrumentos normativos de que dispõe hoje para alcançar seus objetivos.

Esta necessidade de releitura foi bastante impulsionada com a eclosão da crise econômico-financeira internacional de 2008. No entanto, a pretensão de analisar os desafios que ela impôs aos Estados e ao Direito num momento em que diversos países ainda lutam para debelar seus efeitos não é uma tarefa singela. Como advertiu Eros Roberto Grau, “[é] sempre difícil escrevermos sobre o presente, especialmente se a prosa que produzimos é de caráter científico. Força é não nos perdermos no circunstancial, que inúmeras vezes ilude e nos desvia dos pontos centrais a serem apreciados na realidade”.²

Embora as crises econômicas sejam capazes de provocar essas profundas alterações nos papéis dos Estados e em seus poderes institucionais,³ é patente uma certa inadequação dos institutos tradicionais do direito público e privado ante tais eventos – como se eles não ocorressem com cada vez mais frequência.⁴ O objetivo do presente trabalho é analisar as características do Estado democrático de direito contemporâneo em suas relações com os processos econômicos e políticos a partir de uma perspectiva própria da teoria dos sistemas, tomando a crise de 2008 como um estudo de caso acerca da necessidade de releitura daquelas inter-relações.

Plano de trabalho

Para tanto, a primeira parte do trabalho discorrerá sobre as relações entre o direito, a política e a economia. A Seção 1.1 apresenta um panorama da *teoria dos sistemas*, analisando as ferramentas que a mesma oferece para uma análise das referidas relações no contexto da globalização, a partir do que será possível realizar uma releitura da crise econômico-financeira de 2008 (assim como de outras crises da modernidade). Na Seção 1.2, será analisado o

² GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. 15ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 47.

³ A Grande Depressão dos anos 1930, por exemplo, é frequentemente indicada como uma das principais causas de eventos históricos tão diversos quanto a ascensão do nazifacismo na Alemanha (e, conseqüentemente, a Segunda Guerra Mundial) e a superação histórica do modelo de Estado liberal do século XIX, substituído por um Estado intervencionista de feição keynesiana.

⁴ “O número e a gravidade dos declínios globais de ativos financeiros aumentou notadamente durante os últimos vinte anos, e especialmente durante os anos 1990. Desde 1980 houve quase cem crises com pelo menos o mesmo custo percentual do crash de 1929 (quatro por cento do PIB), vinte crises com um custo maior do que dez por cento do PIB e dez com um custo maior do que 20 por cento do PIB.” PARTNOY, Frank. *Why markets crash and what Law can do about it*. 2000. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=183473>, acesso em: janeiro de 2014, p. 1 (nota 3).

desenvolvimento do conceito de *constituição econômica* pela doutrina jurídica, de modo a demonstrar as aproximações e os distanciamentos em relação à teoria do *constitucionalismo societal* defendida por Gunther Teubner. Na Seção 1.3, utilizaremos a teoria dos sistemas para analisar a Constituição política e as relações entre o Estado democrático de direito e os subsistemas jurídico e econômico, avaliando a importância do influxo democrático para a atualização e reciclagem do direito diante da economia, assim como os riscos de que limitações excessivas deste influxo democrático desbordem em crises políticas e jurídicas.

A segunda parte do trabalho analisará de forma mais detalhada as dinâmicas que deflagraram a crise econômico-financeira de 2008, bem como alguns efeitos da mesma sobre os sistemas jurídico e político. Na Seção 2.1, a crise será analisada como um processo de inflação descontrolada de significado do subsistema econômico globalizado; veremos as reações estatais à crise de 2008 e os desafios que a emergência de um subsistema econômico global impôs aos subsistemas político e jurídico, ainda muito ligados às fronteiras nacionais. Na Seção 2.2, por fim, os conceitos tradicionais de *separação de poderes* e a função de cada um deles serão reavaliados à luz das crises econômicas.

1 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS E RELAÇÕES ENTRE DIREITO, POLÍTICA E ECONOMIA

1.1 Teoria dos sistemas como quadro metodológico para a análise das relações entre direito, política e economia

1.1.1 Teoria dos sistemas e diferenciação funcional

Analisar as crises econômicas do ponto de vista da ciência do direito envolve, em grande medida, avaliar as relações entre direito, política e economia. Para esta tarefa, poderosas ferramentas metodológicas podem ser fornecidas pela teoria dos sistemas desenvolvida pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann, assim como no seu desenvolvimento e na sua crítica por diversos outros doutrinadores, dentre os quais é possível destacar Gunther Teubner,⁵⁶ Jürgen Habermas,⁷ Moritz Renner⁸ e, entre nós, Marcelo Neves,⁹¹⁰¹¹ cujos trabalhos são, em maior ou menor medida, extensamente refletidos nesta Seção. Apesar de todas as críticas à complexidade/obscuridade de seus conceitos e preceitos,¹² o mérito da teoria dos sistemas é tentar fornecer o nível de abstração necessário para a descrição de

⁵ TEUBNER, Gunther. A Constitutional Moment? The Logics of “Hitting the Bottom”. In: KJAER, P.; TEUBNER, G.; FEBBRAJO, A. (Coord.). *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation*. Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 3-42.

⁶ TEUBNER, Gunther. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Trad. para o inglês de Gareth Norbury. Oxford: Oxford University Press, 2012.

⁷ HABERMAS, Jürgen. *Legitimation Crisis*. Trad. para o inglês de Thomas McCarthy. Cambridge: Polity Press, 1992.

⁸ RENNER, Moritz. Death by Complexity: The Financial Crisis and the Crisis of Law in World Society. In: KJAER; TEUBNER; FEBBRAJO, *op. cit.*, p. 93-111.

⁹ NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

¹⁰ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

¹¹ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

¹² Para uma visão crítica da teoria dos sistemas de Luhmann, v. WAGNER, Gerhard. The End of Luhmann’s Social Systems Theory. *Philosophy of the Social Sciences*, vol. 27, 1997, p. 387. Uma visão extremamente crítica ao desenvolvimento teubneriano da teoria dos sistemas pode ser encontrada em REICH, Norbert. Intervenção do Estado na Economia (Reflexões sobre a Pós-Modernidade na Teoria Jurídica). *Revista de Direito Público* 94, 1990, trad. de Fernando H. Aguillar. Para os presentes fins, adotar-se-á uma versão modesta da teoria dos sistemas, sem maiores preocupações com toda a sua extensão, em que são utilizados apenas alguns conceitos específicos, conforme sugerido por VISKOVATOFF, Alex. Foundations of Niklas Luhmann’s Theory of Systems. *Philosophy of the Social Sciences*, vol. 29, 1999, p. 481-517.

fenômenos sociais sem a explícita consideração do papel neles desempenhado pelos indivíduos.¹³

Luhmann desenvolveu sua *teoria dos sistemas* a partir da teoria biológica dos *sistemas autopoieticos*, desenvolvida pelos neurocientistas chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela. Como o que diferencia os sistemas *orgânicos* dos *nãoorgânicos* é a capacidade de autorreprodução de seus elementos enquanto mantida a sua organização interna – *autopoiese*,¹⁴ do grego *poiesis* (criação) –, o conhecimento sobre tais sistemas autopoieticos depende da compreensão destes fenômenos de autorreprodução e auto-organização: cada elemento e processo interno desses sistemas é intimamente relacionado com sua autorreprodução, o que ressalta a centralidade do conceito de *autorreferência* para a teoria.

Luhmann aplicou o conceito de autopoiese às ciências sociais, distinguindo os *sistemas constituintes de sentido* (psíquicos e sociais) dos *sistemas nãoconstituintes de sentido* (orgânicos e neurofisiológicos): enquanto os últimos são caracterizados por um radical fechamento (na medida em que as relações entre o sistema e o ambiente exigem um ponto de observação externo, ou seja, um outro sistema), Luhmann afirma que os *sistemas constituintes de sentido* realizam sua reprodução autopoietica com base na auto-observação de seus próprios elementos e processos.¹⁵

Como para Luhmann todos os sistemas sociais são *autopoieticos*, eles devem, por definição, reproduzir constantemente seus próprios elementos, quais sejam, sua linguagem/comunicação. Tomando-se a *sociedade* como o sistema social mais abrangente e a *comunicação* como sua unidade, verifica-se a existência de um sistema fechado, em que não existe comunicação com o ambiente.¹⁶ Neves associa esse estado de coisas às formações sociais pré-modernas, nas quais a *integração sistêmica* da sociedade era realizada por um amálgama de *estrutura política de dominação* e *semântica moral-religiosa* que prevalecia sobre todas as outras esferas e todos os outros códigos de comunicação, ao passo que a

¹³ VISKOVATOFF, *op. cit.*, p. 485.

¹⁴ “O conceito de autopoiese é definido mais enfaticamente por Luhmann, sob influência de Maturana e Varela, como auto-referência dos elementos sistêmicos.” NEVES (2011), *op. cit.*, p. 130.

¹⁵ *Ibid.*, p. 128.

¹⁶ *Ibid.*, p. 134.

¹⁷ “O ambiente dos sistemas sociais pode ser dividido em três segmentos: natureza externa, ou os recursos do ambiente não-humano; os outros sistemas sociais com os quais a sociedade está em contato; e natureza interna, ou o substrato orgânico dos membros da sociedade.” HABERMAS, *op. cit.*, p. 9.

integração social comportava a distinção entre estamentos superiores e inferiores.¹⁸¹⁹ Nesta situação, o poder era legitimado por um direito sacro e indisponível.²⁰

De acordo com Luhmann, a evolução dos sistemas sociais decorre da transformação do *improvável* em *provável*, isto é, da incorporação, pela estrutura do sistema, daquilo que é desviante.²¹ Como a unidade elementar da sociedade é a comunicação, quando nela surge ou ocorre um padrão desviante do modelo estrutural de reprodução da sociedade, tem-se uma *variação*, que pode ser rejeitada ou assimilada pela sociedade. Sua assimilação depende de um processo de *seleção*, realizado com vistas à “*condensação de expectativas que sejam aptas a atuar como diretivas das comunicações anteriores*”.²² Essa assimilação estrutural (*seleção*) da comunicação desviante (*variação*) é necessária, mas não suficiente para explicar a evolução dos sistemas sociais: ainda é necessário que as estruturas inovadoras sejam inseridas no complexo de estruturas existentes (*estabilização*), no qual elas somente terão capacidade de resistência se incorporadas como parte de uma unidade de produção autorreferencial de comunicações – um subsistema social.²³

Este contínuo processo de evolução dos sistemas sociais – sua *diferenciação funcional* – cria subsistemas sociais altamente especializados e os leva a desenvolver racionalidades próprias²⁴²⁵ – daí falar-se em *hipercomplexidade* do mundo atual,²⁶ sendo hoje possível identificar pelo menos onze desses subsistemas autopoieticos: o político, o econômico, o jurídico, o religioso, o educacional, o das relações pessoais e o das relações

¹⁸ NEVES (2009), *op. cit.*, p. 6-7.

¹⁹ De maneira semelhante, Habermas distingue as formações primitivas tradicionais, baseadas em relações de parentesco compatíveis com morais tribais e familiares, das formações sociais tradicionais, baseadas numa dominação de classe revestida de uma forma política. Cf. HABERMAS, *op. cit.*, p. 18-19.

²⁰ NEVES (2009), *op. cit.*, p. 8.

²¹ NEVES (2012), *op. cit.*, p. 1.

²² *Ibid.*, p. 6.

²³ *Ibid.*, p. 6-7.

²⁴ TEUBNER, Gunther. Substantive and Reflexive Elements in Modern Law. *Law & Society Review*, vol. 17, n. 2, 1983, p. 270.

²⁵ “Sistemas sociais distinguem-se simbolicamente de seu ambiente. A menos que uma moral universal se desenvolva, isso ocorre através de uma diferenciação entre moralidades intragrupo e extragrupo.” HABERMAS, *op. cit.*, p. 9.

²⁶ “Um dos oponentes mais proeminentes da teoria do discurso é Niklas Luhmann. Luhmann defende a tese de que tentativas como a de Habermas estão fadadas ao fracasso ‘sob as condições prevaletentes de um mundo cada vez mais cheio de possibilidades’. O problema atual não é mais o da correção substantiva das normas ou decisões, mas sim o de lidar com a complexidade. Portanto, o problema da justiça deve ser separado de sua antiga conexão com a verdade e a justificação e reformulado como uma questão de ‘adequada complexidade do sistema jurídico’.” ALEXYS, Robert. *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as the Theory of Legal Justification*. Trad. para o inglês de R. Adler e N. MacCormick. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 124.

familiares, o artístico, o esportivo, o das comunicações de massa e o da saúde, cada qual com um código comunicativo próprio e pretensão de primazia em seus próprios domínios.²⁷ Em vista dessa hipercomplexidade característica da contemporaneidade, Neves afirma que:

Somente quando um sistema social dispõe de um específico código-diferença binário é que ele pode ser caracterizado como autorreferencialmente fechado (e, portanto, aberto ao ambiente). Por meio de código sistêmico próprio, estruturado binariamente entre um valor negativo e um valor positivo específico, as unidades elementares do sistema são reproduzidas internamente e distinguidas claramente das comunicações exteriores. No entanto, os códigos seriam formas vazias se não estivessem associados a programas e critérios. Assim sendo, a autopoiese importa uma combinação entre “codificação” e “programação”, o que possibilita a simultaneidade de fechamento e abertura.²⁸

De modo um pouco mais específico, a teoria dos sistemas pode ser definida como uma teoria sobre *complexidade* e *conhecimento*, cuja principal preocupação é a criação de *ordem* a partir do *ruído* nas interações entre os subsistemas sociais e seu ambiente. Moritz Renner explica a complexidade em questão através da seguinte proposição: quanto maior o número de elementos em uma estrutura e o volume de relações entre tais elementos, maior se torna a complexidade da referida estrutura.²⁹ Eventualmente as relações entre estes elementos são limitadas pelo processo de *diferenciação funcional*, de forma a se permitir o estabelecimento de certas formas de comunicação estáveis, o que explica o surgimento dos subsistemas sociais, na medida em que é estabelecida a diferença entre o conjunto de elementos pertencentes e não pertencentes a um sistema, isto é, entre *sistema* e *ambiente*.³⁰

A diferença entre *sistema* e *ambiente* é, portanto, sempre baseada num *vão de complexidade*: um sistema é, à primeira vista, sempre menos complexo que o seu ambiente (na medida em que os elementos e processos internos respeitam alguma *ordem* específica, em contraposição ao *ruído* do ambiente).³¹ Mas assim que esta distinção é estabelecida, os sistemas desenvolvem diferenciações internas de uma maneira autorreferencial: diálogo jurídico cria diálogos jurídicos cada vez mais complexos, assim como operações econômicas criam operações econômicas cada vez mais complexas, etc. Por meio desse processo autorreferencial, os subsistemas sociais substituem a complexidade desestruturada externa por uma complexidade estruturada, criada pelos seus próprios mecanismos reprodutivos de

²⁷ STICHWEH, Rudolf. Toward a General Theory of Function System Crises. In: KJAER; TEUBNER; FEBBRAJO, *op. cit.*, p. 43.

²⁸ NEVES (2011), *op.cit.*, p. 134.

²⁹ RENNER, *op. cit.*, p. 94.

³⁰ *Loc. cit.*

³¹ *Ibid.*, p. 95.

comunicação. O *vão de complexidade* se torna, assim, um vão entre diferentes formas (e não apenas diferentes níveis) de complexidade. Isso demonstra que todos os subsistemas sociais desenvolvem mecanismos para, concomitantemente, (a) reduzir a complexidade por meio da *seletividade*, isto é, limitação do influxo de informações do ambiente (*ruído*); e (b) aumentar, autorreferencialmente, a complexidade de suas estruturas internas (*ordem*).³²

O reconhecimento desta diferença entre *sistema* e *ambiente* permite o fechamento operacional do sistema, ao mesmo tempo em que este se abre ao ambiente. Nas palavras de Marcelo Neves, “[e]m relação ao sistema, atuam as mais diversas determinações do ambiente, mas elas só são inseridas no sistema quando este, de acordo com os seus próprios critérios e código-diferença, atribui-lhes sua forma”.³³ Importante notar que o *fechamento operacional* dos sistemas refere-se à sua *autonomia* em relação ao ambiente, obviamente não se confundindo com o insulamento daqueles,³⁴ como será analisado na próxima seção.

Em vista disso, Luhmann afirma que o conhecimento nada mais é do que uma generalização das condições em que a comunicação é processada em um subsistema social específico.³⁵ Ele estabelece, contudo, uma distinção entre expectativas *cognitivas* e *normativas*: as primeiras são aquelas que, quando frustradas, sofrem alterações, gerando um processo de aprendizado; já as *normativas* são contrafactuais, isto é, permanecem inalteradas mesmo em caso de sua frustração, e por isso são definidas como *normas*.³⁶ Esta distinção entre os dois modos de expectativas guarda relação, por sua vez, com o ideal de *diferenciação funcional*: para Luhmann, o processo histórico de divisão do trabalho gerou estruturas especializadas para o processamento de expectativas cognitivas e normativas nos subsistemas científico e jurídico, respectivamente. Essa distinção entre *ciência* e *direito* permite que os subsistemas econômico e político (assim como outros) pressuponham algumas estruturas cognitivas e normativas cruciais para o seu funcionamento, mas que não podem ser produzidas dentro de seus sistemas isoladamente.³⁷

³² *Loc. cit.*

³³ NEVES (2011), *op. cit.*, p. 129.

³⁴ “A sociedade moderna multicêntrica, formada de uma pluralidade de esferas de comunicação com pretensão de autonomia e conflitantes entre si, estaria condenada à própria autodestruição, caso não desenvolvesse mecanismos que possibilitassem vínculos construtivos de aprendizado e influência recíproca entre as diversas esferas sociais.” NEVES (2009), *op. cit.*, p. 34-35.

³⁵ RENNERT, *op. cit.*, p. 95.

³⁶ *Loc. cit.*

³⁷ *Ibid.*, p. 96.

1.1.2 Códigos-diferença e acoplamentos estruturais como forma de relação entre os sistemas e o ambiente

Como visto anteriormente, a autopoiese tornou os subsistemas sociais operacionalmente fechados (*i.e.* autônomos) em relação ao ambiente, de modo que seus elementos e processos internos são estruturados e desenvolvidos de forma autorreferencial, de acordo com uma racionalidade própria. Isso não significa, contudo, que os sistemas não possam ser influenciados pelo ambiente: essa influência ocorre através da filtragem do ruído ambiental pelo código-diferença binário próprio de cada sistema. Para Renner, quanto maior o *vão de complexidade* entre um sistema e seu ambiente, maior a necessidade de que tal sistema processe e selecione o influxo de informações desse ambiente por meio de seu próprio código-diferença. Portanto, o preço do processo de *diferenciação funcional* entre os subsistemas sociais é sua sempre crescente interdependência, o que explica a necessidade dos chamados *acoplamentos estruturais* entre os mesmos.³⁸

Conforme a comunicação endógena dos subsistemas se sofisticava, aumentando sua complexidade interna através do desenvolvimento de uma *racionalidade própria*, tais sistemas tornam-se cada vez menos aptos a processar eventos que ocorrem em seu ambiente (ruído). Nesta situação, os *acoplamentos estruturais* permitem que um subsistema pressuponha certas estruturas no ambiente e as tome como dadas por meio de sua formulação no código-diferença deste sistema, de modo a reconstruir o conhecimento (expectativas cognitivas) e as normas (expectativas normativas) gerados em outros sistemas.

Na sociedade moderna, o código-diferença binário do sistema jurídico é representado pela classificação entre *lícito* e *ilícito*; de acordo com Neves, o processo de diferenciação funcional e o conseqüente *fechamento operacional* do direito requerem que esse código-diferença binário seja controlado exclusivamente pelo sistema jurídico, e não pelos sistemas político, econômico etc.³⁹ É neste sentido que Luhmann fala no direito como um sistema *normativamente fechado*, mas *cognitivamente aberto*: “[a] qualidade normativa serve à autopoiese do sistema, à sua autocontinuação diferenciada do ambiente. A qualidade cognitiva serve à coordenação desse processo com o ambiente do sistema”.⁴⁰ O mesmo pode ser dito em relação ao subsistema político, em que o código-diferença binário pode ser

³⁸ RENNER, *op.cit.*, p. 96.

³⁹ NEVES (2011), *op.cit.*, p. 135.

⁴⁰ LUHMANN, Niklas. Die Einheit des Rechtssystems. *Rechtstheorie* 14. Berlin: Duncker & Humblot, 1983, p. 139, *apud* NEVES (2011), *op.cit.*, p. 136.

descrito como *poder e não poder* (ou *poder superior/poder inferior*), e ao subsistema econômico, em que o código-diferença é o *ter e não-ter*.⁴¹

Como é possível supor, as sociedades modernas são caracterizadas por uma estreita relação entre os subsistemas econômico, jurídico e político. No que se refere especificamente ao subsistema econômico, é importante reconhecer que ele não é estruturado apenas a partir de expectativas cognitivas, mas também – e em larga medida – a partir de expectativas normativas.⁴² a efetividade dos contratos, dos direitos de propriedade, das regras básicas de livre concorrência são pressupostos tidos como contrafactualmente válidos em qualquer operação econômica, muito embora o subsistema econômico não possa, por si só, produzir ou garantir a satisfação de tais expectativas. É nesse ponto que ocorre o *acoplamento estrutural* entre o sistema econômico e o sistema jurídico, por meio do qual este último desempenha a função de estabilizar as expectativas normativas daquele. A autopoiese reflexiva do sistema jurídico, desenvolvida por intermédio da linguagem de *licitude/ilicitude*, é apenas um sofisticado mecanismo para determinar quais expectativas sociais devem ser contrafactualmente mantidas, ou seja, elevadas à condição de *expectativas normativas*. Desta forma, o sistema econômico pode delegar o processamento de expectativas normativas ao sistema jurídico, ao mesmo tempo em que se especializa em suas próprias estruturas internas para o processamento de *expectativas cognitivas*.⁴³

O cenário fica ainda mais complexo quando o papel do subsistema político é levado em consideração. Como o sistema jurídico processa, de forma autorreferencial, expectativas normativas que influenciam outros sistemas, levanta-se a questão de sua legitimidade e justificação. Portanto, o sistema jurídico também se apoia em acoplamentos estruturais com o sistema político: a criação das normas constitucionais e legais é delegada ao sistema político, externalizando a questão da legitimidade do sistema jurídico para o processo político, mediante a pressuposição de validade das decisões coletivas alcançadas sob certas precondições procedimentais.⁴⁴ Portanto, as sociedades modernas organizam a criação de

⁴¹ NEVES (2011), *op.cit.*, p. 146.

⁴² “Na economia clássica ou ortodoxa, a despeito de quão simples ou complexa, a análise é concentrada nas escolhas realizadas sob determinadas restrições que são, elas próprias, impostas externamente à pessoa ou às pessoas a quem cabe a decisão. Estas restrições reduzem o espectro de escolhas possíveis, e podem ser impostas pela natureza, pela história, por uma sequência de decisões anteriores, por outras pessoas, pelas leis e arranjos institucionais, ou mesmo pelos costumes e convenções sociais.” BUCHANAN, James M. The Domain of Constitutional Economics. *Constitutional Political Economy*, vol. 1, n. 1, 1990.

⁴³ RENNERT, *op.cit.*, p. 98.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 97.

expectativas normativas numa constelação de três diferentes sistemas, cada um com estruturas organizacionais próprias: o mercado, a autoridade e a democracia.

A maneira como esta constelação funciona é eloquentemente ilustrada por Renner por meio do exemplo do direito concorrencial.⁴⁵ Isoladamente consideradas, as regras do subsistema econômico inevitavelmente tendem a destruir as precondições de sua própria existência, na medida em que a lógica liberal de mercado (*i.e.* a *racionalidade interna* do subsistema econômico) leva à formação de monopólios e cartéis, ao abuso do poder econômico, etc. Para evitar estas externalidades negativas,⁴⁶ os elementos e processos do subsistema econômico devem ser avaliados de um ponto de vista externo, o que é feito dentro dos limites do subsistema jurídico, com a sua comunicação própria (*lícito/ilícito*). As expectativas normativas do subsistema jurídico, por sua vez, precisam ser adotadas através de consenso, o que ocorre dentro das fronteiras do subsistema político, por meio de sua comunicação própria (*poder superior/poder inferior*).

A racionalidade e a comunicação interna (autorreferencial) do subsistema econômico têm – assim como as de qualquer outro subsistema social – uma tendência expansionista que pode causar externalidades negativas para a sociedade. Tais externalidades requerem o estabelecimento de critérios exógenos para sua solução, quais sejam, as *expectativas normativas* desenvolvidas no subsistema jurídico, as quais somente podem ser vistas como legítimas se originadas no subsistema político.

Essa dinâmica de funcionamento dos subsistemas jurídico, político e econômico revela a necessidade de aprofundamento do estudo da Constituição política do Estado e das constituições internas de cada subsistema social. Antes, contudo, é importante considerar a crítica lançada contra a descrição do subsistema jurídico na teoria dos sistemas defendida por Luhmann e Teubner, aquela segundo a qual o direito seria sistema *alopoiético*.

⁴⁵ *Loc. cit.*

⁴⁶ Externalidades são definidas pela teoria econômica como os efeitos colaterais (*i.e.* não necessariamente desejados) que as atitudes de um agente econômico podem causar a terceiros. Neste sentido, podem ser tanto negativas – quando os efeitos colaterais representam custos para terceiros – quanto positivas – quando os efeitos colaterais representam benefícios. Dentre os abundantes exemplos de externalidades negativas, o mais ilustrativo é a poluição ambiental gerada por uma atividade industrial qualquer, em que o custo gerado pela poluição (*e.g.* prejuízos para uma comunidade de pescadores em função da diminuição da quantidade de peixes num corpo d'água, ou perdas do setor de turismo causadas pela diminuição do número de visitantes em virtude da degradação ambiental) é suportado por terceiros que não o próprio causador da externalidade. Por outro lado, como exemplo de externalidade positiva, é possível imaginar qualquer obra pública que revitalize determinada região (como a revitalização da área portuária do Município do Rio de Janeiro) e, conseqüentemente, valorize os imóveis ali localizados. Sobre o tema, cf. STIGLITZ, Joseph E. *Economics of the Public Sector*. Third Edition. New York: W.W. Norton & Company, 2000, p. 80.

1.1.3 Alopoiese como interferência não *mediatizada* do ambiente nos subsistemas sociais

Como visto anteriormente, a utilização de códigos-diferença binários pelos subsistemas sociais permite que tais sistemas absorvam informações do seu ambiente, reprocessadas na linguagem interna de cada um deles. De modo semelhante, os acoplamentos estruturais permitem que um subsistema tome como dados elementos e estruturas de outros subsistemas sociais, o que evita o seu insulamento. Neste sentido, é possível afirmar que a alopoiese permite que os subsistemas realizem simultaneamente processos de fechamento (caracterizado pela diferenciação interna e pelo reconhecimento de sua autonomia) e abertura (consistente na comunicação *mediatizada* entre os sistemas).

No entanto, os acoplamentos estruturais também têm um lado negativo, caracterizado como *corrupção sistêmica* e representado pelo bloqueio que um subsistema pode exercer sobre a autonomia de outros sistemas. Nas palavras de Marcelo Neves, “[a]qui, o código de um dos sistemas é sabotado pelo código de um outro sistema, de tal sorte que aquele perde sua capacidade de reprodução consistente”.⁴⁷ Trata-se, portanto, de uma interferência de um subsistema social em outro sem que tal relação seja mediatizada pelo código-diferença do subsistema interferido. Se a ocorrência de eventos isolados de corrupção sistêmica não chega a prejudicar a autonomia dos subsistemas interferidos, o mesmo não pode ser dito quando a corrupção alcança o nível estrutural dos subsistemas, afetando o plano de estabilização de expectativas, o que ganha contornos graves na sociedade hipercomplexa da atualidade.⁴⁸

Quando ocorre esta *assimetriação* externa no plano de um sistema, surge o problema da negação da sua autorreferência operacional, denominada *alopoiese* (do grego *állos* – diferente – e *poíesis* – criação), ou seja, da reprodução interna do sistema por elementos de seu ambiente.⁴⁹ Dizer que um sistema é alopoiético significa afirmar que ele “é determinado diretamente (e não apenas condicionado) por outros(s), sendo incapaz de uma autoprodução consistente ou fechamento operativo”.⁵⁰ Com efeito, o conceito de alopoiese fundamentou críticas à teoria luhmanniana do direito como um sistema autopoiético por teóricos da

⁴⁷ NEVES (2009), *op. cit.*, p. 42.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 44.

⁴⁹ NEVES (2011), *op. cit.*, p. 142.

⁵⁰ NEVES (2009), *op. cit.*, p. 44.

concepção pós-moderna do direito,⁵¹ como Marcelo Neves, que, em sua análise da *constituição simbólica*,⁵² considera

[...] a própria falta de autonomia operacional do direito positivo estatal. Isso significa a sobreposição de outros códigos de comunicação, especialmente do econômico (ter/não-ter) e do político (poder/não-poder), sobre o código “lícito/ilícito”, em detrimento da eficiência, funcionalidade e mesmo racionalidade do direito.

[...]

Na medida em que, ao contrário, os agentes do sistema jurídico estatal põem de lado o código-diferença “lícito/ilícito” e os respectivos programas e critérios, conduzindo-se ou orientando-se primária e frequentemente com base em injunções diretas da economia, do poder, das relações familiares etc., cabe, sem dúvida, sustentar a existência da alopoiese do direito.

[...]

Não se trata, portanto, de bloqueios eventuais da reprodução autopoietica do direito positivo, superáveis através de mecanismos imunizatórios complementares do próprio sistema jurídico. O problema implica o comprometimento generalizado da autonomia operacional do direito.⁵³

Creemos, contudo, que a autopoiese descrita por Luhmann tem natureza normativa, e não apenas descritiva, na medida em que prescreve o funcionamento ideal de subsistemas sociais autônomos na sociedade contemporânea. Não parece razoável imaginar de forma diversa, uma vez que são abundantes os exemplos empíricos de interferências do ambiente não mediatizadas pelos códigos-diferença dos subsistemas, isto é, de corrupção sistêmica generalizada. Como Teubner demonstra em relação aos regimes totalitários, os subsistemas políticos (e seu código-diferença binário *poder/não-poder*) aprisionam os demais subsistemas sociais em um núcleo do controle estatal, submetendo diversos institutos (principalmente os do direito, com seu código *lícito/ilícito*, e da economia, com seu código *ter/não-ter*) ao subsistema político.⁵⁴ Também nas sociedades liberais do século XIX e início do século XX, a adoção do *liberalismo econômico* representou uma expansão desenfreada da racionalidade do subsistema econômico sobre os subsistemas político e jurídico, caracterizada pela prevalência do código *ter/não-ter* sobre os demais, o que levou o Estado a se abster de interferir nas relações econômicas e suas externalidades negativas.⁵⁵

⁵¹ *Loc. cit.*

⁵² “A categoria de constituições simbólicas foi formulada por Marcelo Neves. Trata-se da Constituição que não corresponde minimamente à realidade, não logrando subordinar as relações políticas e sociais subjacentes. Ela não é tomada como norma jurídica verdadeira, não gerando, na sociedade, expectativas de que seja cumprida.” SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 62.

⁵³ NEVES (2011), *op.cit.*, p. 146-147.

⁵⁴ TEUBNER (2012), *op.cit.*, p. 21-23.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 30-34.

Não obstante a visão bastante pessimista de Neves⁵⁶ e sua afirmação da possibilidade de que o subsistema jurídico opere por uma dinâmica alopoiética, a crítica ao direito *autopoiético* de Luhmann não anula, para os fins do presente trabalho, os benefícios da abordagem sistêmico-teórica das relações entre os sistemas jurídico, político e econômico. Ela na verdade enriquece as possibilidades analíticas, na medida em que estabelece categorias próprias para as relações *mediatizadas* e *nãomeditizadas* entre os subsistemas sociais e seu ambiente, como pretendemos demonstrar nas Seções 1.2 e 1.3.

1.1.4 Constituição como instrumento de acoplamento estrutural entre o direito e a política

Na teoria dos sistemas de Luhmann, a Constituição política realiza o acoplamento estrutural entre política e direito, representando uma via de prestações recíprocas que permite a interpenetração entre ambos os subsistemas autônomos ao oferecer (a) uma solução jurídica para o problema de autorreferência do subsistema político e (b) uma solução política para o problema de autorreferência do sistema jurídico.⁵⁷ Por meio do acoplamento estrutural realizado pela Constituição, o subsistema jurídico passa a aceitar interferências políticas, desde que sejam *mediatizadas* por mecanismos jurídicos, excluídas outras formas de interferência, o que é simetricamente aplicável às interferências jurídicas no subsistema político.⁵⁸

Além disso, como uma expectativa de comportamento contrafactualmente estabilizada, a Constituição também constitui um subsistema dentro do sistema jurídico; com efeito, ela é simultaneamente vista pelo seu aspecto *estrutural* (em que gera expectativas normativas) e pelo seu aspecto *operativo*, em que suas comunicações se fundamentam nas expectativas constitucionais vigentes, por um lado, e servem de base a essas mesmas expectativas, pelo outro.⁵⁹ Mas ao considerar a Constituição também na sua dimensão de subsistema do direito positivo, Neves levanta as seguintes perguntas sobre os problemas de *reflexão, função e prestação* do sistema jurídico no plano constitucional:

(1) Qual o significado da Constituição (moderna) para o sistema jurídico, ou, mais especificamente, para a positivação do direito? (2) Que função social preenche o

⁵⁶ Cf. SARMENTO; SOUZA NETO, *op.cit.*, p. 62.

⁵⁷ NEVES (2009), *op.cit.*, p. 65-66.

⁵⁸ *Loc. cit.*

⁵⁹ *Ibid.*, p. 68.

direito constitucional positivo? (3) Como o subsistema constitucional põe o direito positivo em relação com as exigências dos outros sistemas sociais?⁶⁰

Em relação à primeira pergunta (*reflexão* do direito constitucional), a diferenciação funcional torna o subsistema jurídico autônomo em relação ao ambiente, de forma que qualquer interferência de outros sistemas no direito deve ser *mediatizada* por normas jurídicas, como indicado anteriormente. Com efeito, a Constituição substitui a necessidade do subsistema jurídico de apoios externos, estabelecendo critérios internos para a aplicação jurídica concreta e para o estabelecimento de normas jurídicas gerais (leis), hierarquizando as normas constitucionais sobre as normas legais de modo a permitir a reprodução autopoiética do direito, servindo para o fechamento operacional do subsistema jurídico.⁶¹ Isso resulta no que Neves chama de *função descarregante do direito*, impedindo que o subsistema jurídico seja bloqueado pelas diversas e incompatíveis expectativas de comportamento que se formam no ambiente, o que só é possível através da adoção de um *princípio de não-identificação* da Constituição com nenhuma concepção de caráter *abrangente* (*i.e.* fundamentada em valores que não sejam amplamente compartilhados pela sociedade, como ocorre com os princípios de natureza religiosa, moral, etc.) que impeça o subsistema jurídico de formar uma complexidade interna adequada ao seu ambiente hipercomplexo.⁶²

No que se refere à segunda pergunta (*função* do direito constitucional), Neves faz referência aos *direitos fundamentais* e ao *Estado de bem-estar*. A institucionalização dos direitos fundamentais representa o reconhecimento da hipercomplexidade da sociedade e a inexistência de critérios de orientação da totalidade de expectativas do sistema social. Eles garantem o livre desenvolvimento da comunicação em diversos níveis diferenciados⁶³, evitando assim a *expansão imperial* da racionalidade interna de um subsistema social sobre os demais. Já o Estado de bem-estar vem ressaltar que a verdadeira efetividade dos direitos fundamentais liberais clássicos (de liberdade civil e participação política) requer a institucionalização de direitos fundamentais *sociais* mínimos, de modo a realizar a inserção de todas as pessoas nas prestações de cada um dos subsistemas funcionais da sociedade, dos quais muitos participam apenas marginalmente.⁶⁴ Isso ocorre porque “*a inclusão de toda a população nos diversos sistemas sociais e a diferenciação funcional da sociedade*

⁶⁰ *Loc. cit.*

⁶¹ *Ibid.*, p. 70.

⁶² *Ibid.*, p. 72-73.

⁶³ *Ibid.*, p. 74-75.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 76-77.

pressupõem-se reciprocamente, na medida em que a exclusão de amplos grupos sociais e a autorreferência operacional dos sistemas funcionais é incompatível".⁶⁵

Por fim, a terceira pergunta (*prestação* do direito constitucional) é respondida pela regulação constitucional do procedimento eleitoral. A previsão constitucional de voto universal, igual e secreto assegura que os eleitores atuem de forma independente dos outros papéis sociais que desempenham, o que imuniza o processo eleitoral contra influências ilegítimas⁶⁶ e prioriza critérios dinâmicos baseados em desempenho e aptidão dos candidatos, em detrimento de critérios estáticos baseados em atributos dos mesmos (econômicos, de poder etc.).⁶⁷ Em outras palavras, o apoio político generalizado decorrente do processo eleitoral tem uma *função descarregante* do sistema político, na medida em que serve à diferenciação funcional deste, dificultando sua manipulação por interesses particularistas ou concepções ideológicas abrangentes, o que seria incompatível com a "*complexidade da conexão de comunicações, expectativas e interesses constitutivos da sociedade*".⁶⁸

1.1.5 Constituições *societais* x racionalidades transversais parciais

Mais recentemente, Teubner estruturou uma versão mais desenvolvida do papel da Constituição dentro da teoria dos sistemas.⁶⁹ Partindo do conceito de *constitucionalismo societal* desenvolvido por David Sciulli,⁷⁰ ele afirma que a Constituição do Estado pode ter um foco excessivamente restrito às relações institucionais entre os subsistemas político, jurídico e econômico, subestimando a autonomia dos demais subsistemas sociais e afastando-os da política institucionalizada.⁷¹ Os objetivos do *constitucionalismo societal* são, portanto,

⁶⁵ *Ibid.*, p. 78.

⁶⁶ "Assim, se código 'ter/não-ter' (economia), por via do processo eleitoral ou dos procedimentos fiscais e tributários, corromper as regras do jogo democrático, sabotando diretamente o código da política (diferença governo/oposição construída democraticamente), dar-se-á a corrupção sistêmica se houver a incapacidade do sistema político de reagir, conforme seus próprios critérios e programas, à sobreposição negativa da economia." NEVES (2011), *op. cit.*, p. 42.

⁶⁷ NEVES (2011), *op. cit.*, p. 79.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 79-80.

⁶⁹ TEUBNER (2012), *op. cit.*, p. 38-41, 73-123.

⁷⁰ Cf. SCIULLI, David. *Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxist Critical Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

⁷¹ O que não é necessariamente um problema no caso de alguns subsistemas sociais, como o *científico*, que não precisa de praticamente nenhum apoio normativo para estabelecer sua autonomia. Sobre o assunto, cf. TEUBNER (2012), *op. cit.*, p. 108.

(a) desenvolver politicamente modelos constitucionais⁷² para os diversos subsistemas sociais, de modo que a *co-operação* entre o Estado e agentes privados restrinja as tendências expansionistas destrutivas intrínsecas ao processo de diferenciação funcional;⁷³ e (b) multiplicar os foros nos quais as controvérsias sociais são debatidas e decisões políticas são alcançadas.⁷⁴ Essa proposta decorre do reconhecimento de que a diferenciação funcional gerou um amplo espectro de subsistemas sociais altamente especializados, cuja autorreprodução obedece a uma dinâmica interna cada vez menos tolerante a influências ambientais não mediatizadas por sua própria racionalidade – como ocorre em relação à intervenção do Estado no subsistema econômico.

Segundo Teubner, o papel primário da constituição é permitir a autogênese de um sistema social através de um processo de *duplo fechamento*. Um subsistema social realiza seu fechamento *primário* por meio do estabelecimento de um elo entre suas operações, de modo a diferenciá-las do ambiente, o que é alcançado pela definição de sua *mídia* (*licitude* no direito, *poder* na política, *dinheiro* na economia, etc.).⁷⁵ Já o fechamento *secundário* é representado pela aplicação das operações do subsistema de forma reflexiva a elas próprias. Com efeito, o subsistema político se torna a esfera autônoma de poder da sociedade quando estabelece as relações de *poder* como sua mídia, produzindo o duplo fechamento por meio da previsão de um sistema eleitoral, de direitos fundamentais, etc. Em vista disso, Teubner afirma que o duplo fechamento define os *limites externos* do subsistema social e sua *identidade interna*. No entanto, para que se possa falar em uma *constituição* em sentido estrito, essa reflexividade de um sistema social deve ser suportada pela reflexividade do direito, através de um acoplamento estrutural.⁷⁶

Nada do que foi dito até aqui difere muito do conceito luhmanniano de Constituição como acoplamento estrutural entre direito e política. No entanto, para Teubner esse acoplamento seria apenas uma condição necessária, mas não suficiente para o reconhecimento da Constituição: nem todo acoplamento estrutural entre direito e política gera o que ele chama

⁷² Para fins de distinção, doravante a referência às *constituições societais* – i.e. de cada um dos subsistemas sociais autônomos que compõem o sistema social amplo – será realizada com inicial minúscula, ao passo que a referência à *Constituição do Estado* terá inicial maiúscula.

⁷³ Tais tendências serão analisadas na seção 1.7, a seguir.

⁷⁴ TEUBNER (2012), *op.cit.*, p. 121-122.

⁷⁵ “*Todos os sistemas funcionais são baseados em símbolos, que são constitutivos de seus processos. Dinheiro em suas implicações econômicas e poder como um símbolo político são bons exemplos disso.*” STICHWEH, *op. cit.*, p. 45.

⁷⁶ TEUBNER (2012), *op.cit.*, p. 104.

de *qualidades constitucionais*,⁷⁷ apenas aqueles entre a *reflexividade* de ambos os subsistemas. Ademais, não apenas o acoplamento entre direito e política gera constitucionalização; isso também pode ocorrer com qualquer outro subsistema acoplado ao direito, desde que sua reflexividade seja suportada por normas jurídicas secundárias (*i.e.* normas que disciplinam a interpretação e a aplicação de outras normas), em contraposição às normas jurídicas primárias⁷⁸ – cuja aplicação resultaria apenas em *juridificação*, e não na *constitucionalização* do subsistema.⁷⁹ Propõe-se, portanto, uma ampliação semântica significativa do sentido de Constituição, atribuindo-o também às constituições societárias.⁸⁰

Mas porque normas jurídicas secundárias são necessárias para suportar a reflexividade dos subsistemas sociais? Teubner explica que isso ocorre quando estes não são capazes de promover sua autonomia, seja porque (a) não podem realizar seu duplo fechamento de forma adequada e desta forma impedir a influência alopoiética de outros subsistemas sociais; (b) seja porque seus processos reflexivos não podem se estabilizar; ou (c) quando seus paradoxos os imobilizam. Nesses casos, mecanismos adicionais de fechamento – entre os quais o direito – são necessários para estabilizar os efeitos reflexivos. Tomando como exemplo o subsistema político: (a) o duplo fechamento não pode ser alcançado sem a limitação formal do poder estatal coletivamente vinculante; (b) a aplicação reflexiva de poder sobre poder, típica do subsistema político, não pode ficar sujeita às constantes flutuações das próprias relações de poder, requerendo, portanto, algum apoio para sua estabilização; e (c) o paradoxo da autogênese do subsistema político e da sua reflexividade é parcialmente resolvido pela delegação deste problema ao direito.⁸¹ Além de tais características estarem presentes na Constituição, também é possível identificá-las em qualquer outro subsistema social constitucionalizado.⁸²

Teubner reconhece de forma implícita, contudo, que o papel de apoio do direito na autogênese pode variar amplamente em cada subsistema social. Aqueles que conseguem

⁷⁷ Aproxima-se aqui da distinção entre normas *formal* e *materialmente* constitucionais. Sobre o tema, cf. SARMENTO; SOUZA NETO, *op. cit.*, p. 49-51.

⁷⁸ Aproxima-se aqui da importante distinção que Humberto Ávila faz entre os princípios e os postulados normativos (os últimos como normas de segundo grau). Sobre o tema, cf. *Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 121-166.

⁷⁹ TEUBNER (2012), *op.cit.*, p. 102-106.

⁸⁰ NEVES (2009), *op. cit.*, p. 109.

⁸¹ É nesse sentido que se afirma: “[a] autonomia de uma constituição societal nunca é uma autonomia em forma pura; ela sempre contém elementos de heteronomia. A unidade [Self] deve primeiramente ser definida de forma heterônoma através de normas jurídicas para ser capaz de definir a si própria”. TEUBNER (2012), *op. cit.*, p. 108.

⁸² *Ibid.*, p. 107.

realizar seu *duplo fechamento* sem necessariamente recorrer à reflexividade do direito – como a ciência ou a religião⁸³ – dispensam esta necessidade, ao passo que outros não serão capazes de realizar a autogênese antes de sua definição heterônoma. É o caso da política (que se apoia na Constituição do Estado) e da economia, cujos principais institutos (contratos, propriedade, livre concorrência, moeda, etc.), que formam o núcleo do conceito de *constituição econômica*, são desenvolvidos pela referida dupla reflexividade: a aplicação de operações econômicas a operações econômicas e a aplicação de normas jurídicas secundárias a normas jurídicas primárias.⁸⁴ Esclarecendo a questão, Neves afirma que:

O sentido econômico e o jurídico do contrato permanecem específicos a cada um dos sistemas, um primariamente normativo e outro primariamente cognitivo. Não obstante, a economia moderna não pode prescindir desses institutos jurídicos para o seu desenvolvimento, assim como o direito moderno pressupõe uma dinâmica veloz de trocas, circulação e apropriação econômica de bens e valores para manter e inovar permanentemente os institutos do contrato e da mutação de propriedade.⁸⁵

Em síntese, para que seja possível falar em constituições dos subsistemas sociais, estas precisam preencher os requisitos de uma noção *material* de Constituição, quais sejam: elas devem ser dotadas de normatividade distinta, hierarquicamente superior, que simultaneamente estrutura os processos internos dos subsistemas e seja por eles (os processos) legitimada. Nas palavras de Teubner, “*somente devemos falar numa constituição independente em sentido estrito quando este sofisticado arranjo emerge, quando um subsistema e o direito são permanente e estreitamente (e não apenas temporária e frouxamente) acoplados*”.⁸⁶

O reconhecimento de constituições societais não é, contudo, isento de críticas. Atacando o uso inflacionário do termo *constituição* para designar arranjos estatais internacionais, transnacionais, supranacionais, ou ainda organizações da sociedade civil (como defende Teubner), Marcelo Neves busca se afastar “*dessa tendência de sempre identificar a existência de uma nova Constituição quando surge uma ordem, instituição, ou*

⁸³ Não obstante, é importante registrar que a capacidade da ciência e da religião de alcançar o duplo fechamento é um fenômeno mais comum nas sociedades ocidentais contemporâneas. A ciência já foi alopoieticamente dominada pela religião e pelo Estado – como se infere da abjuração de Galileu das teorias heliocêntricas. Também a religião foi e ainda é alvo de sobreposições alopoiéticas da racionalidade política – como ocorre nos Estados teocráticos (que, ao adotar fundamentos abrangentes ligados a uma religião específica, normalmente relegam as demais a uma posição inferior).

⁸⁴ O tema será analisado em mais detalhes na Seção 1.2.

⁸⁵ NEVES (2009), *op. cit.*, p. 36.

⁸⁶ TEUBNER (2012), *op. cit.*, p. 106.

organização jurídica na sociedade contemporânea".⁸⁷ Para esse afastamento, Neves partedo conceito amplo de *racionalidade transversal* proposto por Wolfgang Welsh, mas o reduz a um conceito de *racionalidades transversais parciais*, mais adequado a uma sociedade hipercomplexa, com profunda diferenciação funcional; essas *racionalidades transversais parciais* surgem, assim, como pontes entre os subsistemas sociais (de forma bastante semelhante aos acoplamentos estruturais⁸⁸), permitindo uma relação construtiva entre racionalidades particulares conflitantes.⁸⁹

Assim como os acoplamentos estruturais podem sofrer com a corrupção sistêmica, as racionalidades transversais também têm um lado negativo, representado pela negação da alteridade, isto é, da autonomia dos subsistemas sociais, o que pode ocorrer nos casos de *autismo* e de *racionalidade imperialista*. O *autismo* ocorre quando uma dinâmica interna excessivamente voltada à especialização do subsistema social causa o seu *atomismo* (de redução ao átomo), o que dificulta sua relação com outras formas de racionalidade presentes em seu ambiente (daí falar-se em *autismo*); já a racionalidade imperialista se dá quando a racionalidade parcial de um subsistema social não conhece seus limites, manifestando tendências expansionistas sobre as demais racionalidades e relegando-as à insignificância.

Como para Neves o conceito de *racionalidades transversais parciais* contém o conceito de *acoplamentos estruturais*, nada mais natural que definir a Constituição não pela referência a este último fenômeno, como fazem Luhmann e Teubner, mas sim por aquele. É por isso que Neves afirma que:

Ultrapassando-se o puro conceito de acoplamento estrutural, pode-se compreender a Constituição do Estado constitucional não apenas como o filtro de irritações e influências recíprocas entre sistemas autônomos de comunicação, mas também como instância da relação recíproca e duradoura de aprendizado e intercâmbio de experiências com as racionalidades particulares já processadas, respectivamente, na política e no direito.⁹⁰

Embora do ponto de vista conceitual as teorias de Teubner e Neves tenham divergências, estas dizem mais respeito a uma sofisticação da análise sistêmico-teórica do que a uma incompatibilidade de visões. Ademais, tais diferenças somente se acentuam quando se analisa o processo de globalização dos subsistemas sociais. Enquanto a análise dos sistemas é

⁸⁷ NEVES (2009), *op. cit.*, p. 5.

⁸⁸ Com os quais tais racionalidades não se confundem, embora os pressuponham. Cf. NEVES (2009), *op. cit.*, p. 38.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 38-42.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 62.

mantida dentro dos limites do Estado-nação – como fizemos até aqui –, as diferenças são sutis, e a produção mais recente de Teubner⁹¹ parece incluir, em algum grau, o conceito de *racionalidades transversais parciais* dentro do conceito de acoplamentos estruturais.⁹² Neste plano interno, a principal diferença parece dizer respeito à terminologia utilizada para designar as *constituições societais*, mas cremos, com Teubner, que o termo *constituição* é adequado para a descrição da constituição *material* dos sistemas sociais; é o que ocorre, por exemplo, na constituição econômica, formada por um plexo de institutos estabilizados por normas infraconstitucionais de direito privado (como as que dispõem sobre contratos, propriedade, etc.). As divergências mais profundas entre os autores, presentes no plano externo, serão mais bem exploradas adiante, quando falarmos do processo de globalização.

1.1.6 Evolução das constituições sob a perspectiva da teoria dos sistemas

Como analisado anteriormente, Teubner atribui à Constituição uma dupla função: a criação do poder político e a sua limitação pelo direito.⁹³ Neste sentido, a Constituição impõe não apenas que a organização do sistema político deve estar sujeita a normas, mas também que o poder político deve ser autônomo em relação a outras fontes de poder existentes na sociedade (militar, econômico, religioso, etc.), sujeitando-se apenas às novas fontes de poder produzidas *autopoieticamente*. Em outras palavras, o poder político independente emerge da relação entre poder constituinte e poder constituído, ou seja, da aplicação de *poder ao poder*,⁹⁵ e é estabilizado de flutuações circunstanciais e perenizado por meio de normas jurídicas constitucionais.⁹⁶ Com efeito, a Constituição confere estabilidade ao sistema político através do acoplamento estrutural deste com o sistema jurídico, que

⁹¹ TEUBNER (2012), *op.cit.*

⁹² “[...] as Constituições civis identificadas por Teubner apresentam-se igualmente como ‘pontes de transição’ entre subsistemas sociais e ordens jurídicas no plano global. Pode-se afirmar, portanto, que as Constituições civis servem à racionalidade transversal entre esferas sociais globais e ordens jurídicas mundiais enquanto, nos respectivos planos reflexivos, entrelaçam a autoprodução do direito com a do correspondente subsistema da sociedade”. NEVES (2009), *op. cit.*, p. 110.

⁹³ TEUBNER (2012), *op.cit.*, p. 17.

⁹⁴ NEVES (2011) parece concordar com a afirmativa ao constatar que “[é] possível concebê-la[a Constituição], sob o ponto de vista político-sociológico, como um instituto específico do próprio sistema político” (p. 67) e que “[e]mbora o poder desenvolva-se primariamente com base no código ‘poder superior/inferior’, observa-se que, no ‘Estado de direito’, a diferença entre lícito e ilícito atua, na perspectiva de observação do sistema político, como segundo código do poder” (*op. cit.*, p. 66, n. 53).

⁹⁵ O que permite uma releitura sistêmico-teórica do disposto no art. 1º, §1º da CRFB (“*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*”).

⁹⁶ TEUBNER (2012), *op.cit.*, p. 17.

produzirá, por sua vez, *expectativas normativas* sobre a fonte de poder legítimo na sociedade, assim como sobre a organização deste poder.

Embora o subsistema político seja apenas um entre os que compõem o sistema social mais amplo, as Constituições liberais do século XVIII preocuparam-se exclusivamente com ele, ignorando a necessidade dos demais subsistemas de terem uma *constituição* própria com a mesma dupla função da Constituição: fundação de uma ordem autônoma e sua autolimitação. Teubner explica que as revoluções burguesas criaram uma relação imediata entre os cidadãos e o subsistema político, eliminando o espaço para existência de ordens sociais autônomas paralelas, que foram relegadas à esfera da liberdade individual dos cidadãos: “[a] natureza constitucional de subáreas sociais foi definida como um mero produto da liberdade individual, garantida pelo direito privado e, assim, mantida num estado latente”.⁹⁷

Em contraposição às Constituições liberais, as principais experiências totalitárias do século XX trouxeram os demais subsistemas sociais para o núcleo do controle estatal, buscando submeter todas as instituições sociais ao subsistema político, como mencionado anteriormente, através de uma tendência imperialista da racionalidade transversal do subsistema político. Com base numa estratégia dual, os regimes totalitários mantiveram a pluralidade de subsistemas sociais, característica comum do liberalismo, mas exigiram seu apoio para finalidades políticas e os transformaram em organizações hierárquicas, as quais puderam ser então colonizadas politicamente (como nos regimes soviéticos e nazifascistas).⁹⁸⁹⁹ Como se sabe, a natureza repressiva dessas Constituições totalitárias acabou por esgotar o modelo adotado, na medida em que o uso político dos subsistemas sociais sufocou suas dinâmicas próprias de diferenciação funcional.¹⁰⁰

As Constituições do Estado de bem-estar introduzidas após a Segunda Guerra Mundial evitaram os erros históricos tanto dos regimes liberais quanto dos totalitários. Nas palavras de Teubner,

Elas respeitam a autonomia dos subsistemas sociais e rejeitam o estabelecimento de suas estruturas básicas através de controle político. O Estado do bem-estar se limita a impor arranjos constitucionais relativamente modestos. Ao mesmo tempo, elas

⁹⁷ *Ibid.*, p. 20.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 21-23.

⁹⁹ O que também esgotou a separação dos Poderes, um mecanismo instituído pelas Constituições modernas contra a *desdiferenciação* entre os subsistemas político e jurídico. Sobre o tema, v. NEVES (2011), *op. cit.*, p. 80-83.

¹⁰⁰ TEUBNER (2012), *op. cit.*, p. 21-23.

aprenderam a lição da abstenção das Constituições liberais. Externalidades negativas e tendências centrífugas dos subsistemas sociais agora se imiscuíram de forma tão presente na consciência coletiva que não é mais plausível relegar tais subsistemas à latência das formas privadas-autônomas individuais.¹⁰¹

Duas principais consequências emergiram desta virada ao *welfare state*. Em primeiro lugar, o Estado assumiu responsabilidade por diversos subsistemas sociais (educação, ciência, saúde pública, comunicação de massa), os quais passaram a ser tratados como semiestatais e tiveram reconhecida apenas uma autonomia limitada. Por outro lado, o Estado do bem-estar tentou não perturbar demasiadamente a autonomia de alguns outros subsistemas sociais (particularmente a economia¹⁰²), ao mesmo tempo em que procurou exercer uma coordenação política ampla. O objetivo desta estratégia era promover o que Teubner chama de *precário equilíbrio* entre a intervenção da Constituição em diversos subsistemas sociais ao mesmo tempo em que são respeitadas as constituições internas independentes de cada um desses sistemas.

Nesta abordagem, a Constituição estabelece normas de organização para o processo político e também para instituições nãoestatais. Apesar de considerar o problema de como reconhecer a constituição dos diversos subsistemas sociais, o Estado do bem-estar apresenta uma solução estatizante, que superestima o seu poder regulador em relação à dinâmica evolutiva da diferenciação funcional dos diversos subsistemas sociais, fazendo com que o Estado absorva mais demandas do que sua capacidade de coordenação pode abarcar, gerando uma sociedade civil extremamente dependente do poder estatal e tendências autobloqueadoras, na medida em que o intervencionismo impede que os subsistemas sociais gerem, por meio do processo de autopoiese, uma complexidade interna adequada à hipercomplexidade do ambiente, criando assim uma organização social rígida e altamente estratificada.¹⁰³

Outras abordagens tentam evitar o problema da solução estatizante dos subsistemas sociais ao propor que intervenções estatais sempre levem em consideração características peculiares das relações sociais. Segundo elas, a Constituição não é um mero apanhado de normas de organização do Estado, mas uma indicação dos princípios normativos para toda a sociedade – o que explica o reconhecimento da *dimensão objetiva* dos direitos

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 24.

¹⁰² A visão de Teubner parece simplista neste ponto, uma vez que o *welfare state* é marcado pelo papel estatal de regulação das atividades econômicas, como será analisado nas Seções 1.2 e 1.3.

¹⁰³ TEUBNER (2012), *op. cit.*, p. 25.

fundamentais,¹⁰⁴ assim como de sua *eficácia horizontal*¹⁰⁵ –, de modo que tais princípios permeiem todas as relações sociais. A diferença aqui é que, em vez de o Estado regular diretamente os processos sociais, ele apenas exige que estes tenham processos decisórios internos semelhantes àqueles adotados pelo subsistema político, e torna o Poder Legislativo responsável pela tarefa de constitucionalizar a sociedade (*i.e.* os subsistemas sociais).¹⁰⁶

Contudo, mesmo quando tenta respeitar a autonomia dos subsistemas sociais, a intervenção estatal superestima as capacidades cognitivas e reguladoras do legislador, ao mesmo tempo em que subestima a capacidade de autoconstitucionalização dos subsistemas sociais. Nesse sentido, Teubner afirma ser ilusório imaginar que, por sua legitimidade democrática, o Poder Legislativo tenha aptidão para definir as normas fundamentais dos subsistemas econômico, científico, artístico, etc. A diferenciação funcional não é redutível a escolhas políticas simples; trata-se de um complexo processo evolucionário no qual diferentes racionalidades se cristalizam e criam ordens específicas (os subsistemas sociais), e ao longo do qual essas novas ordens estabelecem sua própria identidade. O Estado pode, em alguma medida, intervir nesses subsistemas de forma corretiva, mas não pode definir suas normas fundamentais, o que leva Teubner a afirmar que “*os conceitos do Welfare state não respeitam as racionalidades e normatividades independentes dos sistemas sociais funcionais*”.¹⁰⁷

Em síntese, as Constituições liberais do século XVIII (e suas tendências de expansão da racionalidade econômica sobre os subsistemas político e jurídico) e as totalitárias do século XX (e suas tendências de expansão da racionalidade política sobre os subsistemas econômico e jurídico) foram obviamente superadas pela contemporaneidade. No entanto, também a Constituição do *welfare state* tem falhas sob a perspectiva teórico-sistêmica: embora corretamente reconheça a importância das constituições societárias, ela não é capaz de respeitar a autonomia destas.¹⁰⁸ Por outro lado, as alternativas neoliberais ao *welfare state*, que

¹⁰⁴ Em que os direitos fundamentais funcionam como vetores de interpretação e aplicação de todas as demais normas do subsistema jurídico, assim como das estruturas dos demais subsistemas sociais.

¹⁰⁵ Em que é reconhecida sua capacidade de produção de efeitos nas relações entre particulares, e não apenas nas relações entre estes e o Estado.

¹⁰⁶ “A constituição do Estado é entendida como uma ‘constituição da sociedade’, com a consequência de que a codeterminação democrática e os direitos fundamentais devem ser estendidos para todas as organizações socialmente relevantes pelo legislador, que é o único legitimado para este propósito. O objetivo deste programa é disciplinar a ordem capitalista através de políticas públicas de intervenção. Enquanto tais intervenções geralmente são diretamente realizadas através da regulação legal da sociedade, elas também são indiretamente implementadas pela imposição aos subsistemas sociais de constituições baseadas em modelos de política democrática.” TEUBNER (2012), *op. cit.*, p. 27.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 30.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 35.

pretendem totalizar a racionalidade econômica (conforme analisaremos na Seção 1.3), também são vazias de credibilidade, uma vez que rejeitam outras racionalidades transversais parciais, classificando-as como irracionais.¹⁰⁹

É nesse sentido que Teubner fala na emergência de um *pluralismo constitucional*:¹¹⁰ partindo do reconhecimento de que, nas sociedades contemporâneas hipercomplexas e altamente diferenciadas, os subsistemas sociais se fundam e organizam a si mesmos, ele propõe que o direito desenvolva um *constitucionalismo multilateral*, de modo que os diversos subsistemas sociais não sejam unilateralmente afetados pela Constituição, mas possam desenvolver constituições que respeitem sua autonomia operacional.¹¹¹ Trata-se, portanto, do projeto de efetivar o referido *fechamento operacional* da Constituição (como subsistema do direito) e do próprio subsistema jurídico ao ambiente, ou seja, aos demais subsistemas sociais, de modo a reconhecer a autonomia de todos eles (representada pelas suas *constituições societárias*) ao mesmo tempo em que se permite a troca de influências recíprocas *mediatizadas* pela racionalidade de cada um deles, evitando-se assim os problemas de autismo e imperialismo referidos por Marcelo Neves.¹¹²

1.1.7 Pluralismo constitucional global x transconstitucionalismo

O projeto de Teubner de reconhecimento da autonomia dos subsistemas sociais perante o Estado é frequentemente associado – de forma bastante crítica – às tendências neoliberais surgidas na economia política a partir da década de 1970.¹¹³ No entanto, a leitura de sua produção mais recente como um fundamento teórico do neoliberalismo jurídico parece reducionista e imprópria, uma vez que ele não propõe a prevalência da racionalidade do subsistema econômico sobre os demais subsistemas sociais, tampouco associa tal racionalidade econômica ao liberalismo.

¹⁰⁹ *Loc. cit.*

¹¹⁰ O conceito não tem relação com a constituição *pluralista* (ou compromissória), tal como definida por SARMENTO; SOUZA NETO, *op. cit.*, p. 58-61.

¹¹¹ TEUBNER (2012), *op. cit.*, p. 35-36.

¹¹² Cf. NEVES (2009), *op. cit.*, p. 45-48.

¹¹³ “Teubner protesta contra sua inclusão nas fileiras dos críticos da regulamentação que, p. ex., reivindicam a privatização dos serviços públicos ou abandono da intervenção socialmente conformadora do governo sobre a economia [...]. Ele pretende não o abandono da política mas o mencionado controle de contexto descentralizado, do qual ele sem dúvida espera que alcance objetivos sociais com menos fricção, dado que reconhece a complexidade dos subsistemas.” REICH, *op. cit.*, p. 270.

A intensificação do processo de globalização¹¹⁴ verificada nas últimas décadas – a qual será analisada em maior profundidade em relação ao subsistema econômico na Seção 2.1 – parece oferecer um novo contexto e requerer uma releitura da teoria dos sistemas teubneriana. A perda de soberania em relação ao subsistema econômico globalizado¹¹⁵ demonstra que o processo de diferenciação funcional reduziu a capacidade de coordenação do Estado, minando o projeto do *welfare state* de manter influência sobre todos os subsistemas sociais. Em virtude dessa fuga dos subsistemas sociais globalizados da esfera de influência direta do Estado, novos desafios são colocados para o direito público, especialmente em relação aos subsistemas político e econômico. Nas palavras do próprio Teubner, “[q]uando sistemas funcionais se tornam globais, assim se libertando da dominação política do Estado-nação, não há mais autoridade para definir seus limites, restringir suas tendências centrífugas ou regular seus conflitos”.¹¹⁶

Neves parece concordar com o diagnóstico de Teubner ao caracterizar a sociedade mundial “como uma sociedade que se desenvolve primariamente com base nas expectativas cognitivas (economia, ciência, técnica)”,¹¹⁷ o que o leva a afirmar o primado da economia e do seu código *ter/não-ter*¹¹⁸ no plano estrutural. No plano semântico (da autodescrição da sociedade mundial), por outro lado, Neves atribui o primado ao subsistema das *comunicações de massa*, que se reproduz com base no código *informação/não-informação* e atua na seleção de autodescrições possíveis para a sociedade. Assim, as experiências cognitivas dos diversos subsistemas sociais (economia, direito, política, ciência, etc.) somente ganham relevância significativa na *opinião pública* quando seletivamente filtradas pela mídia, o que não equivale a dizer que tais subsistemas passam a se reproduzir de acordo com a racionalidade midiática,

¹¹⁴ Por “*ter uma forte carga prescritiva, no âmbito de uma discussão ideológica carregada*”, NEVES (2009) distingue o conceito de globalização do que chama de *sociedade mundial*, de cuja intensificação resultaria aquela (*op. cit.*, p. 27).

¹¹⁵ “[...] *se antes eram os Governos estatais que guiavam e condicionavam a economia, hoje, aos Estados contemporâneos, muitas vezes, nada resta que não atuem reativamente ou adaptem-se aos efeitos dos movimentos econômicos globais, estes em larga medida supraestatais.*” BAPTISTA, Patricia. A evolução do Estado Regulador no Brasil: desenvolvimento, globalização, paternalismo e judicialização. In: FREITAS, Daniela B. de; VALLE, Vanice R. L. do (Coord.). *Direito Administrativo e Democracia Econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 69-70.

¹¹⁶ TEUBNER (2012), *op.cit.*, p. 42.

¹¹⁷ NEVES (2009), *op. cit.*, p. 28.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 28-29.

mas tão somente que sua capacidade de influenciar o ambiente é diretamente determinada pelos meios de comunicação de massa.¹¹⁹

Enquanto a economia e as comunicações de massa há muito se estabeleceram como subsistemas sociais globais, não dependendo de segmentação territorial para se reproduzir,¹²⁰ o direito e a política permaneceram essencialmente confinados às fronteiras dos Estados, tendo suas comunicações com o ambiente global sido tradicionalmente estruturadas como meras relações *inter-nacionais* (por meio do direito internacional público e privado), e não como processos políticos e jurídicos verdadeiramente *transnacionais*.¹²¹ Nas palavras de Luhmann, “o acoplamento estrutural do sistema político e do sistema jurídico através de Constituições não tem correspondência no plano da sociedade mundial”.¹²² Com efeito, a co-ordenação¹²³ do subsistema econômico verdadeiramente globalizado torna-se problemática, mas essa é apenas uma face do problema; Teubner atenta também para a criação de uma tensão entre a *autogênese* de sistemas sociais globais autônomos e a sua *constitucionalização* político-jurídica. Em outras palavras, o desafio é se e como os subsistemas sociais globalizados vão atingir um adequado nível de autonomia sem o suporte dos institutos político-jurídicos necessários (como visto na seção 1.5) e num cenário em que o subsistema político do Estado-

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 29-30. Políticas públicas podem buscar estimular e promover a diversificação de experiências e pontos de vista, de modo a ampliar as oportunidades para a formação de preferências individuais dos cidadãos. A intervenção estatal no subsistema de comunicações de massa muitas vezes pode tentar garantir que interesses controversos e contrapostos não sejam ignorados na cobertura jornalística de discussões públicas relevantes. Nos Estados Unidos, um exemplo foi a “*muito criticada e agora amplamente abandonada*” *fairness doctrine*, que, nas palavras de Cass Sunstein, “*requeria que emissoras cobrissem questões controversas e assegurassem a abordagem de visões antagônicas. A fairness doctrine funcionou como um corretivo excepcionalmente brando para um mercado de transmissões em que a maioria dos telespectadores assiste a programas que raramente tratam de problemas sérios; frequentemente são sensacionalistas, erotizantes, desumanizantes ou banais; refletem e perpetuam uma versão amena e diluída das visões mais convencionais sobre política e moralidade; são excessivamente influenciados pelos interesses dos anunciantes; e são às vezes recheados de violência, sexismo e racismo. Em vista dos inevitáveis efeitos desta programação sobre o caráter, crenças e mesmo conduta, parece improvável que a omissão governamental seja sempre apropriada numa democracia constitucional; o oposto é que parece verdadeiro.*” SUNSTEIN, Cass R. *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*. Cambridge: Harvard University Press, 1990, p. 61. No Brasil, uma defesa da regulação social da imprensa é feita por Daniel Sarmiento: “*Com efeito, infere-se da Carta de 88 o dever constitucional do Estado de agir para tornar efetivos [sic] a democracia e a autonomia comunicativa de todos os cidadãos, através da promoção e do controle do pluralismo externo e interno dos meios de comunicação social.*” SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado. In: *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 298.

¹²⁰ NEVES (2009), *op. cit.*, p. 28-29.

¹²¹ TEUBNER (2012), *op. cit.*, p. 43.

¹²² LUHMANN, Niklas. *Die Politik der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2005, p. 222, *apud* NEVES (2009), *op. cit.*, p. 31.

¹²³ No sentido de acoplamento estrutural ou racionalidades transversais parciais, distintamente da *coordenação* do *welfare state*.

nação dificulta os processos de constitucionalização global em decorrência da limitação territorial de suas estruturas.¹²⁴

É aqui que reside a principal divergência entre Teubner e Neves. Se no plano interno dos Estados-nação é possível aproximar suas teorias, no plano externo elas se distanciam, embora ainda sejam conciliáveis. Teubner considera que a globalização conduziu ao desenvolvimento da racionalidade própria do subsistema jurídico (caracterizado pela *rule of law* e pelo *due process of law*) em diversos domínios de comunicação, de modo que os procedimentos específicos do direito deixaram de se vincular unicamente ao Estado-nação, enfraquecendo a noção de Constituição como acoplamento estrutural dos subsistemas político e jurídico.¹²⁵ Com a emancipação do direito em relação ao Estado, tais procedimentos passaram a ser identificados também no âmbito das *aldeias globais*, enfatizando a pluralidade heterárquica dessas ordens jurídicas (em contraposição à hierarquia e à unidade do direito no Estado-nação).¹²⁶ Neves, por sua vez, avalia que o processo de constitucionalização societal na sociedade mundial ainda é sensivelmente deficitário, uma vez que o subsistema jurídico é frequentemente instrumentalizado pelas racionalidades expansivas de outros subsistemas sociais globais (como a *lex mercatoria* para a economia, a *lex digitalis* para a internet, a *lex sportiva* para o esporte, etc.), o que o leva a afirmar que não seria adequado definir o acoplamento entre as ordens jurídicas transnacionais e os sistemas funcionais globais como uma constitucionalização destes últimos, mas sim nos termos de sua teoria *transconstitucional*.¹²⁷ No entanto, a despeito da crítica de Neves – pertinente para o desenvolvimento do seu conceito de transconstitucionalismo –, o presente trabalho adota a teoria do constitucionalismo societal de Teubner, uma vez que este parece ter desenvolvido ferramentas mais específicas para a análise das crises econômicas (como a de 2008), como será demonstrado a seguir.

1.1.8 Crises globais como cenário para a emergência do pluralismo constitucional

Nos Estados-nação, os processos de *autogênese* e *constitucionalização* dos subsistemas sociais ocorreram simultaneamente, tendo o território servido de base não apenas para a Constituição, mas também para as constituições societais dos subsistemas sociais, uma

¹²⁴ TEUBNER (2012), *op.cit.*, p. 43.

¹²⁵ NEVES (2009), *op. cit.*, p. 108.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 109.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 112-113.

vez que a infraestrutura político-jurídica que suporta suas autonomias opera na mesma área geográfica. No entanto, a globalização gera uma tensão entre os subsistemas sociais não limitados a um território específico – como a economia– e suas constituições, limitadas por tais fronteiras: embora a comunicação econômica seja global, as constituições econômicas são nacionais. Isso vem gerando pressões no sentido da *desterritorialização* das constituições econômicas, como demonstra o surgimento de diversas novas searas constitucionais:

[...] não há alternativa senão o reconhecimento de um considerável número de instituições transnacionais como searas constitucionais. [...] se pretendemos compreender as realidades globais, teremos que considerar três pontos: (1) O Estado-nação não mais pode ser visto como a única seara constitucional; (2) A fragmentação da sociedade global em regimes funcionalmente definidos é hoje uma realidade; e (3) Não apenas as instituições públicas em sentido estrito são constitucionalizadas; isto também deve ser reconhecido em relação a instituições do setor privado.¹²⁸

Além disso, o processo de globalização de alguns subsistemas sociais – notadamente o econômico – restringiu-se quase exclusivamente às condições institucionais necessárias para sua *autonomia*, de modo a superar os obstáculos que as fronteiras territoriais dos Estados-nação impõem ao estabelecimento de uma intercomunicação sistêmico-específica de alcance global.¹²⁹ Teubner associa este processo ao *Consenso de Washington*, conjunto de diretrizes adotado por diversos Estados¹³⁰ que representou a *constituição econômica* do neoliberalismo.¹³¹ O Consenso de Washington ajudou a dismantelar muitos limites impostos pelos Estados à dinâmica de funcionamento dos subsistemas sociais,¹³² que, livres de restrições territoriais, puderam passar a perseguir a maximização de suas próprias racionalidades num nível global, o que liberou forças destrutivas representadas pelos conflitos entre estas racionalidades transversais parciais e outras dinâmicas sociais¹³³ (em processo semelhante ao que Neves chama de *imperialismo da racionalidade*).

Esse foco restrito ao aspecto *constitutivo* do subsistema econômico global não pode ser sustentavelmente mantido no longo prazo, e a crise econômico-financeira de 2008 representou o ponto de inflexão a partir do qual o aspecto *limitativo* dos subsistemas sociais

¹²⁸ TEUBNER (2012), *op.cit.*, p. 73.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 76-77.

¹³⁰ Sobre o tema, cf. HOBBSAWM, Eric. *Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991*. 2ª ed. Trad. de Marcos Santarrita. São Paulo: Cia. das Letras, 1995, p. 398.

¹³¹ TEUBNER (2012), *op. cit.*, p. 77.

¹³² Como analisaremos na Seção 1.3.

¹³³ TEUBNER (2012), *op. cit.*, p. 77-78.

globalizados precisa ganhar proeminência. Isso levantou a pergunta mais importante da contemporaneidade para a teoria dos sistemas: o processo de diferenciação funcional dos subsistemas sociais necessariamente leva a autorreprodução (autopoiesis) normal de um sistema a se transformar numa compulsão por crescimento e expansão ilimitados?¹³⁴

Uma leve *tendência inflacionária* na produção de símbolos seria uma característica normal de um sistema social autopoietico, mas muitos sistemas têm sucumbido a um processo de *turbo-autopoiese* capaz de gerar instabilidade e crises entre os sistemas, o que leva Stichweh a afirmar que “*uma manifestação proeminente de crises em sistemas funcionais consiste nos processos de inflação e deflação de seus símbolos constitutivos*”.¹³⁵

A inflação na produção de símbolos não é, no entanto, um problema exclusivo da economia. No subsistema jurídico, por exemplo, o direito não resolve os conflitos sociais a ele apresentados e retorna a uma posição de latência; na verdade, as próprias normas jurídicas, através de suas intervenções na vida social, produzem situações que ensejam novos conflitos. Ao mesmo tempo, as normas também geram conflitos quanto à sua correta interpretação, requerendo a produção de mais normas. Por fim, o elevado volume de normas gerado produz conflitos entre elas próprias.¹³⁶ No subsistema científico algo semelhante pode ser verificado: o desenvolvimento de pesquisas gera cada vez mais incertezas, que só podem ser eliminadas por mais pesquisas, que por sua vez geram ainda mais incertezas, e assim por diante.¹³⁷

Ambos os exemplos indicados acima refletem, contudo, um processo inflacionário tido como normal nos sistemas autopoieticos. É necessário identificar, portanto, quais dinâmicas aceleram o destrutivo processo de turbo-autopoiese. Para Teubner, (a) as colisões entre as racionalidades internas dos diversos subsistemas sociais, (b) as colisões entre as racionalidades internas e uma racionalidade compreensiva de toda a sociedade, e (c) as colisões entre a tendência inflacionária dos subsistemas e sua própria autorreprodução têm potencial de gerar catástrofes sociais, o que o leva a afirmar, com Luhmann, que a ocorrência de catástrofes é contingente nas sociedades contemporâneas.¹³⁸

A prevenção dessas catástrofes potenciais dependerá do surgimento de estruturas que contraponham o processo de retroalimentação inflacionário dos subsistemas sociais. Quando as contingências se materializam, tornando iminente o colapso de um ou vários subsistemas

¹³⁴ *Ibid.*, p. 79. No mesmo sentido, cf. TEUBNER (2011), *op. cit.*, p. 3-42

¹³⁵ STICHWEH, *op. cit.*, p. 46.

¹³⁶ TEUBNER (2012), *op. cit.*, p. 80.

¹³⁷ *Loc. cit.*

¹³⁸ *Ibid.*, p. 81.

sociais, ocorre o que Teubner chama de *momento constitucional*, em que a autocorreção ou limitação do processo de maximização das racionalidades somente parece ser possível no último minuto, quando são gerados os processos de autocrítica que apontam na direção da autolimitação.¹³⁹ Isso não ocorre apenas na economia: a concepção das revoluções científicas como *mudança de paradigmas*, de Thomas Khun,¹⁴⁰ sustenta que os paradigmas vigentes toleram aberrações, minimizando-as como meras anomalias, até o momento em que o volume de anomalias é tão grande que o paradigma perde a capacidade de explicar consistentemente um determinado fenômeno. Nesse *momento constitucional*, a iminência de uma “catástrofe” gera uma mudança do paradigma.¹⁴¹

O processo de diferenciação funcional dos subsistemas transformou a unidade ampla e indiferenciada das sociedades pré-modernas numa variedade de subsistemas sociais fragmentados, cujas energias, por não encontrarem limites internos, vêm gerando um enorme crescimento de tais subsistemas. Este processo possibilitou grandes avanços civilizatórios nos subsistemas (ciência, economia, política, artes, etc.), mas o descontrole de sua dinâmica pode levar a situações de catástrofe – os momentos constitucionais – que, por sua vez, permitem o aprendizado coletivo e o autocontrole,¹⁴² como ocorreu em relação ao subsistema político em 1945:

Na política internacional, o ano de 1945 é o paradigma. Foi o momento constitucional para a proclamação de direitos humanos ao redor do mundo após as práticas desumanizantes do totalitarismo político, o momento em que o poder político ao redor do mundo estava preparado para limitar a si próprio. De forma semelhante, 1789 e 1989 foram momentos em que, após um período de tendências expansionistas destrutivas, a política limitou a si própria através do firme estabelecimento da separação de poderes e direitos fundamentais nas constituições políticas.¹⁴³

Este é, portanto, o principal problema da diferenciação funcional na contemporaneidade, após o amplo reconhecimento da autonomia dos subsistemas sociais. Não se trata mais de indagar quais são as condições institucionais para que eles se tornem

¹³⁹ *Ibid.*, p. 82.

¹⁴⁰ KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 5ª ed. Tradução de Beatriz V. Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1998. A noção kuhniana dos paradigmas também já foi adotada como exemplo no Direito Administrativo por BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 26-29.

¹⁴¹ TEUBNER (2012), *op. cit.*, p. 82.

¹⁴² *Ibid.*, p. 83.

¹⁴³ *Loc. cit.*

autônomos – o que vem sendo causado pelo processo de globalização –, mas sim como limitar sua expansão desenfreada.

Esses pressupostos teóricos permitirão uma releitura das relações entre o direito, apolítica e a economia no mundo globalizado de uma perspectiva sistêmico-teórica, assim como da crise econômico-financeira de 2008.

1.2 Direito, política e economia na constituição econômica brasileira

1.2.1 Constituição dirigente e ordem econômica

Há pouca margem para se discordar da tese de que a Constituição Brasileira de 1988 é uma constituição dirigente, no sentido de que, além de estabelecer garantias de liberdade individual contra o arbítrio estatal, ela também prescreve finalidades públicas a serem perseguidas.¹⁴⁴ A Carta de 1988 parece oferecer um projeto de desenvolvimento econômico e social que vincula o legislador não apenas negativamente (ante as liberdades individuais), mas também – e principalmente – positivamente em relação aos objetivos que compete ao Estado promover.¹⁴⁵

Dispositivos como o artigo 3º do texto constitucional¹⁴⁶ demonstram que o constituinte originário quis superar a visão da constituição como mera reserva de garantias individuais e normas de organização estatal, para também definir os valores que devem nortear a sociedade. Embora o fenômeno do dirigismo constitucional não seja recente,¹⁴⁷ é possível identificar uma relação entre eles e dois dos principais traços do direito constitucional contemporâneo (ou *neoconstitucionalismo*): o surgimento do *pós-positivismo* e o *reconhecimento de normatividade* à constituição.¹⁴⁸

¹⁴⁴ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 36.

¹⁴⁵ SARMENTO; SOUZA NETO, *op. cit.*, p. 58.

¹⁴⁶ “Art. 3º *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*”

¹⁴⁷ Os clássicos exemplos de constituições dirigentes foram a Mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919.

¹⁴⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 243 e seguintes.

Nopós-positivismo – caracterizado como *marco filosófico* do neoconstitucionalismo – busca-se “a ligação entre o Direito e a Moral por meio de princípios jurídicos muito abertos, aos quais é reconhecido pleno caráter normativo”.¹⁴⁹ Já o reconhecimento da normatividade da Constituição – um dos *marcos teóricos* centrais do neoconstitucionalismo – resulta na eficácia jurídica e na imperatividade das normas constitucionais, de modo que elas possam ser coercitivamente aplicadas pelo Poder Judiciário em caso de sua inobservância pelo Estado e pelos particulares.¹⁵⁰ Portanto, a imposição, pela Constituição, de deveres estatais de promoção de determinados fins e valores – característica típica do *dirigismo constitucional* – reflete as duas citadas dimensões do neoconstitucionalismo, na medida em que valores morais são alçados ao centro do ordenamento, na forma de princípios jurídicos, e têm, ao mesmo tempo, sua normatividade amplamente reconhecida.

No caso brasileiro, cumpre notar que a previsão de finalidades públicas no texto constitucional não é uma novidade trazida pela Constituição de 1988. No que respeita especificamente ao sistema econômico, as Constituições de 1934,¹⁵¹ 1946¹⁵² e 1967 (alterada pela Emenda nº 1, de 17 de outubro de 1969)¹⁵³ já continham previsão específica de objetivos a serem buscados pelo Estado, elencados em seções dedicadas ao tratamento da ordem econômica e social. A grande diferença da Constituição de 1988 em relação às Cartas pretéritas foi, portanto, o amplo reconhecimento da normatividade dos princípios e a superação da *insinceridade normativa*,¹⁵⁴ de modo que a promoção das finalidades econômicas elencadas no seu texto ganhou ares de imperatividade positiva – *i.e.* a ser

¹⁴⁹ SARMENTO; SOUZA NETO, *op. cit.*, p. 201. Para uma concisa e interessante exposição de um dos principais teóricos do pós-positivismo jurídico sobre seu nascimento no cruzamento entre o positivismo e o jusnaturalismo, v. DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 400 e seguintes.

¹⁵⁰ BARROSO (2002), Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 89.

¹⁵¹ “Art 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.”

¹⁵² “Art 145 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.”

¹⁵³ “Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: I - liberdade de iniciativa; II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III - função social da propriedade; IV - harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção; V - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros; e VI - expansão das oportunidades de emprego produtivo.”

¹⁵⁴ Para Barroso, a insinceridade normativa decorre do fato de não ser “incomum a existência formal e inútil de Constituições que invocam o que não está presente, afirmam o que não é verdade e prometem o que não será cumprido” (p. 61).

promovida pelo Estado. Com efeito, o constitucionalismo contemporâneo alargou materialmente o conteúdo da Lei Fundamental, em especial no que diz respeito à estruturação da realidade econômica do Estado.¹⁵⁵

Neste sentido, Eros Grau afirma que a expressão *ordem econômica* inscrita no art. 170 da Carta de 1988 deve ser lida com conteúdo normativo, e não meramente descritivo do sistema econômico, ao contrário do que a literalidade do dispositivo – que adota uma linguagem descritiva – pode levar a crer.¹⁵⁶ Ainda de acordo com Grau, a ordem econômica é

[...] o conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica. Assim, ordem econômica, parcela da ordem jurídica (mundo do dever-ser), não é senão o conjunto de normas que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo do ser).¹⁵⁷

Uma visão teórico-sistêmica sobre a utilização desta linguagem descritiva do artigo 170 da Carta de 1988 pode sugerir, contudo, um cuidado implícito do constituinte, ao reconhecer que o subsistema econômico é dotado de um código-diferença binário e deracionalidade interna próprios (daí a linguagem parcialmente descritiva), e que a constitucionalização deste subsistema deve observar cuidados para que um eventual imperialismo da racionalidade política não resulte na substituição da reprodução autopoiética do subsistema econômico por uma reprodução exclusivamente alopoiética. Como visto anteriormente, a expansão imperialista da racionalidade do subsistema político é uma característica típica dos Estados totalitários, que, embora reconheçam os demais subsistemas sociais (economia, direito, ciência, arte, etc.), buscam sujeitá-los ao controle político estatal centralizado, sufocando, no longo prazo, a dinâmica da diferenciação funcional¹⁵⁸ – o que gera efeitos potencialmente explosivos, como pretendemos demonstrar ao longo deste trabalho.

1.2.2 Criação e desenvolvimento do conceito de constituição econômica na Alemanha

¹⁵⁵ HORTA, Raul Machado. Constituição e Ordem Econômica e Financeira. *Revista de Informação Legislativa*. 111, julho-setembro de 1991, Brasília.

¹⁵⁶ “É que a expressão ‘ordem econômica’, ao ser utilizada como termo de conceito de fato, para conotar o modo de ser empírico de determinada economia concreta, apresenta essa mesma economia, realidade do mundo do ser, como suficientemente normatizada. [...] Daí por que essa realidade, por já se manifestar no mundo dos fatos de modo ordenado (auto-ordenado), regulada (autorregulada), prescindiria de qualquer outra ordenação ou regulação.” GRAU, *op.cit.*, p. 66.

¹⁵⁷ GRAU, *op. cit.*, p. 70.

¹⁵⁸ TEUBNER (2012), *op. cit.*, p. 21-23.

O surgimento do conceito de *constituição econômica* é atribuído à doutrina alemã e precede a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann e seu desenvolvimento por Gunther Teubner (entre outros). Além disso, a importância da análise do desenvolvimento do conceito pela doutrina e jurisprudência germânicas interessam especialmente ao observador brasileiro em vista das semelhanças entre os ordenamentos jurídicos dos dois países – ambos Estados Federais com constituições rígidas analíticas.

O termo alemão equivalente à expressão *constituição econômica* – *Wirtschaftsverfassung* – foi inicialmente registrado em obras da escola fisiocrática, no século XVIII, e também foi utilizado por alguns autores do século XIX, embora sem um significado bem definido.¹⁵⁹ Somente na primeira metade do século XX o conceito ganhou atenção da doutrina alemã (ainda na acepção anterior à teoria dos sistemas teubneriana), o que ocorreu em virtude do então inovador caráter dirigente da Constituição de Weimar, especialmente pela extensão com que a ordem econômica foi tratada em seu texto.¹⁶⁰ Em vista disso, Knut W. Nörr afirma que o conceito de *constituição econômica* jamais poderia ter surgido no século XIX, uma vez que sua apreensão requer a visão do sistema econômico como uma unidade coerente, que se relaciona intimamente com o poder do Estado, o que seria incompatível com a ideologia liberal então reinante.¹⁶¹ Traduzindo para uma linguagem sistêmico-teórica de inclinação teubneriana, isso equivale a dizer que somente caberia a referência a uma *constituição econômica* se ela não apenas promovesse a autonomia do subsistema em relação ao ambiente (como propunha o liberalismo econômico oitocentista), mas também estabelecesse limitações da dinâmica interna deste subsistema por meio de um acoplamento estrutural com o subsistema jurídico.¹⁶²

¹⁵⁹ NÖRR, Knut Wolfgang. “Economic Constitution”: On the Roots of a Legal Concept. *Journal of Law and Religion*, vol. 11, n. 1. (1994-1995), p. 343. Para Nörr, o conceito e sua origem estão profundamente imbricados com a história do pensamento econômico e com a teoria da constituição na Alemanha da primeira metade do século XX, em que o Estado se viu envolvido em diversas mudanças de regime político, duas malfadadas guerras, ampla crise econômica e necessidade de sua própria reconstrução democrática após a última derrota, eventos que ensejaram longo, amplo e profundo debate político e acadêmico sobre o modelo econômico a ser adotado, o que difere do que ocorreu em relação à Constituição brasileira de 1988. Conforme será analisado mais adiante, a adoção de princípios econômicos contrapostos pela Carta de 1988 decorreu menos de um debate com características semelhantes àquele da Alemanha do que da dinâmica de instituição e trabalho da Assembleia Constituinte.

¹⁶⁰ GRAU, *op. cit.*, p. 77.

¹⁶¹ “Mas, se olharmos para as ideias econômicas do século XIX e como os ensinamentos de Adam Smith se espalharam pela Prússia e Alemanha, sobretudo na chamada Escola do Livre-Mercado, é óbvio que não havia como aplicar o conceito de *constituição econômica*. A razão para isso era simplesmente a premissa de que o Estado devia ser mantido completamente afastado da economia.” NÖRR, *op. cit.*, p. 345.

¹⁶² NEVES (2009), *op. cit.*, p. 110.

Ainda nesta visão sistêmico-teórica, não se nega que as “constituições econômicas” liberais do século XVIII e início do século XIX já contivessem institutos contratuais, de propriedade, monetários e de concorrência, mas tais conceitos não retiravam sua legitimidade de acoplamento estruturais realizados com decisões políticas da sociedade (*i.e.* o subsistema político), e sim da lógica interna de funcionamento do subsistema econômico, que era vista como inexorável – o que explica seu imperialismo sobre o subsistema político.¹⁶³ Em outras palavras, conceitos econômicos eram tomados como dados e “constitucionalizados” na constituição econômica sem nenhuma interferência do subsistema político.

A relação mantida pela constituição econômica especificamente com o subsistema jurídico era ainda mais desequilibrada em favor da economia, como demonstram os direitos fundamentais liberais, de primeira geração, exclusivamente voltados para a proteção da esfera de liberdade econômica contra eventuais tendências expansionistas do Estado; com efeito, tais “constituições econômicas” impediam qualquer tendência de expansão da racionalidade política ou jurídica, ao mesmo tempo em que eram cegas ao imperialismo econômico, cometendo o erro de tentar integrar a sociedade pela institucionalização de mecanismos de mercado em todas as áreas sociais.¹⁶⁴¹⁶⁵

O sustentáculo teórico deste imperialismo da racionalidade econômica foi o seu suposto caráter científico, que elevaria a constituição econômica a um nível acima da Constituição do Estado, o que levanta, para Teubner, as seguintes perguntas:

Como pode uma teoria cognitiva que oferece explicações e previsões causais criar legitimidade normativa? Os debates e decisões “políticos” não são necessários para cobrir o salto do caráter cognitivo ao normativo? Quão estável é uma constituição fundada na ciência se confrontada com controvérsias que não podem ser resolvidas dentro da ciência?¹⁶⁶

Tais perguntas revelam que o fundamento científico da “constituição econômica” liberal contém uma decisão política mascarada, cujo não reconhecimento explícito invariavelmente cria um déficit de legitimidade que não pode ser resolvido pelo discurso

¹⁶³ TEUBNER (2012), *op. cit.*, p. 31.

¹⁶⁴ *Loc. cit.*

¹⁶⁵ Para uma poderosa crítica da institucionalização de mecanismos de mercado em outros subsistemas sociais (embora numa perspectiva diversa da teoria dos sistemas), cf. SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Trad. de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 50.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 32.

supostamente científico, associado a uma suposta *expertise* profissional e a mecanismos de mercado.¹⁶⁷

Já no alvorecer do século XX, antes mesmo da crise de 1929, a superação do Estado liberal oitocentista era prenunciada pelo surgimento, a partir de 1914, das *economias de guerra*, que exigiram, através da ampla disciplina pública da economia, a mobilização de todos os agentes econômicos no chamado *esforço de guerra*.¹⁶⁸ Foi com a Grande Depressão do período entreguerras, contudo, que o liberalismo econômico sofreu seu mais duro revés até então, com sua expulsão do cenário político por mais de meio século.¹⁶⁹ A retração econômica sem precedentes desde o advento do capitalismo impôs a necessidade de que os Estados intervissem radicalmente na economia para tentar debelar os efeitos deflagrados pela crise. Os fundamentos para esta radical mudança na relação entre o Estado e a economia foram fornecidos, no plano teórico-econômico, pelas teorias de John Maynard Keynes, e no plano político e jurídico por dois eventos distintos, mas intimamente relacionados: (a) nos Estados Unidos da América, onde não houve a promulgação de nova Lei Fundamental, pelas reformas políticas implementadas através do *New Deal*;¹⁷⁰ e (b) na Alemanha, pela promulgação da Constituição (dirigente) de Weimar.

É neste contexto histórico que se pode situar o surgimento do conceito *pré-sistêmico-teórico* de constituição econômica. As constituições liberais oitocentistas podiam prescindir da disciplina constitucional do sistema econômico, uma vez que a ordem econômica liberal existente no *mundo do ser* (i.e. o subsistema econômico) não carecia de reparos. No entanto, a superação histórica do Estado liberal oitocentista pelo *welfare state* foi instrumentalizada em diversos países com a adoção de Constituições dirigentes, que passaram a prever expressamente a possibilidade de intervenção estatal no domínio econômico mediante a implementação de políticas públicas diversas.¹⁷¹

No caso da Alemanha, a Constituição de Weimar substituiu a “constituição econômica” liberal por um amplo dirigismo estatal apoiado na criação de associações setoriais e regionais de trabalhadores e empresários, com a intenção de assegurar a cooperação de

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 33.

¹⁶⁸ VENANCIO FILHO, Alberto. *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: O Direito Público Econômico no Brasil*. Ed. fac-similar. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 11.

¹⁶⁹ HOBBSAWM, *op. cit.*, p. 99.

¹⁷⁰ Para uma análise de algumas das reformas implementadas pelo New Deal nos EUA e seus efeitos, cf. SUNSTEIN, Cass. *O Constitucionalismo Após o New Deal*. In: MATTOS, Paulo (Coord.). *Regulação Econômica e Democracia: O Debate Norte-Americano*. São Paulo: Ed. 34, 2004, p. 131-242.

¹⁷¹ GRAU, *op. cit.*, p. 71.

todos os elementos produtivos na direção do interesse público, como lia o art. 156 da Carta.¹⁷² Observe-se, no entanto, que as disposições mais corporativistas da constituição econômica de Weimar nunca chegaram a ganhar efetividade. Como registrou Knut W. Nörr, o projeto teve que se curvar à realidade: a constituição econômica idealizada propunha um programa que não tinha nenhum ponto de contato com a ordem econômica (do *mundo do ser*) da Alemanha,¹⁷³ num interessante exemplo do conflito entre a vocação transformadora da Lei Fundamental e o *otimismo juridicizante*.¹⁷⁴ Isso revela que a constituição do subsistema econômico (assim como de qualquer outro subsistema) não pode ser exclusivamente determinada pelo direito, como pretendemos demonstrar adiante.

Mais do que apenas isso, a constituição econômica trazida pela Lei Fundamental de Weimar era profundamente vinculada à visão político-ideológica de Hugo Sinzheimer, jurista e parlamentar pelo Partido Social-Democrata que relatou a seção sobre a ordem econômica no comitê de elaboração do texto constitucional, o que desencorajou o aprofundamento e desenvolvimento do conceito por juristas de outras correntes, talvez por julgarem que a teorização da constituição econômica já havia sido previamente colonizada por uma visão ideológica dirigente, intervencionista e corporativista.¹⁷⁵

No entanto, com a posterior promulgação da Lei Fundamental de Bonn, o constituinte originário alemão buscou superar os problemas enfrentados pela Constituição de Weimar, e o conceito de constituição econômica recobrou destaque no debate teórico, embora ainda numa concepção prévia à teoria dos sistemas. O contexto das relações político-econômicas globais após a Segunda Guerra Mundial, polarizado nas esferas de influência do capitalismo dos Estados Unidos da América e no socialismo da União Soviética, e o caráter provisório da Lei Fundamental (baseado na esperança da reunificação alemã, conforme estabelecia o artigo 146

¹⁷² “Artigo 156. [...] Em caso de urgente necessidade, o Reich poderá ainda promover a união de empresas e sindicatos para o benefício do bem-estar social e com o objetivo de assegurar a cooperação de todos os setores produtivos, de modo a integrar empregadores e empregados na administração, de modo a regular a produção, distribuição, uso, precificação, importação e exportação de mercadorias de acordo com os princípios da economia social [...]”

¹⁷³ NÖRR, *op. cit.*, p. 350.

¹⁷⁴ “Tome-se aqui para exame, arrematando a argumentação, a questão do denominado ‘otimismo juridicizante’ de certas normas constitucionais, para utilizar a expressão de Verdu. Até hoje não se elaborou um mecanismo para neutralizar os excessos do constituinte, originário ou revisional, sem que com isso se comprometa o caráter normativo do Texto. Ao deparar com normas manifestamente inexecutáveis, o intérprete tende a negar o seu caráter vinculativo, distorcendo, por esse raciocínio, o teor de juridicidade da norma constitucional.” BARROSO (2002), *op. cit.*, p. 80.

¹⁷⁵ NÖRR, *op. cit.*, p. 350.

do texto)¹⁷⁶ contribuíram para que o constituinte evitasse consagrar um determinado *meio de produção* econômico na Carta em detrimento de outros, impedindo, assim, a criação de um compromisso constitucional demasiadamente identificado com uma linha ideológica (capitalismo ou socialismo), mediante a adoção de uma espécie de neutralidade econômica.¹⁷⁷

Conforme registrou Eros Roberto Grau, os principais dispositivos contidos na Lei Fundamental de Bonn sobre a ordem econômica não veiculavam disposições diretivas ou programáticas, o que ensejou um rico debate doutrinário sobre um possível conflito na constituição econômica, o qual contrapôs diversas correntes: (a) aqueles para quem a Lei Fundamental atribuíra um dever de neutralidade ao legislador; (b) outros para quem o legislador não estaria impedido de moldar as instituições sociais à maneira de um determinado sistema econômico, observados alguns limites constitucionais; e (c) outros ainda para quem a Lei Fundamental conteria uma decisão econômica fundamental por uma economia social de mercado ou uma constituição econômica mista (envolvendo elementos de livre funcionamento dos mercados com o dirigismo estatal da economia).¹⁷⁸

Instado a se manifestar sobre o conceito de constituição econômica na Lei Fundamental de Bonn, o Tribunal Constitucional alemão confirmou, em 1954, que a Carta deveria ser interpretada como aberta e neutra, cabendo ao legislador ordinário a tomada das decisões econômicas,¹⁷⁹ restando assim reconhecido o direito das maiorias ocasionais de ditar democraticamente os rumos da economia, observados os limites constitucionais relativos aos direitos fundamentais. Mais recentemente, referido direito de determinação dos rumos da política econômica pelas maiorias teve destaque na avaliação da constitucionalidade que o Tribunal Constitucional da Alemanha¹⁸⁰ fez do *European Stabilization Mechanism* (ESM),¹⁸¹

¹⁷⁶ “Artigo 146. [Vigência da Lei Fundamental] Esta Lei Fundamental, que a partir do alcance da unidade e liberdade da Alemanha aplicar-se-á a todo o povo alemão, deverá cessar sua produção de efeitos no dia em que uma constituição livremente adotada pelo povo alemão entrar em vigor.”

¹⁷⁷ “Com o problema da reunificação, com o alcance de uma unidade na Europa Ocidental, a energia atômica e a automatização como problemas revolucionários da industrialização, pensava-se que os anos posteriores a 1948 não são os mais adequados para uma imortalização constitucional de sistemas econômicos.” EHMKE, Horst. *Economía y Constitución. Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 5, Enero-Junio de 2006, p. 343.

¹⁷⁸ GRAU, *op. cit.*, p. 80.

¹⁷⁹ BERCOVICI, *op. cit.*, p. 15.

¹⁸⁰ Na sessão de 12 de setembro de 2012 foram julgados os casos 2 BvR 1390/12, 2 BvR 1421/12, 2 BvR 1438/12, 2 BvR 1439/12, 2 BvR 1440/12, e 2 BvE 6/12. Uma tradução para o inglês dos trechos mais importantes do acórdão está disponível na página da Corte na internet, em: <http://www.bverfg.de/en/decisions/rs20120912_2bvr139012en.html>, acesso em: setembro de 2012.

¹⁸¹ O Tratado que criou o ESM foi originalmente celebrado pelos ministros das finanças de 17 países da zona do euro em 11 de julho de 2011. No entanto, uma versão modificada do Tratado, incorporando emendas elaboradas com o objetivo de melhorar a eficácia do ESM, foi celebrada em Bruxelas em 2 de fevereiro de

um órgão de socorro para os países da zona do euro em dificuldades financeiras que vai gerenciar um fundo de auxílio de €500 bilhões, capitalizado mediante contribuições de cada Estado membro da União Europeia, calculadas de acordo com o mesmo critério de capitalização do Banco Central Europeu (correspondente ao percentual da população e do produto interno bruto de cada país no agregado da zona do euro).

O objetivo das ações propostas perante a Corte alemã era impedir que o Presidente da República Federal da Alemanha promulgasse as normas que ratificavam o tratado que criou o ESM.¹⁸² A Corte Constitucional, no entanto, reconheceu uma ampla e legítima margem de atuação do Estado na assunção do compromisso perante o ESM e na condução de sua política econômica nos seguintes termos:

Haverá uma violação do artigo 38 (1) da Lei Fundamental especialmente se o Parlamento Alemão renunciar a sua responsabilidade orçamentária de modo que ele próprio ou uma legislatura futura não mais possam exercer o direito de decidir sobre o orçamento de maneira autônoma (BVerfGE 129, 124 <177>). **A decisão sobre receitas e despesas públicas é uma característica fundamental do poder de um Estado constitucional desenhar a si mesmo** (cf. BVerfGE 123, 267 <359>). **O Parlamento Alemão deve, portanto, tomar decisões sobre receitas e despesas respondendo ao povo.** Neste liame, o direito de decidir sobre o orçamento é um elemento central do desenvolvimento democrático da opinião informada (cf. BVerfGE 70, 324 <355-356>; 79, 311 <329>; 129, 124 <177>).
[...]

Ao examinar se o montante de obrigações de pagamento e compromissos de transferência de responsabilidades resultará numa renúncia da autonomia orçamentária do Parlamento Alemão, **a legislatura tem ampla capacidade de avaliação, em particular no que respeita ao risco de que obrigações de pagamento e compromissos de transferência de responsabilidades sejam exercidos e com relação às consequências orçamentárias a serem esperadas para a liberdade de ação do Parlamento;** a Corte Constitucional deve, em princípio, respeitar essa ampla capacidade. **O mesmo se aplica à avaliação da estabilidade futura do orçamento federal e da performance econômica da**

2012. O Tratado entrou em vigor em 27 de fevereiro de 2012, e o ESM foi inaugurado em 8 de outubro do mesmo ano, após ratificação por todos os 17 países da zona do euro.

¹⁸² Os principais argumentos que fundamentaram as ações propostas são assim resumidos pelo relatório do Acórdão: “A aprovação do Tratado estabelecendo o *European Stability Mechanism* tem o efeito de transferir poderes e deveres essenciais para o ESM de uma maneira que é incompatível com os princípios estruturais da Lei Fundamental, especialmente com o princípio democrático. Dessa maneira, o Parlamento Alemão inconstitucionalmente se desincumbe de sua autonomia orçamentária. O Parlamento também compromete a autonomia orçamentária das legislaturas vindouras ao colocar em marcha um processo de responsabilização e performanceo qual os futuros parlamentares não poderão se escusar. Os instrumentos do suporte à estabilidade são substancialmente estendidos, em contraste com o *European Financial Stability Facility*. Como parte dos extensos dispositivos sobre a alocação de deveres no artigo 3 do Tratado, o ESM é autorizado a realizar decisões de amplo alcance com consequências quase imprevisíveis e extremamente graves para o orçamento dos países-membro. Portanto, ele se equipara a uma instituição financeira, mas não se sujeita a nenhuma supervisão bancária. Se o ESM receber uma autorização para funcionar como um banco, ele poderá obter empréstimos de forma praticamente ilimitada em troca do depósito de títulos dos governos no Banco Central Europeu; a Alemanha dividirá responsabilidade pela insolvência desses empréstimos no montante de seu capital no Banco Central Europeu.”

República Federal da Alemanha(BVerfGE 129, 124 <182-183>), incluindo a consideração das consequências de estratégias de ação alternativas.¹⁸³

Nesse sentido, é possível concluir que a Lei Fundamental alemã adotou uma constituição econômica neutra e procedimental, evitando entrincheirar decisões econômicas no texto constitucional e atribuindo ao legislador ordinário competência para decidir sobre tais assuntos dentro dos limites traçados pela Carta. Com efeito, pelo menos no que diz respeito à constituição econômica, parece ter prevalecido a tese de que o pluralismo impõe que a Constituição não seja concebida como uma ordem legal concreta e apriorística de regulação integral da vida em sociedade, e sim como um conjunto de regras procedimentais sob as quais os cidadãos possam, através do exercício da autodeterminação, perseguir o projeto cooperativo de estabelecer condições de vida justas.¹⁸⁴

Como registrou Horst Ehmke, a cristalização de teses teórico-econômicas e teórico-políticas de diferentes matizes ideológicos em princípios constitucionais elimina o denominador comum da Constituição, pois esta não deve buscar afirmar decisões materiais dentro de um sistema político de pensamento, mas sim ordenar os integrantes de uma comunidade política: *“Tão somente há de rechaçar a conversão do ‘modelo puro’ de uma determinada escola de economia política na norma de nossa convivência comum, e do ordenamento político e jurídico.”*¹⁸⁵

Aplicando um filtro sistêmico-teórico sobre o exposto, Teubner indiretamente explica essa neutralidade econômica – reiterada até os dias de hoje pela Corte Constitucional alemã – por meio do que chama de atitude ambivalente do constitucionalismo do pós-guerra acerca do *constitucionalismo societal*. A Lei Fundamental de Bonn pode assim ser vista como uma dupla reação: por um lado, contra (a) o regime corporativista do constitucionalismo dos anos 1920 e (b) a colonização política dos subsistemas sociais pelo constitucionalismo autoritário dos anos 1930; por outro, contra (c) as externalidades negativas e tendências imperialistas do subsistema econômico no liberalismo econômico do século XIX.¹⁸⁶

1.2.3 Constituição econômica na Carta de 1988

¹⁸³2 BvR 1390/12..., *cit.* Tradução livre e sem os destaques no original.

¹⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge: Polity Press, 2011, p. 263.

¹⁸⁵ EHMKE, *op. cit.*, p. 340.

¹⁸⁶ TEUBNER (2012), *op. cit.*, p. 24.

Além do seu caráter dirigente, a Constituição brasileira de 1988 também consagrou um texto claramente compromissório com diferentes visões abrangentes da sociedade e do papel do Estado.¹⁸⁷ Deliberada e promulgada num contexto de intencionalidade popular (represado por mais de 20 anos de autoritarismo), a Carta reflete a pluralidade de interesses setoriais e ideologias que lograram se fazer representar nos trabalhos da Assembleia Constituinte.¹⁸⁸¹⁸⁹

No domínio econômico, esta característica é especialmente relevante, tendo o artigo 170 da Carta transformado em princípios constitucionais ideais tradicionalmente opostos, como a livre iniciativa e o direito de propriedade (de índole liberal), de um lado, e o valor social do trabalho, a função social da propriedade e a busca do pleno emprego (de índole intervencionista), do outro. Como registrou André R. Cyrino:

Na Constituição brasileira, vêem-se insculpidos, por exemplo, logo no seu primeiro artigo, lado a lado, como fundamentos da República, a consagração dos valores sociais do trabalho e o princípio da livre iniciativa (art. 1º, IV), sendo, ainda, tal casamento reafirmado no capítulo dedicado especialmente à ordem econômica, no art. 170 [...]. Verifica-se, também, que, ao mesmo tempo em que se prevê a livre iniciativa, consagra-se a busca do pleno emprego (art. 170, VIII, CF). Outro caso da justaposição de valores ligados a forças opostas é a consagração tanto da propriedade privada, quanto da obrigatoriedade de a mesma cumprir sua função social (art. 5º, XXII e XXIII; e art. 170, II e III, CF).¹⁹⁰

Relevante estremar aqui os conceitos de *constituição neutra* e *constituição compromissória*. Constituição neutra (ou imparcial), como a Lei Fundamental de Bonn, é aquela que “*não tem a pretensão de instituir um amplo projeto econômico e social. Ela visa a garantir que a interação democrática entre os diversos grupos plurais ocorra de maneira justa e pacífica*”.¹⁹¹ Trata-se, portanto, de conceito oposto ao das constituições dirigentes, como visto anteriormente. De outro lado, as *constituições compromissórias*, como a nossa

¹⁸⁷ SARMENTO; SOUZA NETO, *op. cit.*, p. 60.

¹⁸⁸ “[...] temos hoje documento de marcante sincretismo e pluralismo, no qual se podem entrever os mais distintos segmentos sociais, com as diversas partes que compõem o todo social a fazer refletir diferentes clivagens ideológicas.” CABRAL, J. Bernardo. Os 20 Anos da Constituição Federal de 1988 – Avanços e Retrocessos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 4.

¹⁸⁹ Sobre o tema, cf. também o clássico FARIA, José Eduardo. *Direito e Economia na Democratização Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 53-61.

¹⁹⁰ CYRINO, André Rodrigues. *Direito Constitucional Regulatório: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 105.

¹⁹¹ SARMENTO; SOUZA NETO, *op. cit.*, p. 60.

Carta de 1988, “*possuem normas inspiradas em ideologias diversas. Geralmente resultam de um ‘compromisso’ entre os diversos grupos participantes do momento constituinte*”.¹⁹²

No que diz respeito à constituição econômica brasileira, entretanto, a utilidade hermenêutica destas classificações é desbotada pela ascensão do princípio da dignidade humana e dos direitos fundamentais ao centro do ordenamento jurídico. O movimento de reconhecimento da elevada carga axiológica dos direitos fundamentais busca impor que eles sejam considerados pelo intérprete não apenas em sua *dimensão subjetiva*, isto é, no leque de direitos subjetivos sindicáveis pelos cidadãos, mas também na importante *dimensão objetiva*,¹⁹³ em que os direitos fundamentais funcionam como verdadeiros vetores de interpretação e aplicação de todas as normas do ordenamento jurídico, inclusive no que diz respeito à ação (ou omissão) do Estado na sua promoção.

Este fenômeno impulsiona a chamada *constitucionalização do direito*, em que as normas constitucionais se irradiam sobre todas as demais áreas do subsistema jurídico, impondo que a interpretação e aplicação de todo o ordenamento seja filtrada por aquelas. Nas palavras de Riccardo Guastini, “*um ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza por uma Constituição extremamente invasora, intrometida, capaz de condicionar tanto a legislação quanto a jurisprudência e a doutrina, a ação dos atores políticos assim como as relações sociais*”.¹⁹⁴ Entre nós, Luís Roberto Barroso caracteriza a constitucionalização do direito como o processo em que “*os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional*”.¹⁹⁵ Este é um fenômeno que vem promovendo importantes transformações em diversas áreas, sendo possível destacar o Direito Civil (em que a constitucionalização promoveu a superação de uma visão meramente

¹⁹² *Loc. cit.*

¹⁹³ “[...] os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenham uma outra função: a de instituir uma ordem objetiva de valores. O sistema jurídico deve proteger determinados direitos e valores, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou a algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação. Tais normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do Direito, público ou privado, e vinculam os Poderes estatais.” BARROSO (2010), *op. cit.*, p. 355-356.

¹⁹⁴ GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. 3ª ed. México: IIJ-UNAM/Fontamara, 2007, p. 153, *apud* CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: Elementos para una Definición. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (Coord.). *20 Anos da Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 203.

¹⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Transformações do Direito Constitucional Contemporâneo. *Temas de Direito Constitucional, Tomo IV*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 77.

patrimonialista pela centralidade dos direitos da personalidade)¹⁹⁶ e o Direito Administrativo (que passa a ser encarado como o conjunto de normas que disciplinam a Administração Pública na tarefa de realizar os direitos fundamentais).¹⁹⁷

Parece, portanto, que mesmo nas Constituições neutras quanto a decisões econômicas fundamentais, o fenômeno da *constitucionalização do direito* e o reconhecimento de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais – ambos característicos do neoconstitucionalismo – devem, em alguma medida, impulsionar o Poder Público na direção da promoção dos objetivos constitucionais, tais como aqueles descritos no art. 3º da Carta de 1988.

Não se ignora, contudo, que a neutralidade constitucional pode muitas vezes dar margem a exegeses antagônicas, permitindo ao intérprete extrair da Constituição posições contrapostas, estreitamente relacionadas a ideologias políticas, sociais ou econômicas distintas. Na história constitucional dos Estados Unidos da América, cuja Lei Fundamental é tida como neutra,¹⁹⁸ são bastante ilustrativas as antitéticas decisões proferidas pela Suprema Corte nos casos *Lochner v. New York*¹⁹⁹ e, posteriormente, *West Coast Hotel Co. v. Parrish*.²⁰⁰ Em *Lochner v. New York*, a Corte declarou inconstitucional lei do Estado de Nova York que limitava a jornada de trabalho dos padeiros, por entender que ela violava a autonomia privada e a liberdade de contratar dos indivíduos, dando início à onda de ativismo judicial conservador conhecida como *Era Lochner*.²⁰¹ Posteriormente, em *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, foi reconhecida a possibilidade de se estabelecer um piso de salário mínimo com a

¹⁹⁶ TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. *Revista de Direito do Estado*, Ano 2, n. 7, jul./set. 2007, p. 77.

¹⁹⁷ BINENBOJM, *op. cit.*, p. 72.

¹⁹⁸ Charles A. Beard, em obra clássica (publicada em 1923, durante a Era Lochner), manifesta um entendimento oposto. Analisando os interesses econômicos de cada membro da *Convenção da Filadélfia*, ele afirma que “*que o conceito da Constituição como um diploma jurídico abstrato que não reflete nenhum interesse setorial e nem reconhece nenhum antagonismo econômico é inteiramente falsa. Ela é um documento econômico redigido com excepcional técnica por homens cujos interesses econômicos estavam imediatamente em jogo; e, nessa condição, ela apelou direta e inequivocamente para interesses idênticos no país como um todo*”. BEARD, Charles A. *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*. Mineola: Dover Publications, 2004, p. 188.

¹⁹⁹ *Joseph Lochner v. People of the State of New York*. 198 U.S. 45 (No. 292). Íntegra do acórdão disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/198/45>>, acesso em: abril de 2013.

²⁰⁰ *West Coast Hotel Co. v. Parrish* (No. 293), 185 Wash. 581; 55 P.2d 1083. Íntegra do acórdão disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0300_0379_ZS.html>, acesso em: abril de 2013.

²⁰¹ Merece destaque o famoso voto dissidente do Justice Oliver Wendell Holmes Jr., que ressaltou a impossibilidade de se extrair da Constituição estadunidense uma ideologia econômica dominante que se imponha sobre as circunstanciais vontades majoritárias. Sobre o tema, v. CYRINO, *op. cit.*, p. 80.

finalidade de promover a proteção da comunidade, da saúde e da segurança ou de grupos vulneráveis (o que deu fim à Era Lochner).²⁰²

Trazendo este debate para a realidade institucional brasileira, é possível afirmar que o caráter dirigente da Constituição de 1988 não nos livra da possibilidade de que também da nossa constituição econômica sejam extraídas interpretações antitéticas, tais como as acolhidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos nos casos exemplificados. Muito embora a Carta de 1988 seja rica em dispositivos que reconhecem princípios de origem marcadamente intervencionista, tais como o valor social do trabalho, a função social da propriedade e a busca do pleno emprego, ela também está permeada por valores de índole liberal, como a livre iniciativa e a livre concorrência. Se tais princípios gerais entrarem em rota de colisão, requerendo o recurso ao postulado da proporcionalidade para sua compatibilização, não parece possível determinar aprioristicamente a prevalência de uma ou outra ideologia político-econômica, o que deverá ser aferido no caso concreto e sem que qualquer dos princípios contrapostos seja integralmente anulado pela aplicação do outro.

Com efeito, mesmo no contexto de uma Carta dirigente como a nossa, seu caráter compromissório, representado pela presunção de normas de matizes ideológicos diversos, acaba por permitir ao legislador ordinário espaço de atuação na economia semelhante àquele reconhecido ao legislador ordinário na Alemanha, pois um texto que diz tudo no plano geral ao mesmo tempo não diz quase nada em relação às decisões concretas. Conforme constatou José Vicente dos Santos Mendonça:

[...] a Constituição brasileira, ao contrário da francesa, da americana e da alemã, não é, por assim dizer, uma constituição economicamente neutra. Ela afirma direitos sociais, é vazada numa linguagem social “forte”, e, em vários pontos, assegura o direito de propriedade e a livre iniciativa. Contudo, há um ponto no qual todas elas se aproximam. É que a Constituição brasileira, ao se caracterizar como radicalmente compromissória, acaba, na prática, criando o arcabouço de legitimação constitucional para que diversos modelos de intervenção do Estado da economia se afirmem no plano infraconstitucional. Ou seja: se a Constituição alemã não fala nada, ou fala muito pouco, e é (também) por isso que a doutrina e a jurisprudência identificam uma relativa neutralidade constitucional, a Constituição brasileira de 1988 fala muito e sobre todas as coisas, e é por isso que permite muito. O legislador infraconstitucional alemão possui liberdade de disciplina quanto aos aspectos econômicos não conflitantes com direitos fundamentais porque a Constituição é relativamente avara no tratamento do ponto; o legislador infraconstitucional brasileiro possui a mesma liberdade, e com os mesmos limites, mas porque nosso

²⁰² MENDONÇA, José Vicente Santos de. *A Captura Democrática da Constituição Econômica: Uma Proposta de Releitura das Atividades Públicas de Fomento, Disciplina e Intervenção Direta na Economia à Luz do Pragmatismo e da Razão Pública*. Tese de doutoramento em Direito Público apresentada à Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, mimeo, 2010, p. 286.

texto constitucional é simultaneamente “social” e “liberal”, a depender de quais dispositivos normativos se escolha ressaltar.²⁰³

Portanto, mesmo no caso de uma Constituição dirigente como a nossa de 1988, a ideia ampla de *constituição econômica* é melhor delimitada pelas leis aprovadas pelo legislador ordinário e pelas decisões dos tribunais do que por qualquer construção abstrata e apriorística derivada do texto constitucional. É aqui que se torna possível a aproximação com o conceito de *constituição societal do subsistema econômico*, tal como estabelecido por Gunther Teubner, na medida em que a *constituição econômica* não deve ser entendida ou vista apenas nas normas formalmente constitucionais que disponham sobre o sistema econômico, mas, com maior importância, no que Antonio L. Sousa Franco chama de “*núcleo essencial de normas jurídicas que regem o sistema e os princípios básicos das instituições econômicas, quer constem quer não do texto constitucional*”.²⁰⁴ Mais adequado, portanto, seria falar em uma *constituição econômica material*, que não se restringe às normas contidas na Constituição. Ela realiza o acoplamento estrutural entre as expectativas cognitivas do sistema econômico e sua racionalidade interna (baseada em conceitos de *eficiência*), de um lado, com normas jurídicas reflexivas, do outro. Veja-se, a título de exemplo, o instituto do contrato, um dos pilares da constituição econômica. No subsistema jurídico, o contrato serve como critério orientador de aplicação do código-diferença binário *lícito/ilícito*; com efeito, a violação de uma expectativa oriunda de uma relação social que revista a forma de *contrato* será definida como *ilícita*. Já no subsistema econômico, o contrato é um critério orientador da aplicação do código *ter/não*; é assim que uma expectativa oriunda de uma relação social que revista a forma de *contrato* pode ser considerada como *ter*, isto é, como parte do patrimônio do credor de uma obrigação, uma vez que o conceito é estabilizado pelo acoplamento estrutural com o subsistema jurídico. Com isso, o significado específico de contrato permanece específico a cada um dos subsistemas sociais, um primariamente cognitivo, outro primariamente normativo.²⁰⁵

Teubner chama esta possibilidade de *metacódigos binários híbridos*. Segundo ele, a conclusão do processo de constitucionalização societal de um subsistema social não pode ser alcançada antes que tal metacódigo surja para guiar os processos internos tanto do subsistema em questão, quanto do direito. O código é *binário* porque oscila entre os valores

²⁰³ *Ibid.*, p. 287-288.

²⁰⁴ FRANCO, Antonio L. Sousa. *Noções de Direito da Economia*, vol. I. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1982-1983, p. 93, *apud* GRAU, *op. cit.*, p. 77-78.

²⁰⁵ Para uma visão semelhante, cf. NEVES (2009), *op. cit.*, p. 36.

constitucional/inconstitucional, e é *metacódigo* porque sujeita a um controle adicional (“constitucional”) decisões que já passaram pelo teste lícito/ilícito do subsistema jurídico. É aqui que emerge a hierarquia constitucional societal, na medida em que o metacódigo *constitucional/inconstitucional* tem precedência sobre o código *lícito/ilícito*. O que é verdadeiramente especial a respeito dos metacódigos binários híbridos é que eles não têm precedência apenas sobre o código do subsistema jurídico, mas também sobre o código binário do subsistema social em questão.²⁰⁶

Algo semelhante acontece na Constituição, uma vez que cortes constitucionais explicitamente utilizam o metacódigo binário híbrido *constitucional/inconstitucional* como nível de controle adicional ao metacódigo binário de dois subsistemas funcionais distintos, a saber, a política e o direito. Isso não significa que tais subsistemas se confundam ou que a Constituição se transforme num subsistema social autônomo, mas sim que o metacódigo binário híbrido co-ordena *ambos* os subsistemas. Entretanto, isso não ocorre apenas no que diz respeito às relações entre o direito e a política: Teubner afirma que a economia também opera um metacódigo binário híbrido, de modo que a constituição econômica ganha precedência hierárquica sobre os códigos binários dos subsistemas jurídico e econômico, assumindo significados específicos em cada um deles, como visto anteriormente. No subsistema econômico, a constituição econômica (e seu metacódigo binário híbrido) não apenas permite que a economia reflita os interesses da sociedade, como busca garantir o desenvolvimento de atividades econômicas social e ambientalmente sustentáveis; no subsistema jurídico, ela introduz um nível adicional de controle, de modo que as normas sejam avaliadas conforme sua adequação aos valores da própria constituição econômica, impedindo, assim, uma *juridificação* da economia.²⁰⁷

Um exemplo paradigmático do que se afirma é a tentativa de limitação constitucional dos juros prevista na redação original do §3º do Art. 192 da Carta de 1988.²⁰⁸ Ignorando que a *constituição financeira* (como subsistema da economia) tem um metacódigo binário que deve orientar tanto a aplicação do código jurídico quanto do próprio código financeiro, o constituinte originário tentou impor ao subsistema financeiro a Constituição. Ocorre que uma admissível reação defensiva do subsistema financeiro a tal norma possivelmente resultaria na

²⁰⁶ TEUBNER (2012), *op. cit.*, p. 110.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 110-111.

²⁰⁸ “§ 3º - As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.”

redução da oferta de crédito na sociedade, prejudicando – muito mais do que favorecendo – a coletividade, como advertiu o próprio Banco Central do Brasil à época.²⁰⁹ Não foi por outro motivo que tal norma constitucional jamais encontrou ressonância na *constituição financeira* e acabou revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003.

O caráter híbrido do metacódigo binário da constituição econômica permite uma coevolução dinâmica dos subsistemas econômico e jurídico. Como no direito o metacódigo *constitucional/inconstitucional* ganha precedência sobre o código lícito/ilícito, é promovida uma ressignificação das diferenças entre direito e economia. Princípios básicos do subsistema econômico são transformados em princípios constitucionais do direito variáveis (de acordo com o contexto histórico): os conceitos econômicos de propriedade, contrato, economia monetária, concorrência, etc., são reconstruídos como conceitos jurídicos e inseridos na constituição econômica.²¹⁰ Da mesma maneira, a ressignificação das diferenças entre direito e economia ocorre no subsistema econômico. Princípios básicos do subsistema jurídico (como o reconhecimento de eficácia horizontal aos direitos fundamentais, a função social do contrato, etc.) são reconstruídos na economia e reintroduzidas na constituição econômica. Esse processo forma uma ligação peculiar em que direito e economia se tornam intimamente acoplados e capazes de influenciar um ao outro de forma mediatizada, embora mantendo a autonomia de cada subsistema, cada qual produzindo o seu programa constitucional específico, que se encontram na constituição econômica.²¹¹

Em vista disso, é possível concluir que o direito brasileiro não parece obter nenhuma serventia hermenêutica do conceito de constituição econômica tal como empregado por grande parte da doutrina nacional.²¹² A utilização e defesa do conceito parece mais vinculada a uma declaração ideológica de alguns autores – que querem enxergar no texto da Constituição de 1988 uma ordem concreta de normas de direito constitucional econômico –

²⁰⁹ Cf. estudo apresentado na ADIn 4-7 (transcrita no corpo do voto do Min. Rel. Sidney Sanches), proposta pelo Partido Democrático Trabalhista contra a aprovação, pela Presidência da República, do Parecer SR-70, da Consultoria Geral da República (que dispunha sobre o §3º do Art. 192 da CRFB).

²¹⁰ É aqui que se pode encontrar a justificação para uma conceituação material de Constituição, em oposição às visões formais e funcionais. Para Teubner, “*o direito constitucional não pode ser reduzido a certos procedimentos decisórios, mas demanda justificação através de princípios constitucionais substantivos*”. *Ibid.*, p. 111.

²¹¹ *Ibid.*, p. 111-113.

²¹² Embora por motivos um tanto distintos, também é esta a visão de Grau: “*Assim sendo, visto como é perfeitamente factível, tal qual se verificou, a hipótese de a Constituição não definir, no seu bojo, uma Constituição Econômica [...] somos arrastados à conclusão de que a teorização da Constituição econômica morreu*.” *Op. cit.*, p. 83.

do que a qualquer utilidade intrínseca.²¹³ Nas palavras de André R. Cyrino, “*diante da CF de 1988, a doutrina que se formou majoritária foi a dos autores ligados ao constitucionalismo social dirigente*”.²¹⁴ Isso não equivale, contudo, a afirmar que não existe qualquer critério constitucional de controle da política econômica promovida pelos representantes políticos das maiorias democráticas circunstanciais.

1.2.4 Direitos fundamentais como norte da política econômica

Diante da neutralidade constitucional e do reconhecimento de que a *constituição econômica* deve ser definida por um critério material, e não apenas formalmente constitucional, é possível questionar se existe algum critério substantivo de avaliação da legitimidade da política econômica (como conjunto das políticas fiscal, monetária, industrial, redistributiva, de comércio exterior, etc.) do Estado, a qual tem o condão de alterar significativamente a constituição econômica.

Com a emergência do *neoconstitucionalismo*, os direitos fundamentais consagrados na Constituição de 1988 passaram a desempenhar o papel de limites substantivos para todo o sistema jurídico (inclusive para a própria Constituição, por força do disposto no art. 60, §4º, IV da CRFB).²¹⁵ Com efeito, ressalvada a *deferência saudável*²¹⁶ que se recomenda ao Poder Judiciário em relação à política econômica estabelecida democraticamente pelas maiorias conjunturais – de modo a evitar a descaracterização da neutralidade econômica da

²¹³ Parece ser o caso de Gilberto Bercovici e Luís Fernando Massonetto: “*O problema deste processo de reestruturação das finanças públicas e da estrutura financeira do Estado brasileiro foi o fato de que a recomposição da capacidade de intervenção pública se esgotou na tentativa de controle sobre os gastos públicos. A constituição financeira de 1988, que deveria dar suporte para a implementação da constituição econômica de 1988, falhou nesta tarefa. Um dos motivos é a separação que a doutrina e a prática constitucionais pós-1988 promoveram entre a constituição financeira e a constituição econômica, como se uma não tivesse nenhuma relação com a outra e como se ambas não fizessem parte da mesma Constituição de 1988. A constituição financeira passou a ser interpretada e aplicada como se fosse “neutra”, meramente processual, com diretrizes e lógica próprias, separada totalmente da ordem econômica e social, esterilizando, assim, a capacidade de intervenção do Estado na economia. Separada da constituição financeira, a constituição econômica de 1988 foi transformada em mera ‘norma programática’.*” BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A Constituição Dirigente Invertida: a Blindagem da Constituição Financeira e a Agonia da Constituição Econômica. *Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 45, p. 79-89, 2007.

²¹⁴ CYRINO, *op. cit.*, p. 106.

²¹⁵ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais.”

²¹⁶ Caracterizada pelo reconhecimento, pelo Poder Judiciário, de que as maiorias circunstanciais têm o direito de, através do processo democrático, imprimir à política econômica suas preferências, desde que não violados os direitos fundamentais, conforme será analisado na Seção 1.3.

Constituição de 1988 –, torna-se possível estabelecer parâmetros que sirvam para aferir a legitimidade das escolhas econômicas do Estado.²¹⁷

Neste ponto, uma analogia com tema semelhante pode ser esclarecedora. Já é bem debatida nos âmbitos acadêmico e judiciário a questão da judicialização dos direitos sociais, especialmente no que diz respeito à provisão estatal de remédios e/ou tratamentos médicos para enfermos.²¹⁸ Partindo do reconhecimento de que tais direitos são sindicáveis, a doutrina vem evoluindo na busca de critérios que balizem a atividade jurisdicional para evitar o ativismo e a *euforia judicialista*,²¹⁹ que podem comprometer o orçamento público e a capacidade de o Estado prover serviços essenciais para toda a coletividade. Para os objetivos da presente análise, o que importa é o reconhecimento de que mesmo estes direitos sociais – topográfica e conceitualmente distintos dos *direitos fundamentais* na Carta Maior²²⁰ – vêm funcionando, em alguma medida, como parâmetros de aferição da legitimidade de políticas públicas e gerando posições sindicáveis aos particulares.²²¹ Sendo assim, tanto mais devem ser reconhecidas tais características em relação aos direitos fundamentais. Em síntese, o neoconstitucionalismo – aqui representado pelos fenômenos da constitucionalização do direito e do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais²²² – vem estabelecendo balizas para a atuação dos Poderes Legislativo e Executivo no domínio econômico, não

²¹⁷ CYRINO, *op. cit.*, p. 116-117.

²¹⁸ Sobre o tema, cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 272 e seguintes; AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha: Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 73 e seguintes.

²¹⁹ Neste sentido, cf. SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos*. In: *Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 179-215.

²²⁰ “Com a emergência dos direitos humanos nas últimas décadas, todavia, passou-se a cogitar da judicialização das políticas orçamentárias. Mas, a nosso ver, há que se manter a distinção, que se tem feito ao longo deste livro, entre direitos fundamentais e direitos sociais: aqueles são garantidos até mesmo se não contemplados por políticas públicas; os direitos sociais, sujeitos à reserva do possível, isto é, à reserva de políticas públicas e de verbas orçamentárias, não justificam a judicialização.” TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 112-113.

²²¹ O reconhecimento de que alguns direitos sociais, integrantes do mínimo existencial, podem ser diretamente adjudicados pelo Poder Judiciário corrobora esta afirmação: “Os direitos humanos prescindem, assim, de reconhecimento legislativo, e sua eficácia plena deve ser reconhecida pelo Poder Judiciário, inclusive com a adjudicação de direitos sociais integrantes do mínimo existencial.” BINENBOJM, Gustavo. *Direitos Humanos e Justiça Social: As Idéias de Liberdade e Igualdade no Final do Século XXI*. In: *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 285.

²²² Analisando o efeito de tais fenômenos no Direito Administrativo, Binjenbojm registrou: “A passagem da Constituição para o centro do ordenamento jurídico representa a grande força motriz da mudança de paradigmas do direito administrativo da atualidade. A supremacia da Lei Maior propicia a impregnação da atividade administrativa pelos princípios e regras naquela previstos, ensejando uma releitura dos institutos e estruturas da disciplina pela ótica constitucional.” BINENBOJM, Gustavo. *Um Novo Direito Administrativo para o Século XXI*. In: *Temas...*, *cit.*, p. 25.

apenas impondo deveres de promoção dos direitos fundamentais, como também exercendo o papel de norte interpretativo de todo o ordenamento jurídico.

A título de exemplo, é possível imaginar hipótese em que uma lei que restrinja de maneira injustificada o livre exercício de profissão seja declarada inconstitucional por violação ao art. 5º, XIII, da Carta (“*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*”). De forma semelhante, a Lei Distrital Complementar nº 294/2000, do Distrito Federal, teve sua inconstitucionalidade incidentalmente declarada em Mandado de Segurança por violar o exercício do direito fundamental da livre iniciativa²²³ ao proibir que postos de combustíveis fossem instalados nos estacionamentos de supermercados, hipermercados e *shopping centers* (dentre outros). Ante a ausência de fundamentos razoáveis que justificassem a medida (tais como razões de cunho ambiental ou de saúde pública), o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios reconheceu o desvio de finalidade da norma e sua inconstitucionalidade no Mandado de Segurança nº 2004.01.1.032966-7.²²⁴

Em outro exemplo de como a centralidade dos direitos fundamentais deve guiar a interpretação sobre o papel do Estado no domínio econômico, pode-se aludir ao caso das alíquotas regionalizadas do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) incidente sobre o açúcar, estabelecidas pela redação original da Lei nº 8.383/1991 e pelo Decreto nº 420/1992. No julgamento do AgR AI nº 360.461 pelo STF, o Min. Rel. Celso de Mello reconheceu que a finalidade extrafiscal da diferenciação de alíquotas do IPI sobre o açúcar objetivava conferir efetividade ao art. 3º, III da Constituição (redução das desigualdades regionais), de modo que “adesequiparação operada pela norma legal em causa encontraoseufundamentoracionalnanecessidade de o Estado implementar políticas governamentais, cuja execução lhe incumbe efetivar nos estritos limites de sua competência constitucional”.²²⁵ Veja-se que a ênfase dos destaques – constantes no original do acórdão – recai sobre a dimensão objetiva que os direitos fundamentais possuem como norte da política econômica estatal e no dever de sua promoção, o que traz a reboque a importância do

²²³ Constituição, 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.”

²²⁴ Para uma análise mais detalhada do precedente, cf. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 237 e seguintes.

²²⁵ STF – 2ª Turma – AgR AI nº 360.461-MG – Rel. Min. Celso de Mello – julgado em 06/12/2005.

postulado da proporcionalidade nas hipóteses em que tais direitos – isoladamente considerados – sugerirem soluções distintas e contrapostas no caso concreto.²²⁶

Outro caso emblemático em que elementos da *constituição econômica* brasileira foram colocados sob escrutínio do STF ocorreu no julgamento da ADPF nº 46, proposta pela Associação Brasileira das Empresas de Distribuição, em que se pleiteava o afastamento da Lei nº 6.538/78 – que regula os serviços postais e estabelece o monopólio da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) sobre a entrega de correspondências em território brasileiro – sob o argumento de que tal lei não foi recepcionada pela Constituição de 1988, já que violaria os preceitos fundamentais da livre iniciativa, da livre concorrência e do livre exercício de qualquer trabalho.

Os principais argumentos debatidos na Corte se limitaram a uma polarização em torno da defesa de uma atuação subsidiária do Estado, de um lado, e de uma atuação estatal dirigente, do outro. No voto do Min. Marco Aurélio, defensor da atuação subsidiária, ficou consignado que:

É chegada a hora de reconhecer a crise do modelo adotado, porquanto a implicar intervenção desnecessária em uma área que consegue perfeitamente sustentar-se a partir da iniciativa privada resultando, ainda, na submissão de um setor da economia à dispensável subordinação de fatores políticos.

Ao reconhecer que a atividade econômica não é própria do Estado, torna-se de menor importância o interminável e insolúvel debate que permeia a exata definição do que vem a ser precisamente o serviço postal – se se trata de serviço público ou de atividade econômica no sentido estrito. Essa discussão envolve conotações de sectarismo ideológico que descamba para a retórica e para o jogo de palavras e conceitos, o que simplesmente não é necessário para resolver o problema versado nesta arguição.

Já o Min. Eros Grau, defensor de uma atuação intervencionista, registrou em seu voto que

A realidade nacional evidencia que nossos conflitos são trágicos. A sociedade civil não é capaz de solucionar esses conflitos. Não basta, portanto, a atuação meramente subsidiária do Estado. No Brasil, hoje, aqui e agora – vigente uma Constituição que diz quais são os fundamentos do Brasil e, no artigo 3º, define os objetivos do Brasil (porque quando o artigo 3º fala da República Federativa do Brasil, está dizendo que ao Brasil incumbe construir uma sociedade livre, justa e solidária) – vigentes os artigos 1º e 3º da Constituição, exige-se, muito ao contrário do que propõe o voto do Ministro relator, um Estado forte, vigoroso, capaz de assegurar a todos existência digna. A proposta de substituição do Estado pela sociedade civil, vale dizer, pelo mercado, é incompatível com a Constituição do Brasil e certamente não nos conduzirá a um bom destino.

²²⁶ O tema escapa aos objetivos estritos da presente análise, mas uma visão mais profunda da aplicação do postulado da proporcionalidade em relação a políticas públicas relacionadas ao domínio econômico pode ser encontrada em RAGAZZO, *op. cit.*, p. 257 e seguintes; e CYRINO, *op. cit.*, p. 123 e seguintes.

Como se vê, os Ministros assumiram posturas bastante abrangentes em relação às ideologias político-econômicas subjacentes à discussão jurídica proposta, em aparente desconsideração da neutralidade econômica do texto constitucional. No entanto, a partir de uma perspectiva neoconstitucionalista, a discussão poderia ser mais bem encaminhada com ênfase num ponto que teve importância apenas marginal na decisão, mas que representa a devida centralidade dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico nacional: a questão da universalização dos serviços.²²⁷

O monopólio da ECT pode (em tese) ser justificado pelo fato de que a manutenção dos serviços postais a preços módicos para a população de centenas (quicá milhares) de localidades pobres e/ou isoladas representa significativos prejuízos operacionais, o que poderia inviabilizar o interesse econômico de empresas privadas no seu atendimento. Com efeito, caso afastado o monopólio, tais localidades provavelmente permaneceriam sendo atendidas exclusivamente pela ECT em virtude das baixas margens de lucros dos serviços postais lá demandados; por outro lado, a mesma ECT passaria a enfrentar enorme concorrência de empresas privadas nas localidades maiores, em que há demanda por serviços postais com margens de lucro bastante superiores (e de onde advinham os resultados positivos que custeavam as pretensões de universalização do serviço postal prestado pela ECT). Conforme brevemente mencionado no voto do Min. Marco Aurélio,

A justificativa da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos para a diferença de preços praticados no setor postal baseia-se no princípio da universalização dos serviços. Dessa forma, argumenta que, para atender ao princípio do serviço universal, conjugado com a modicidade das tarifas, faz-se necessário superfaturar o preço da entrega da correspondência, quando o remetente e o destinatário se localizarem na mesma capital, ou, ainda, em capitais diferentes, visando a custear a entrega postal de destinatários e/ou remetentes situados em locais longínquos, ou cidades que não sejam capitais dos estados da Federação.

A universalização do serviço público pode aqui ser vista como um corolário dos objetivos fundamentais da República de construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização; e reduzir as desigualdades sociais e regionais, como determina o art. 3º da Constituição de 1988. Com efeito, um debate que privilegiasse a constitucionalização do Direito e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais necessariamente deveria dar mais relevo à universalização dos

²²⁷ Sobre o tema, cf. COUTINHO, Diogo R. A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 65-86.

serviços, que parece ter sido relegada a segundo plano pelo enfoque – equivocado, a nosso ver – dispensado pelos Ministros do STF a visões ideológicas abrangentes.

Neste cenário, a legitimidade constitucional das políticas econômicas deverá ser aferida casuisticamente mediante a avaliação das dimensões objetivas dos direitos fundamentais e sua irradiação sobre as demais normas constitucionais, embora a doutrina e a jurisprudência possam e devam buscar construir *standards* que balizem o processo interpretativo para evitar o arbítrio e a subjetividade. São úteis para tanto alguma deferência do Judiciário em relação aos Poderes majoritários e a preocupação com a universalização de serviços básicos.²²⁸

Por outro lado, na perspectiva sistêmico-teórica, a Constituição – como acoplamento estrutural entre política e direito – impõe que as influências políticas no subsistema jurídico sejam mediatizadas exclusivamente pelo direito (uma vez que o próprio processo político – tanto do ponto de vista eleitoral quanto do legislativo – se torna sujeito a regras jurídicas),²²⁹ e vice-versa. Ela representa, portanto, o “*limite sistêmico-interno para a capacidade de aprendizado (abertura cognitiva) do direito positivo; em outras palavras: a Constituição determina como e até que ponto o sistema jurídico pode reciclar-se sem perder sua autonomia operacional*”.²³⁰ Marcelo Neves explica que a capacidade de aprendizado/reciclagem do subsistema jurídico – *i.e.* de observar e ser influenciado pelo ambiente – deve ser regulada exclusivamente por normas jurídicas, sob o risco de se permitir intervenções diretas (não mediatizadas) de outros subsistemas sociais – principalmente o político – no direito.²³¹ Nesta concepção, os direitos fundamentais são instituídos como um mecanismo de segurança contra o risco de *desdiferenciação*, ou seja, para a manutenção de uma ordem diferenciada de comunicação, adequada à hipercomplexidade da sociedade contemporânea. Os direitos fundamentais buscam impedir, assim, que o código-diferença binário próprio da política (poder/nãopoder) se sobreponha aos demais códigos (*verdade/falsidade* na ciência, *ter/nãoter* na economia, e, principalmente, *lícito/ilícito* no direito), o que caracterizaria um retorno às estruturas políticas pré-modernas, como visto anteriormente. Trata-se, portanto, da limitação do poder político, de modo a proteger outros subsistemas sociais de eventual imperialismo da racionalidade transversal política.

²²⁸ Cujos aprofundamento escapa ao tema central do presente trabalho; a questão da deferência judicial no caso de crise econômica, contudo, será novamente analisada na Seção 1.3.

²²⁹ Tornando-se possível definir o poder arbitrário como aquele cujo detentor está acima do código-diferença lícito/ilícito, como ocorria nas sociedades pré-modernas. Sobre o tema, cf. NEVES (2012), p. 85-95.

²³⁰ NEVES (2011), *op. cit.*, p. 71.

²³¹ *Ibid.*, p. 72.

Teubner, por sua vez, fala no paradoxo entre inclusão e exclusão da diferenciação funcional: embora a diferenciação funcional pressuponha a inclusão de toda a população em cada subsistema diferenciado, a dinâmica de tais subsistemas pode causar a exclusão de amplos grupos sociais.²³² A exclusão de um subsistema social pode, ainda, causar a exclusão de outros – a pobreza extrema (exclusão do subsistema econômico) certamente impede que os indivíduos busquem sua educação (subsistema educacional), tenham acesso a serviços de saúde adequados (subsistema de saúde), etc.²³³ Citando Luhmann, Teubner afirma que, com a diferenciação funcional, o controle desta inclusão/exclusão é transferido aos subsistemas funcionalmente diferenciados, não havendo mais uma autoridade central capaz de supervisionar os subsistemas neste particular (embora o subsistema político tenha esta pretensão).²³⁴ A proposta do constitucionalismo societal contra este problema é que os direitos fundamentais não sejam vistos apenas como esferas de autonomia individual, mas “traduzidos” para a comunicação dos subsistemas diferenciados de modo a garantir a inclusão de toda a população.

Um exemplo desta posição é a questão da neutralidade de acesso à internet, que a princípio é assegurada pela própria tecnologia, sem necessidade de qualquer suporte jurídico. No entanto, o desenvolvimento de novas ferramentas tecnológicas capazes de segregar diferentes usos em grupos com condições de acesso distintas impõe que a neutralidade tecnológica tenha o suporte adicional de uma proteção jurídica,²³⁵ representada pelo *direito fundamental de inclusão*.²³⁶ Para Teubner, o tradicional direito fundamental à isonomia da Constituição (política) seria “traduzido” para a internet como uma proibição à discriminação de acesso (exclusão). No Brasil, a neutralidade de acesso foi amplamente discutida e finalmente positivada na Lei nº 12.965/2014, vulgarmente conhecida como *marco civil da internet*, cujo caput do art. 9º estabelece que “[o] responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação”. Teubner chama a isso de *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*; não na acepção usualmente discutida na

²³² TEUBNER (2012), *op. cit.*, p. 136-137.

²³³ *Ibid.*, p. 137.

²³⁴ *Ibid.*, p. 137-138.

²³⁵ No Brasil, a neutralidade de acesso foi amplamente discutida e finalmente positivada na Lei nº 12.965/2014, vulgarmente conhecida como *marco civil da internet*, cujo caput do art. 9º estabelece que “[o] responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação”.

²³⁶ TEUBNER (2012), *op. cit.*, p. 138.

teoria constitucional brasileira²³⁷, mas sim na capacidade de “tradução” dos direitos fundamentais de inclusão e participação da Constituição para outros subsistemas sociais.

Além desta dimensão de *inclusão*, os direitos fundamentais também têm, para Teubner, um caráter de *exclusão* (que coincide com a conceituação dos direitos fundamentais proposta por Marcelo Neves), na medida em que tentam proteger a esfera de autonomia dos cidadãos contendo o desenvolvimento de uma racionalidade imperial do subsistema *político* – no caso dos direitos fundamentais previstos na Constituição. A dimensão de *exclusão* não se limita, contudo, aos direitos fundamentais previstos na Constituição: como tais direitos devem ser “traduzidos” para os demais subsistemas sociais – como ocorreu com a neutralidade de acesso –, a exclusão também protege a esfera de autonomia da sociedade contra o desenvolvimento de outras racionalidades imperiais que não apenas a política.²³⁸

1.2.5 O problema do engessamento do subsistema econômico

Uma questão central e aparentemente pouco explorada neste debate diz respeito aos problemas de legitimidade democrática que a objetivação dos direitos fundamentais pode trazer ao processo político. Embora tais considerações possam parecer mais pertinentes ao estudo da Sociologia e da Ciência Política, não nos parecem alheias ao Direito, especialmente em virtude da crescente importância da interdisciplinaridade jurídica em superação de uma dogmática estrita.

A crença de que muitas respostas podem ser encontradas no texto constitucional (fomentada pelos fenômenos de constitucionalização do Direito e objetivação dos direitos fundamentais acima anteriormente analisados) ressalta a tensão no convívio entre o constitucionalismo e a democracia. Embora tais ideias sejam complementares, e não necessariamente contrapostas,²³⁹ sua relação é delicada e a prevalência desmedida de uma em prejuízo da outra pode asfixiar a autonomia política dos cidadãos, de um lado, ou pôr em risco os direitos das minorias, do outro.²⁴⁰ Esta situação é agravada, no caso brasileiro, pelo

²³⁷ Em que é reconhecida a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas entre particulares. Sobre o tema, cf. SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

²³⁸ *Ibid.*, 139-142.

²³⁹ BARROSO (2010), *op.cit.*, p. 91.

²⁴⁰ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. In: *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 182.

casuísmo e pela extensão do texto constitucional e, especificamente no domínio econômico, pelo seu teor dirigente contraposto a uma gênese compromissória, combinação que pode se tornar explosiva em situações de crise econômica.

Afirmar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais implica reconhecer que toda a ordem jurídica reconduz e deve ser interpretada à luz dos direitos fundamentais e demais normas constitucionais, no sentido de promovê-las e garantir sua máxima extensão, mas tal fenômeno pode, ainda que indiretamente, engessar o processo político democrático, mormente em relação a subsistemas como a economia, em que as mudanças ocorrem com elevada velocidade em virtude de sua natureza altamente dinâmica.²⁴¹

Neste contexto, Teubner vê a emergência do *welfare state* como um risco à autonomia dos subsistemas sociais. Na tentativa de não repetir os erros das Constituições liberais e totalitárias, a Constituição do Estado do Bem-estar assume responsabilidade por muitos subsistemas funcionais: educação,²⁴² cultura,²⁴³ esportes,²⁴⁴ ciência,²⁴⁵ comunicação de massa²⁴⁶ e família²⁴⁷ são constitucionalizados como instituições *semiestatais*, às quais é reconhecida apenas uma limitada autonomia. Isso leva Teubner a afirmar que “*a política do welfare state não é apenas regular atividades sociais, mas constitucionalizar a ordem interna de setores sociais autônomos*”.²⁴⁸ Neste cenário, como proteger a autonomia dos subsistemas sociais de um possível imperialismo da racionalidade política, se os mecanismos criados para esta finalidade – os direitos fundamentais – dividem espaço na Constituição com a própria estruturação dos subsistemas autônomos? Como proteger essa autonomia se os direitos fundamentais, na sua dimensão objetiva, permitem a *irradiação* da racionalidade política por todo o ordenamento jurídico (que no *welfare state* abrange também elementos estruturais dos demais subsistemas sociais)? A Constituição estabelece as normas de organização para o

²⁴¹“*Uma das principais peculiaridades que caracterizam a intervenção econômica é que ela deve responder a demandas dos agentes econômicos em um contexto cujas circunstâncias, muitas vezes, não são estáveis nem duradouras, mudam num ritmo rápido, exigindo, assim, uma atuação veloz e inequívoca. Além disso, a natureza econômica é por natureza complexa, com diversidade de interesses em jogo, sendo impossível regular, por meio de normas, a totalidade de situações possíveis.*” SADDY, A. *Formas de Atuação e Intervenção do Estado Brasileiro na Economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 221.

²⁴² No caso brasileiro, cf. art. 205-214 da CRFB.

²⁴³ Art. 215-216 da CRFB.

²⁴⁴ Art. 217 da CRFB.

²⁴⁵ Art. 218-219 da CRFB.

²⁴⁶ Art. 220-224 da CRFB.

²⁴⁷ Art. 226-230 da CRFB.

²⁴⁸ TEUBNER (2012), *op. cit.*, p. 24.

subsistema político, mas também para setores sociais não estatais, contendo elementos de uma constituição econômica, uma constituição cultural, uma constituição das comunicações de massa, etc., de modo que o Estado não apenas especifica as estruturas básicas de diversos subsistemas, como também influencia sua dinâmica interna através da referida dimensão objetiva dos direitos fundamentais (uma vez que todas as expectativas normativas devem ser interpretadas no sentido de garantir a máxima extensão possível de tais direitos). Ficam então a doutrina constitucional e as cortes constitucionais responsáveis pela complexa tarefa de tentar moldar todos estes elementos numa unidade coerente de constituições sociais organizadas pela Constituição.²⁴⁹

O principal problema desse arranjo seria a superestimação da capacidade estatal de coordenação de todos estes subsistemas sociais altamente especializados (*i.e.* funcionalmente diferenciados) e dinâmicos. Sua constitucionalização pela Constituição pode gerar, para Teubner, tendências autobloqueadoras, na medida em que a sociedade civil se torna bastante dependente do poder estatal.²⁵⁰

Especificamente no contexto do processo de redemocratização brasileiro, o paulatino reconhecimento da força normativa dos direitos fundamentais e sociais incrementou a expectativa da população de que tais direitos sejam efetiva e finalmente implementados pelo Estado – como demonstra o já mencionado contencioso entre cidadãos e Administração Pública pelo fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos –, o que obviamente requer a existência de uma estrutura fiscal capaz de gerar os vultuosos recursos públicos necessários para o atendimento de diversas necessidades sociais. Como José Eduardo Faria constatou há mais de vinte anos, tais fenômenos implicaram a substituição do dogma da *certeza jurídica* pelo critério da *eficiência* ou *dodesempenho* na gestão das políticas públicas:

[...] nossa discussão tem como ponto de partida um problema cada vez mais presente na literatura jurídica e sociológica brasileira: a crescente discrepância entre o paradigma teórico-doutrinário do tipo de direito tradicionalmente cultivado pelos juristas brasileiros e as condições reais da sociedade a que se destinam suas normas. O que se tem, por um lado, é um ordenamento jurídico encarado pelos operadores do direito [...] como uma estrutura lógico-formal coerente e sistematicamente hierarquizada, que encontra sua pedra de toque num Judiciário organizado como um poder funcionalmente capaz de decidir problemas, conflitos e demandas, sempre nos limites estritos tanto das prescrições quanto dos procedimentos estabelecidos pelas leis. E o que se tem, por outro lado, é uma sociedade cujas contradições e paradoxos, deflagrando quer uma explosão de textos legais cada vez mais redigidos em termos vagos e ambíguos, deixando assim amplas margens de escolha à fase da sua interpretação e aplicação, quer uma sucessão de leis consagradoras de direitos

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 25.

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 25-26.

sociais cuja implementação depende da eficiência operacional do setor público e da qualidade de seus serviços básicos, sem o que tais direitos são “letra morta”, exigem um processo decisório rápido e eficaz. Ou seja: um processo no qual as normas jurídicas em vigor, por causa de sua descontrolada proliferação, deixam de ser as únicas premissas balizadoras. Na dinâmica desse processo, as normas têm sido vistas e utilizadas no âmbito do Executivo, em suas diferentes instâncias, mais como “instrumentos de poder” do que como sinônimo de direitos assegurados e regulados – para o Executivo, nos seus distintos braços operacionais, em sua rotina decisória, importaria, mais do que o respeito a esses direitos, a obtenção de resultados substantivos nos planos econômico, político e social.²⁵¹

Como no *welfare state* o dogma da certeza jurídica é substituído pelos critérios de *eficiência* ou *desempenho* na gestão de políticas públicas, a legitimidade do direito passa a depender não mais de sua capacidade de fornecer expectativas normativas (*i.e.* que possam ser contrafactualmente mantidas) para a sociedade, e sim de sua capacidade de implementação dos objetivos políticos elencados na Constituição e irradiados pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais, sendo diretamente afetada caso tal implementação não seja bem-sucedida.²⁵²

Uma resposta para este problema foi proposta pela *teoria das organizações*, cujo principal expoente foi Philip Selznick.²⁵³ A teoria afirma, em síntese, que as relações sociais na sociedade contemporânea dizem mais respeito às interações entre as *organizações* do que entre as *pessoas*. Como tais organizações tendem a forjar sua própria racionalidade na busca pela concretização de seus interesses, as sociedades industriais contemporâneas podem ser vistas mais como uma *constelação de governos privados* do que como uma *associação de indivíduos articulada por um governo público*.²⁵⁴ Em contraposição ao controle direto de processos sociais pelo Estado, a teoria das organizações limita o papel deste a exigir que as instituições sociais organizem seus processos decisórios internos à semelhança do modelo estatal de decisões políticas, outorgando ao poder legislativo a tarefa de constitucionalizar todas as áreas da sociedade. Nesta perspectiva, a própria Constituição é entendida como uma constituição societal, e os direitos fundamentais e a co-determinação democrática são expandidos para todos os demais sistemas sociais pelo legislador.²⁵⁵

²⁵¹ FARIA, José Eduardo. *Direito e Economia na Democratização Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 40. Reedição da obra originalmente publicada em 1992.

²⁵² BLACK, Julia. Procedimentalizando a Regulação: Parte I. In: MATTOS, Paulo T. L. (Coord.). *Regulação Econômica e Democracia: o Debate Europeu*. São Paulo: Singular, 2006, p. 149.

²⁵³ Sobre o tema, cf. SELZNICK, Philip. *Law, Society and Industrial Justice*. New York: Russel Sage, 1969.

²⁵⁴ FARIA, *op. cit.*, p. 115-118.

²⁵⁵ TEUBNER (2012), *op. cit.*, p. 26-27.

Embora pareça semelhante à supramencionada proposta da “tradução” dos direitos fundamentais, Teubner afirma que Selznick também subestima a capacidade de os subsistemas sociais funcionalmente diferenciados se autoconstituírem, ao mesmo tempo em que superestima as capacidades do legislador de co-ordenar e integrar todos os subsistemas sociais.²⁵⁶ Além disso, Selznick cometeria ainda o erro de aplicar modelos de decisão política a outras áreas, buscando integrar racionalidades divergentes por meio da superimposição de *constituição “políticas” societais*.²⁵⁷

É nesse contexto que emerge o reconhecimento *teubneriano* do constitucionalismo societal, como discutido na Seção 1.1. O que diferencia este modelo do Estado liberal e do *welfare state* é o papel atribuído ao Estado na constitucionalização da sociedade. Diversamente do Estado liberal, o constitucionalismo societal não limita o papel do Estado ao mero reconhecimento e manutenção da autonomia do subsistema econômico através da sua constitucionalização; mas ele tampouco busca estabelecer objetivos políticos amplos para toda a sociedade, como o *welfare state*. Nas palavras de Teubner, o constitucionalismo societal

[...] se concentra no papel da política na especificação de modelos constitucionais para subsistemas sociais de modo que uma íntima co-operação entre Estado e atores sociais seja possível, possibilitando frear as tendências centrífugas da diferenciação funcional. Ao Estado é atribuída a tarefa de integrar subsistemas conflitantes, não através de juízos coletivamente vinculantes, mas pela co-ordenação da co-operação entre organizações públicas e privadas.²⁵⁸

Essa co-operação entre organizações públicas e privadas requer, portanto, a constitucionalização dos subsistemas sociais, o que garantirá sua compatibilidade mútua ao mesmo tempo em que se reconhece sua autonomia, para que eles sejam capazes de negociar e se comprometer entre si. Entre nós, José Eduardo Faria demonstrou como a crise inflacionária

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 28.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 28-29. Neste particular, a teoria das organizações parece desconsiderar que nem todas as instituições da sociedade precisam ser organizadas à semelhança do processo político democrático para que a sociedade como um todo seja democrática: “[...] qualquer ordem constitucional complexa, incluindo a nossa própria, é mais bem entendida como um sistema de sistemas. [...] A análise constitucional examina a interação entre instituições, que por sua vez são arranjos equilibrados que resultam da interação de seus membros individuais. [...] Para os presentes propósitos, a característica crucial de um sistema é que ele pode ter propriedades emergentes que diferem das propriedades de seus componentes. [...] Se a ordem constitucional é de alguma forma definida como democrática, isso não significa que cada uma das instituições que a compõem deve ser organizada de forma democrática. A ordem mais ampla talvez seja democrática apenas porque uma ou mais das instituições que a compõem são organizadas de maneira não democrática, de modo a frear as tendências autodestrutivas da democracia. O sistema constitucional pode ter uma propriedade política – a democracia – que nem todos os seus componentes compartilham.” VERMEULE, Adrian. *The System of the Constitution*. New York: Oxford University Press, 2011, p. 3-4.

²⁵⁸ TEUBNER (2012), *op. cit.*, p. 40.

brasileira do início dos anos 1990 revelou os limites materiais de capacidade de direção e intervenção do Estado na economia, o que talvez pudesse ter sido evitado por meio da coordenação e co-operação entre Estado, setor empresarial e sindicatos:

[...] é evidente que o combate à inflação exigiria um considerável grau de cooperação entre os agentes produtivos – cooperação essa alcançável somente por meio de uma delicada e intrincada negociação política. Como o ex-Presidente da República negou-se a lançar ele próprio as bases para esse tipo de negociação, entre 1990 e 1991, [...] era natural que o Executivo viesse a enfrentar crescentes dificuldades para fazer “penetrar” as normas e as leis por ele especialmente formuladas com o objetivo de viabilizar seus ambiciosos programas de estabilização da moeda. [...]

[...] Quanto mais ampliou esse seu poder de intervenção e multiplicou seus meios de ação, muitas vezes de modo inconstitucional, paradoxalmente, menos ele obteve o acatamento às suas determinações. Quanto mais procurou disciplinar e regular todos os espaços, dimensões e temporalidade do sistema econômico por meio de uma avassaladora e intrincada teia regulatória, menos o Executivo revelou-se capaz de expandir de maneira eficaz o seu raio de ação oficial e de mobilizar os instrumentos de que formalmente dispunha para exigir respeito a suas ordens.²⁵⁹

Portanto, na medida em que estabelecem objetivos políticos amplos a serem implementados através da intervenção estatal nos diversos subsistemas sociais autônomos, o *welfare state* e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais carregariam implícitos o risco de que suas interferências limitem excessivamente a racionalidade interna dos demais subsistemas sociais (assim como sua capacidade de reprodução autopoietica), ou, de forma diametralmente oposta, que estes reajam defensivamente, tornando imperial a sua própria racionalidade interna, como ocorreu na crise inflacionária do início dos anos 1990, na qual a incapacidade estatal de co-ordenar sua política econômica com os interesses do setor industrial e dos sindicatos resultou no desenvolvimento de estratégias defensivas por estes dois últimos e na prevalência da lógica econômica.²⁶⁰

1.2.6 Uma ponderação da visão teubneriana em relação ao subsistema econômico

Apesar de a crítica de Teubner às pretensões do Estado de Bem-estar alertar para a importância de que os subsistemas sociais tenham sua esfera de autonomia reconhecida e protegida do eventual imperialismo da racionalidade transversal do subsistema político, é

²⁵⁹ FARIA, *op. cit.*, p. 125-126.

²⁶⁰ “[...] tendo desenvolvido estratégias de autodefesa em face das deficiências operacionais do Executivo e das determinações discrepantes oriundas do furor regulatório das autoridades econômicas, tais organizações não se limitaram a preservar e/ou aumentar seus próprios espaços; elas também procuraram redefinir sua própria ética e gerar suas próprias regras em áreas específicas das relações socioeconômicas.” FARIA, *op. cit.*, p. 126.

necessário interpretá-la com cuidado. Como afirmado anteriormente, a necessidade de se recorrer ao direito como mecanismo estabilizador de expectativas cognitivas varia drasticamente entre os diversos subsistemas sociais funcionalmente diferenciados. Se na religião a única expectativa cognitiva que precisa ser estabilizada normativamente é sua autonomia – o que implica a abstenção do Estado em tal subsistema, de modo que o critério de aplicação do código-diferença binário *transcendente/imane*nte não seja sobreposto pelo código *poder/não-poder*, como impõe a nossa Carta²⁶¹ –, o mesmo não pode ser dito em relação à economia, cujas expectativas cognitivas precisam ser estabilizadas pelo direito (daí a importância da constituição econômica) para que seus elementos internos se estruturam e se desenvolvam adequadamente diante da complexidade de seu ambiente, em coevolução com o próprio direito e a sociedade.

Além disso, sem prejuízo da relevância da crítica de Teubner, ela precisa ser ponderada com o fato de que, nas sociedades capitalistas modernas, o código econômico ganhou preponderância sobre os demais, de modo que o aspecto mais relevante de sua constitucionalização na contemporaneidade deve ser o *limitativo*, cuja importância Teubner parece reconhecer apenas no nível da sociedade mundial, isto é, no subsistema econômico globalizado, e não no âmbito dos Estados-nação. Isso significa dizer que o direito deve, sim, estabilizar, por meio de normas, as expectativas cognitivas do sistema econômico, o que, aliás, é imprescindível para a própria complexidade interna deste último.²⁶²

Wolfgang Streeck²⁶³ apresenta uma interessante análise de como a preponderância do código econômico sobre outros códigos – bem como a invasão das esferas destes últimos pela racionalidade econômica – vem produzindo efeitos negativos até mesmo para o sistema de

²⁶¹ CRFB: “Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.”

²⁶² Partindo dos dois princípios de justiça propostos por John Rawls em sua teoria da justiça, Cass Sunstein propõe a seguinte hipótese: numa democracia recente e altamente industrializada, cidadãos interessados em assegurar o crescimento econômico e a produtividade tenderiam a adotar uma estrutura de mercado e um princípio de liberdade contratual. Eles também se inclinariam nesta direção em virtude do reconhecimento de que diferentes pessoas têm distintas preferências e concepções de bem, e de que essa diversidade é desejável para a sociedade, assim como o é o compromisso com a liberdade individual e do autodesenvolvimento. Por outro lado, embora temam que imposições governamentais possam se mostrar excessivamente opressoras e contraproducentes, os cidadãos sabem também que a ausência de intervenção estatal pode causar uma série de problemas, como visto anteriormente. Eles também temem que haja significativas desigualdades sociais, políticas e econômicas, e por estarem cobertos pelo véu da ignorância, não sabem ao certo como a natureza e o escopo da estrutura regulatória escolhida os afetará. Nestas circunstâncias, o provável é que tais cidadãos escolham a promoção do bem-estar social, em algumas hipóteses, e da autonomia noutras. SUNSTEIN (1990), *op. cit.*, p. 33.

²⁶³ STREECK, Wolfgang. O cidadão como consumidor: considerações sobre a invasão da política pelo mercado. In: *Piauí*, n. 79, abril 2013, p. 60-65 (trad. de Isa Mara Lando).

democracia representativa. A economia capitalista de produção de bens de consumo duráveis padronizados em massa – surgida no final do século XIX e vigente até os anos 1970, representada pelo famoso Ford T, disponível em todas as cores, *so long as it is black*²⁶⁴ – ignorava as preferências individuais dos consumidores devido à necessidade de expansão da produção e dos mercados. No entanto, com a saturação dos mercados de consumo de bens duráveis padronizados (causada em parte pela satisfação da demanda por tais produtos – justamente por serem duráveis – nos países industrializados), as estratégias de *marketing* voltaram-se para a satisfação de desejos cada vez mais individualizados dos consumidores, de modo a fazer com que continuassem consumindo, tornando-se a *personalização* a palavra de ordem, em superação à *padronização* da era fordista. Esse consumo individualizado trouxe novas formas de expressão da identidade social dos cidadãos, e ficou caracterizado pela transição de uma busca social e econômica de satisfação de *necessidades* para uma busca de satisfação de *desejos*. O consumo passou a ser visto como um ato de autoidentificação, que diferencia o indivíduo de outros grupos sociais.

Essa socialização dos indivíduos por meio de suas escolhas como consumidores, embora pareça mais voluntária do que aquela imposta por laços familiares, profissionais ou geográficos, também é mais tênue, na medida em que abandonar as identidades coletivas adotadas através do consumo não traz nenhuma consequência relevante aos indivíduos, ao contrário do que acontece nos grupos sociais reais. Em consequência, as relações políticas entre cidadãos passaram a ser cada vez mais desfavoravelmente comparadas com as relações comerciais entre consumidores, tornando a condição de *cidadão* menos confortável que a de *consumidor*. Nas palavras de Streeck,

[...] o papel de cidadão exige uma disposição disciplinada de aceitar decisões às quais inicialmente nos opusemos, ou que são contrárias aos nossos próprios interesses. Assim, os resultados raramente são ideais do ponto de vista do indivíduo, de modo que a falta de encaixe perfeito com as preferências individuais deve ser compensada pela satisfação cívica com o fato de que os resultados foram alcançados por meio de um processo democrático legítimo. A participação política em uma democracia exige, em particular, que estejamos preparados para justificar e recalibrar nossas preferências à luz de princípios gerais – desenvolvendo essas preferências não no sentido da diversificação, mas da agregação e da unificação.²⁶⁵

²⁶⁴ Trata-se da famosa estratégia de padronização implementada por Henry Ford para permitir a produção em massa de veículos por meio da utilização de novas técnicas como a linha de produção. Uma análise aprofundada sobre o fordismo pode ser encontrada em HARVEY, David. *Condição Pós-Moderna: Uma Pesquisa sobre as Origens da Mudança Cultural*. 17ª ed. Trad. de Adail U. Sobral e Maria S. Gonçalves. São Paulo: Ed. Loyola, 2008, p. 121-134.

²⁶⁵ STREECK, *op.cit.*, p. 64.

De forma semelhante, a tese comunitarista de Michael Sandel também vê enorme risco para a democracia na invasão de esferas sociais por relações de mercado:

Numa época de crescente desigualdade, a marquetização de tudo significa que as pessoas abastadas e as de poucos recursos levam vidas cada vez mais separadas. Vivemos, trabalhamos, compramos e nos distraímos em lugares diferentes. Nossos filhos vão a escolas diferentes. Estamos falando de uma espécie de camarotização da vida americana. Não é bom para a democracia e nem sequer é uma maneira satisfatória de levar a vida.²⁶⁶

Em vista disso, o temor de Teubner de que a racionalidade política se sobreponha às racionalidades do subsistema econômico parece exagerado na sociedade contemporânea. Partindo dos conceitos de *variação*, *seleção* e *estabilização* na evolução e diferenciação funcional dos sistemas sociais (conforme exposto na Seção 1.1), Alberto Febbrajo²⁶⁷ apresenta uma possibilidade interessante e nãoconflitante de releitura dessas relações entre direito, política e economia. Ele afirma que a democracia representa o importante papel de *variação* dos subsistemas político e jurídico, na medida em que, respectivamente, estabelece um consenso quanto à possibilidade de mudança dos representantes políticos da sociedade (por meio do processo eleitoral) e permite a reciclagem das expectativas normativas (por meio do processo legislativo, que produz normas novas e extingue normas antigas). Isso impulsiona a evolução destes subsistemas diante das demandas do ambiente, representando, especificamente em relação ao subsistema jurídico, uma essencial capacidade de aprendizado.²⁶⁸ A Constituição, por sua vez, desempenha um papel de *estabilização* (em sentido semelhante ao afirmado por Teubner), na medida em que estabelece condições duradouras que compatibilizam as racionalidades internas dos subsistemas jurídico e político. Essa construção permite que o subsistema jurídico supere a tautologia fundamental de que a lei é a lei porque é a lei²⁶⁹ através da delegação da questão de sua legitimidade ao subsistema político, que por sua vez resolve a questão de sua própria legitimidade delegando-a à democracia (em contraposição às fundamentações divinas do poder soberano nas esferas política e jurídica das sociedades pré-modernas, incompatíveis com a hipercomplexidade da modernidade). É aqui, portanto, que podemos reler o disposto no parágrafo único do art. 1º da Constituição de 1988 (“*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de*

²⁶⁶ SANDEL, *op. cit.*, p. 202.

²⁶⁷ FEBBRAJO, Alberto. The Failure of Regulatory Institutions – a Conceptual Framework. In: KJAER; TEUBNER; FEBBRAJO, *op. cit.*, p. 286-290.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 289.

²⁶⁹ RENNER, *op. cit.*, p. 97.

representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”), uma vez que permite *desparadoxizar* simultaneamente os subsistemas político e jurídico com o recurso ao princípio democrático.

O que Febraro chama de *mercado* realiza, por fim, o acoplamento *operativo*²⁷⁰ entre os subsistemas jurídico e econômico, aproximando-se, com a diferença da intensidade e duração do vínculo, do conceito de *constituição econômica* de Teubner. Nesta perspectiva, o *mercado* exerce um papel de *seleção*, na medida em que tenta excluir influências jurídicas que não sejam compatíveis com a racionalidade do subsistema econômico, ao mesmo tempo em que busca excluir racionalidades econômicas que não sejam compatíveis com a ordem jurídica.

1.2.7 Conclusões

Em síntese conclusiva, vimos que a Constituição brasileira de 1988 pode ser classificada como dirigente, mas que seu Título que dispõe sobre o subsistema econômico utiliza a expressão *ordem econômica*, como se descrevesse o mundo do ser. Acaso ou não, afirmamos que se trata de um constante lembrete de que a economia, como subsistema social autônomo, é dotada de um código-diferença próprio, e que sua constitucionalização pela Constituição deve evitar a sobreposição do mesmo por uma racionalidade política.

Analisamos ainda o desenvolvimento do conceito de *constituição econômica* na Alemanha, que precede o desenvolvimento do constitucionalismo societal de Teubner, e como a Lei Fundamental de Bonn adotou um conceito de constituição econômica neutro (*i.e.* não identificado com nenhuma ideologia abrangente sobre os papéis do Estado e do mercado), reconhecido pela Corte Constitucional germânica. Vimos ainda como a Constituição brasileira de 1988 também permite, apesar de seu caráter dirigente, o surgimento de uma constituição econômica neutra no país (em virtude da sua gênese compromissória e da convivência de princípios constitucionais econômicos contrapostos em seu texto).

Defendemos que o mais adequado seria reconhecer que a constituição econômica deve ser vista de uma perspectiva material, que não se restringe às (nem se identifica com) normas constitucionais, incluindo também o direito ordinário – em ambos os casos, desde que tenham

²⁷⁰ Definido, em contraposição ao acoplamento estrutural, como “*vínculo momentâneo entre operações do sistema e do ambiente*”. NEVES (2012), *op. cit.*, p. 97. Ou, nas palavras de Teubner, “*uma certa densidade e duração dos acoplamentos estruturais precisa existir, o que distingue constituições das diversas situações em que o direito e uma esfera social são apenas ocasional e frouxamente acoplados*”. TEUBNER (2012), *op. cit.*, p. 105.

uma natureza secundária, isto é, que orientem a aplicação de outras normas. Exemplificamos isso com o conceito de contrato, estabelecido pelo direito civil infraconstitucional, mas que, adotado pela *constituição econômica*, orienta a aplicação do código-diferença lícito/ilícito no direito e do código-diferença ter/nãoter na economia, criando um código constitucional/inconstitucional próprio do subsistema econômico – chamado por Teubner de *metacódigo binário híbrido*– que permite a coevolução dinâmica dos subsistemas jurídico e econômico.

Demonstramos ainda que, no âmbito do subsistema político, os direitos fundamentais funcionam como norte interpretativo da política econômica estatal e analisamos alguns problemas que podem advir do engessamento do subsistema econômico por uma objetivação excessiva desses direitos. Vimos também como Marcelo Neves justifica os direitos fundamentais como garantias contra o risco de *desdiferenciação*, permitindo a manutenção de uma comunicação plural adequada à hipercomplexidade social, e como Teubner afirma– na perspectiva do constitucionalismo societal – que tais direitos fundamentais devem ser traduzidos para os diversos subsistemas sociais.

Vimos também a crítica de Teubner às pretensões do *welfare state* de coordenar toda a sociedade e ao risco associado de expansão da racionalidade política sobre outros subsistemas sociais (inclusive a economia), mas terminamos ponderando esta visão de Teubner ao afirmarmos, com Marcelo Neves, que o risco maior das relações entre direito, política e economia no âmbito dos Estados nacionais não é que a racionalidade política suplante a reprodução autopoietica do subsistema econômico, mas precisamente o contrário, ou seja, que a poderosa racionalidade econômica autônoma possa impedir a reprodução autopoietica dos subsistemas político e jurídico – tendo sido precisamente essa reação contra o imperialismo econômico que permitiu o surgimento do *welfare state*. Por fim, descrevemos como a visão de Alberto Febbrajo permite não apenas reconciliar os conceitos e as funções da Constituição, do mercado e da democracia, como também afirmar com mais clareza que a *estabilização* duradoura de decisões econômicas na Constituição – por meio da conceituação ideológica da *constituição econômica* ou da excessiva objetivação de direitos fundamentais – pode bloquear as capacidades sociais de *variação* e *seleção* dos subsistemas político e jurídico em relação ao subsistema econômico, impedindo a evolução daquele em face do dinamismo deste.²⁷¹

Em outras palavras, o risco é que a constitucionalização de decisões econômicas retire do subsistema político a capacidade de reciclar o subsistema jurídico através do processo

²⁷¹ Esta dinâmica se aproxima do que Neves chama de circulação e contracirculação do poder no Estado democrático de direito. Sobre o tema, cf. NEVES (2012), *op. cit.*, p. 85-88.

legislativo,²⁷² o que é essencialmente grave para o *mercado*, uma vez que a complexidade do subsistema econômico não encontraria nada à altura no subsistema jurídico. Disso resulta a importância do caráter relativamente neutro da constituição econômica brasileira, como visto anteriormente, uma vez que tal neutralidade respeita a autonomia dos subsistemas, ao mesmo tempo em que permite que o direito e a política se reciclem constantemente, de modo a fazer frente à complexidade da economia.

Uma crítica mais adequada ao risco da constitucionalização excessiva não seria, portanto, aquela proposta por Teubner. Ela se aproximaria, na verdade, das ressalvas que Daniel Sarmento opõe à *ubiquidade constitucional*: “é preciso evitar as respostas extremas – tanto as que se opõem à filtragem constitucional, como as que sustentam que tudo ou quase tudo já está constitucionalmente definido, cumprindo apenas ao legislador o papel de executar decisões contidas explícita ou implicitamente na Lei Maior”.²⁷³ Não porque isso viola a autonomia do subsistema econômico, como entende Teubner, mas porque reduz a capacidade de auto-observação do subsistema jurídico em relação aos seus acoplamentos com aquele.

Em sentido semelhante, Gustavo Binbenbim afirma que a constitucionalização representa um problema quando se torna o que ele chama de *constitucionalização às avessas*, e não enquanto ela se configura como um movimento de releitura de institutos e conceitos básicos à luz dos princípios constitucionais. A *patologia* surge quando se verifica um processo de incorporação da legislação ao texto da Constituição, o que não representa a *constitucionalização* do direito ordinário, e sim a *ordinarização* da Constituição – incapacitando o aprendizado ou a reciclagem dos subsistemas político e jurídico ou resultando na inflação de emendas constitucionais, fenômeno característico da experiência constitucional brasileira contemporânea.²⁷⁴ Essa constitucionalização às avessas incrementa ainda o risco de que interesses particularistas sejam retirados do âmbito do processo político democrático e entrincheirados na Constituição, levando a uma *ossificação* do Estado em relação a uma realidade cada vez mais dinâmica e cambiante.²⁷⁵

²⁷² Ressalvada, naturalmente, a possibilidade de se emendar a Constituição, que o poder constituinte derivado brasileiro usa sem parcimônia.

²⁷³ *Ibid.*, p. 195.

²⁷⁴ BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos. In: *Temas...*, cit., p. 57.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 57-58.

Na próxima Seção, aprofundaremos a análise da afirmação de que a Constituição não pode ser o repositório de todas as respostas do ordenamento jurídico²⁷⁶ – principalmente no que respeita ao subsistema econômico – apresentando a discussão sobre o chamado risco de fundamentalismo na interpretação dos princípios constitucionais econômicos, com o intuito de demonstrar a importância do elemento democrático na definição da política econômica estatal. Entretanto, ao fim pretendemos demonstrar como a ascensão do neoliberalismo sepulta as pretensões do *welfare state*.

1.3 Direito, política econômica e democracia

1.3.1 Racionalidade econômica x racionalidade política

É lugar comum entre muitos juristas brasileiros a ideia de que a economia possui leis próprias que escapam ao controle do legislador e do processo democrático. Assim como qualquer determinação do Estado sobre as leis da física seria absolutamente inócua, o mesmo se sucederia em relação às leis da economia. Nesse sentido, a tentativa normativa de limitação dos juros bancários para proteger os mutuários²⁷⁷ seria tão eficaz quanto uma delirante deliberação normativa que visasse a alterar a lei da gravidade, com o intuito de evitar quedas que possam machucar as pessoas ou danificar seus bens. Assim como as águas de um rio caudaloso demais para ser contido, as forças econômicas encontrariam curso próprio na sociedade, e tentar represá-las pode causar efeitos ainda mais danosos do que aqueles que o legislador quis evitar com suas medidas.

Esses juristas sustentam um modelo de organização econômica baseado no livre funcionamento do mercado, no qual os atores econômicos são dotados de ampla liberdade de atuação, liberdade esta sujeita apenas a certas restrições básicas. Os mercados livres são preferíveis porque as decisões sobre produção e consumo são tomadas por milhões de indivíduos e empresas – em contraposição a um órgão planejador central, como ocorria nas economias da União Soviética e de outros países do Leste Europeu – que, embora procurando apenas maximizar o seu próprio bem-estar (no caso dos indivíduos) ou lucro (no caso das empresas), acabam, como que guiados por uma *mão invisível* (na famosa formulação atribuída

²⁷⁶ SARMENTO (2006), *op.cit.*, p. 195.

²⁷⁷ Previsto na redação original do §3º do Art. 192 da CRFB (revogado pela Emenda Constitucional nº 40/2003), como visto anteriormente.

a Adam Smith),²⁷⁸ promovendo aumento do bem-estar de toda a sociedade. Em síntese, a busca egoística de cada agente econômico pela maximização de seus interesses individuais teria a capacidade de produzir bem-estar para a sociedade.²⁷⁹ A intervenção jurídica, neste modelo de organização econômica, se restringe às normas de direito privado,²⁸⁰ destinadas apenas a organizar a manifestação e o encontro da vontade das partes, ou seja, o exercício da autonomia da vontade dos indivíduos.

Esta visão decorre, em alguma medida, da concepção das ciências econômicas como o estudo comportamental dos indivíduos e das instituições no que se refere à produção e circulação de riquezas. As ciências econômicas refletiriam, assim, o comportamento natural e intrínseco do homem quando inserido no jogo econômico, isto é, nas relações sociais de produção e circulação dos bens necessários para sua subsistência. Também corrobora este entendimento a ideia de racionalidade econômica, pilar da teoria clássica,²⁸¹ segundo a qual os indivíduos realizam escolhas econômicas buscando sempre a maximização de sua utilidade. Decorre desse pressuposto axiomático da racionalidade econômica o conceito de *homo oeconomicus*, em que o comportamento humano é tomado “*como fundamento das leis naturais que induzem o indivíduo à troca e, portanto, o submetem inevitavelmente à concorrência, como mecanismo de conciliação dos interesses privados*”.²⁸²

No entanto, a aceitação acrítica deste conceito leva a graves distorções. Em vez de refletir uma concepção científica imparcial, a polivalência do conceito de racionalidade econômica e sua expansão do nível individual para uma racionalidade sistêmica da sociedade traz implícita consigo a ideologia do liberalismo econômico, para a qual as intervenções do Estado na economia devem – sob o risco de incorrer em irracionalidade – se ater ao mínimo necessário para a garantia do regular funcionamento do subsistema econômico, mínimo este normalmente identificado com a garantia da propriedade, da execução dos contratos e da

²⁷⁸ SMITH, Adam. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Project Gutenberg, 2009. Disponível em: <www.gutenberg.org>, acesso em: outubro de 2012. Registre-se, contudo, que a expressão *invisible hand* é referida uma única vez na obra, e em contexto bastante diferente daquele usualmente atribuído a Smith (em que se fala na mão invisível do mercado). Para uma crítica da leitura ideológica e restrita da obra de Adam Smith, cf. SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*. Trad. de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Cia. das Letras, 1999, p. 38 e seguintes.

²⁷⁹ MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia*. Trad. de Allan V. Hastings. São Paulo: Thompson Learning, 2007, p. 11.

²⁸⁰ OGUS, Anthony I. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2004, p. 1.

²⁸¹ MANKIW, *op. cit.*, p. 4.

²⁸² BELLUZZO, Luis Gonzaga de Mello. *Ensaio sobre o Capitalismo no Século XX*. São Paulo: Ed. Unesp, 2004, p. 99.

segurança interna e externa.²⁸³ Neste sentido, a racionalidade mascara o fato de que a política econômica muitas vezes busca a manutenção do *status quo*, o que se mostra particularmente grave no caso de países em desenvolvimento.

Keneth Arrow e Gerard Debreu estabeleceram em que sentido a formulação de Adam Smith sobre a mão invisível é válida (a chamada *Eficiência de Pareto*, em que a situação econômica de um agente não pode melhorar sem que a situação de outro piore) e em que circunstâncias ela pode ser verificada (concorrência perfeita, ausência de externalidades e de bens públicos²⁸⁴).²⁸⁵ No entanto, como não existe mercado em que tais circunstâncias sejam verificadas (*i.e.* livre de *falhas de mercado*), o argumento pela manutenção de mercados livres de toda e qualquer intervenção estatal perde toda a sua força. Além disso, os dois conceitos de racionalidade, a individual e a coletiva, ambos sustentáculos científicos do liberalismo econômico clássico, foram desmistificados pela mais moderna doutrina econômica com o desenvolvimento da teoria dos jogos e da crítica à ideia de racionalidade. Autores como Amartya Sen²⁸⁶ demonstraram não existir o axioma da racionalidade econômica em nenhum desses níveis; tratar-se-ia, na verdade, de ficções que, em vez de explicar, embaralham o entendimento sobre o iter psicológico que os agentes econômicos percorrem na tomada de suas decisões acerca da produção e circulação de riquezas.²⁸⁷

²⁸³ POSNER, Richard. A. *A Economia da Justiça*. Trad. de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 143.

²⁸⁴ Assim entendidos os bens e serviços não rivais (a utilidade que uma pessoa extrai deles não reduz a utilidade disponível para outras) e não excludentes (porque beneficiam todos os membros da sociedade indistintamente, mesmo aqueles que em nada contribuíram para sua produção). Em virtude dessas características, o mercado não vai oferecê-los, ou não vai oferecê-los em quantidade suficiente, o que justifica a sua prestação pelo Estado. Sobre o tema, v. STIGLITZ (2000), *op. cit.*, p. 79-80.

²⁸⁵ STIGLITZ, Joseph E. Government Failure vs. Market Failure. In: BALLEISEN, E. J.; MOSS, D. A. (Ed.). *Government and Markets: Toward a New Theory of Regulation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 16.

²⁸⁶ SEN, Amartya. Rational fools: A Critique of the Behavioral Foundations of Economic Theory. *Philosophy and Public Affairs*, vol. 6, n. 4, 1977, p. 317-344.

²⁸⁷ Para Sen, “[a] suposição do ‘comportamento racional’ tem um papel fundamental na economia moderna”. A teoria econômica moderna concebe o comportamento racional de duas formas: (a) como consistência interna de escolha, de modo a explicar, direta ou indiretamente, o conjunto de escolhas reais do agente como resultado de maximização segundo alguma relação binária, resultando, portanto, em uma ordenação coerente das escolhas dadas as preferências do indivíduo; e (b) como maximização do autointeresse, numa correlação externa entre as escolhas que o agente faz e seu autointeresse. Sen demonstra, contudo, os problemas de ambas as concepções: a consistência interna de escolha ignora a necessidade de coerência externa, ao passo que a maximização do autointeresse desconsidera qualquer outro motivo para a ação racional dos indivíduos, inclusive aqueles de fundamento ético. Numa releitura da obra de Adam Smith, Sen afirma que: “[...] o fato de Smith ter observado que transações mutuamente vantajosas são muito comuns não indica em absoluto que ele julgava que o amor-próprio unicamente, ou na verdade a prudência em uma interpretação abrangente, podia ser suficiente para a existência de uma boa sociedade: De fato, ele afirmava exatamente o oposto. [...] A interpretação errônea da postura complexa de Smith com respeito à motivação e aos mercados e o descaso por sua análise ética dos sentimentos e do comportamento refletem bem quanto a economia se distanciou da ética com o desenvolvimento da economia moderna.” SEN (1999), *op. cit.*, p. 39, 43-44.

Em contraposição a este modelo de livre funcionamento do mercado, outra parte da doutrina desenvolveu um olhar crítico sobre o papel do Estado na economia. Para estes autores, a promoção dos direitos fundamentais garantidos na Constituição e a superação da situação de subdesenvolvimento necessariamente requerem um maior controle estatal dos atores e das relações econômicas.²⁸⁸ Essa visão sustenta, portanto, um modelo de organização econômica que podemos chamar de *coletivista*, em que cabe ao Estado dirigir ou encorajar o comportamento dos agentes econômicos para alcançar objetivos que não seriam atingidos sem algum tipo de intervenção.²⁸⁹

Em todas as sociedades industrializadas democráticas existe uma tensão entre estes dois modelos de organização econômica, com os defensores do modelo de *livre funcionamento do mercado* normalmente se situando à direita do espectro político, e os do modelo *coletivista*, à esquerda.²⁹⁰ Não obstante, as duas abordagens parecem ter uma destacada característica comum: uma visão bastante apaixonada e abrangente da interação entre os fenômenos econômicos e o Estado, visão esta que frequentemente assume contornos quase partidários nas discussões públicas sobre o papel do Estado no subsistema econômico, turvando assim a possibilidade de uma discussão teórica imparcial – e menos ideológica²⁹¹ – sobre o tema.

Partindo do reconhecimento de que a “*relação entre Estado e economia é dialética, dinâmica e mutável, sempre variando segundo as contingências políticas, ideológicas e econômicas*”,²⁹² e de que a economia é um dos principais subsistemas da sociedade por compreender as relações de produção e circulação dos escassos recursos materiais necessários para a vida das pessoas, o objetivo da presente Seção é (a) afirmar a política econômica como uma das dimensões mais relevantes do processo político democrático (no plano interno); e, a partir disso, (b) indicar argumentos que fundamentem o papel democrático da intervenção do Estado na economia, ponderado pelo reconhecimento de seu caráter cíclico, admitindo que a definição da extensão e profundidade desta intervenção é matéria essencialmente política. Entretanto, ao final veremos com maior profundidade como as mudanças político-econômicas

²⁸⁸ BERCOVICI, Gilberto. Política Econômica e Direito Econômico. *Revista da Fundação Brasileira de Direito Econômico*, n. 3, p. 17-38. Disponível em: < <http://www.fbde.org.br/>>, acesso em: setembro de 2012.

²⁸⁹ OGUS, *op. cit.*, p. 2.

²⁹⁰ Cf. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. O caráter cíclico da intervenção estatal. *Revista de Economia Política*, v. 9, n. 3, julho-setembro 1989, p. 118; STIGLITZ, Joseph E. On the Economic Role of the State. In: HEERTJE, Arnold (ed.). *The Economic Role of the State*. Oxford: Basil Blackwell, 1989, p. 56-57.

²⁹¹ BRESSER-PEREIRA, *op. cit.*, p. 118.

²⁹² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 202.

testemunhadas no mundo ocidental a partir da década de 1970 alteraram radicalmente este panorama.

1.3.2 Razão pública e política econômica

O conceito de razão pública desenvolvido por John Rawls²⁹³ pode fornecer uma interessante demarcação dos limites que os modelos de organização econômica anteriormente descritos devem observar na discussão sobre o papel do Estado no domínio econômico.

Partindo do reconhecimento de um *pluralismo razoável* – que caracteriza as sociedades modernas pela variedade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais *abrangentes* (*i.e.* fundamentadas em valores que não são amplamente compartilhados pela sociedade, como os de fundo religioso, moral, etc.) que frequentemente são incompatíveis entre si, mas ainda assim razoáveis²⁹⁴ –, o conceito de razão pública de John Rawls indica quais são os argumentos a que podemos recorrer quando discutimos questões relacionadas ao bem comum em assuntos fundamentais de justiça, de modo a permitir que se alcance um *consenso sobreposto* em sociedades com valores e visões de mundo bastante divergentes.²⁹⁵

O exercício de distribuição dos direitos na *posição original* por meio do *véu da ignorância* proposto por Rawls sugere que os dois princípios de justiça aplicáveis às estruturas básicas da sociedade que os indivíduos escolheriam *racionalmente*²⁹⁶ certamente permitiriam a intervenção regulatória do Estado nos diversos subsistemas sociais, o que constitui um denominador comum para ambas as visões econômicas abrangentes e demonstra que a visão coletivista não pode ser totalmente eliminada. O primeiro princípio de justiça de Rawls propõe que cada pessoa tenha um direito igual à mais extensa liberdade básica compatível com uma liberdade semelhante reconhecida às outras pessoas; tal liberdade é composta, basicamente, pelos direitos políticos, liberdades de expressão, associação,

²⁹³ Para uma excelente exposição sobre o conceito rawlsiano de razão pública e suas críticas, cf. GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça depois de Rawls: Um Breve Manual de Filosofia Política*. Trad. de Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 236-245.

²⁹⁴ MENDONÇA, José Vicente Santos de. A Interpretação do Direito Econômico e o Ideal de Razão Pública: o Caso da Intervenção Direta Monopolística e Concorrencial. *Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*. São Paulo, 2009, p. 4.259. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2442.pdf>, acesso em: outubro de 2012.

²⁹⁵ GARGARELLA, *op. cit.*, p. 236-239.

²⁹⁶ “[...] a ideia guia é que os princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade são objeto da posição original. Eles são os princípios que pessoas livres, racionais e interessadas em perseguir seus próprios interesses aceitariam, numa posição inicial de igualdade, como regras fundamentais de sua convivência.” RAWLS, *op. cit.*, p. 11.

consciência e pensamento, possibilidade de ter bens próprios e ausência de prisão ou apreensão arbitrárias.²⁹⁷ O segundo princípio de justiça propõe que as desigualdades econômicas e sociais sejam toleradas apenas na medida em que elas simultaneamente (a) possam representar vantagens para todos os membros da sociedade e (b) sejam relativas a posições e cargos cuja ocupação seja permitida a todas as pessoas. Este princípio aplica-se à distribuição de renda e riqueza na sociedade, bem como à estruturação das instituições que contenham diferentes níveis hierárquicos (de autoridade e responsabilidade).²⁹⁸

Uma vez estabelecido o limite mínimo pelos princípios básicos da sua teoria da justiça, Rawls propõe que quaisquer razões abrangentes devem ser vistas como parciais (em contraposição ao conceito de imparcialidade). Mesmo as teorias desenvolvidas no âmbito das ciências sociais aplicadas – em que provas empíricas são relativas e conclusões dependem de uma infinidade de fatores – podem ser consideradas razões abrangentes, uma vez que suas proposições não necessariamente representam o consenso sobreposto das comunidades científica ou política. É assim que novas teorias surgem, desenvolvem-se e são superadas por melhores explicações do homem e do mundo, o que garante o progresso dessas disciplinas através dos tempos. Como propõe Thomas Kuhn²⁹⁹, o progressivo acúmulo de contradições internas num paradigma eventualmente ocasiona sua superação por outro mais afinado com a realidade analisada.

Na economia política, é possível enxergar tanto o modelo de *livre funcionamento do mercado* quanto o *coletivista* como razões econômicas abrangentes, na medida em que representam diferentes visões ideológicas sobre a justiça econômica. Não se quer dizer com isso que tais argumentos sejam incompatíveis com foros de discussão pautados pela razão pública. Pelo contrário, a política econômica deve ser objeto de ampla discussão pela sociedade e reflexo de seus anseios, mas a cristalização de um ou outro modelo como verdades absolutas necessariamente afasta ou elimina o modelo oposto do debate, o que não se coaduna, portanto, com o ideal de razão pública, tampouco com as necessidades de aprendizado e reciclagem dos subsistemas político e jurídico.

É nesse sentido que Cláudio Pereira de Souza Neto e José Vicente Santos de Mendonça falam em um *fundamentalismo* na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa, caracterizado pela tentativa de se introduzir, no campo dos direitos fundamentais,

²⁹⁷*Ibid.*, p. 60-61.

²⁹⁸*Ibid.*, p. 61.

²⁹⁹KUHN, *op. cit.*

doutrinas abrangentes particulares ligadas ao neoliberalismo.³⁰⁰ Parece pertinente, contudo, que a crítica seja expandida a qualquer fundamentalização de ideologias econômicas, sejam elas relacionadas com o livre mercado ou com o intervencionismo estatal.

Já é possível distinguir o caráter essencialmente ideológico dos modelos de organização econômica do Estado anteriormente identificados. Isso sugere a importância da ideia de que as maiorias democráticas possam imprimir à política econômica do Estado – observados os fins e limites estabelecidos pela Constituição – a sua concepção econômica, seja ela mais próxima do modelo de *livre funcionamento do mercado* ou do *coletivista*, sem que isso necessariamente anule em caráter permanente o modelo alternativo do debate político.

Uma análise histórica da intervenção estatal na economia pode fornecer interessantes argumentosa respeito da importância – ou mesmo da inexorabilidade – da abertura da política econômica (em contraposição a seu engessamento).

1.3.3 O caráter cíclico da intervenção estatal

Uma análise dos níveis e modos de intervenção estatal na economia ao longo dos tempos é capaz de demonstrar com clareza o seu caráter cíclico ou pendular.

O processo de formação dos Estados nacionais guardou estreita relação com o desenvolvimento econômico. A existência de uma unidade político-administrativa capaz de arrecadar impostos e realizar investimentos de monta é amplamente reconhecida como uma das principais razões que permitiram que Portugal e Espanha – dois dos primeiros países europeus a se tornarem Estados nacionais – se lançassem em expedições marítimas e se consolidassem como as maiores potências econômicas do período mercantilista,³⁰¹ caracterizado pelo profundo dirigismo estatal das atividades econômicas.³⁰²

Posteriormente, com a explosão das revoluções liberais, o advento do liberalismo econômico clássico forneceu o substrato teórico para a consolidação do Estado liberal, no

³⁰⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e Fundamentalismo na Interpretação do Princípio Constitucional da Livre Iniciativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 721.

³⁰¹ FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 13ª ed. São Paulo: Edusp, 2008, p. 22.

³⁰² NASCIMENTO, Floriano de Lima. Uma breve história da economia ocidental: do mercantilismo aos dias atuais. *Revista da Fundação Brasileira de Direito Econômico*, cit., p. 106-107.

qual a intervenção estatal foi drasticamente reduzida em benefício da autorregulação do mercado através da chamada *mão invisível*.

Antes mesmo da crise de 1929, o fim do Estado liberal já era prenunciado, mas foi a crise do período entreguerras – que provocou a maior retração econômica da história do capitalismo – que permitiu a superação do liberalismo pelo *welfare state*. Os fundamentos teóricos para esta radical mudança na relação entre o Estado e a economia foram fornecidos, no plano econômico, pelas teorias de John Maynard Keynes, e no plano político e jurídico, pelas reformas implementadas nos Estados Unidos da América por meio do *New Deal*, com a superação da chamada *Era Lochner*, como já analisado.³⁰³

No último quarto do século XX, contudo, o liberalismo econômico voltou à pauta política dos Estados ocidentais. Após a crise do petróleo de 1973 e a recessão que se seguiu, foi ganhando força no ideário político e econômico a visão de que a melhor alternativa era aquela sustentada pelo neoliberalismo.

Essa breve análise histórica, que culmina com a emergência das reformas neoliberais (as quais analisaremos mais adiante), demonstra que a intervenção do Estado na economia parece obedecer a um movimento pendular, em que posições opostas se alternam de tempos em tempos e cujas fases de predominância geralmente se encerram após a ocorrência de uma crise.³⁰⁴ Desde a década de 1920 alguns economistas vêm estudando este padrão de desenvolvimento econômico, caracterizado por um processo cíclico de expansão e contração do Estado em uma série de ondas longas de cinquenta a sessenta anos, denominadas ondas de Kondratieff em homenagem ao economista russo Nikolai Kondratieff, que desenvolveu a teoria.³⁰⁵

Em trabalho pioneiro na doutrina econômica brasileira sobre o tema, Luiz Carlos Bresser-Pereira parte do conceito de ondas de Kondratieff e de dados empíricos relevantes para sustentar que a intervenção estatal expande-se e contrai-se ciclicamente, e que a cada novo ciclo o modo pelo qual o Estado intervém na economia se altera. A hipótese defendida pelo economista é a de que a relação ideal entre os dois modelos (coletivista e de livre mercado) vai necessariamente variar no curso da história de acordo com as permanentes transformações da economia:

³⁰³ SUNSTEIN (2004), *op. cit.*, p. 131-242.

³⁰⁴ Diverge-se aqui da famosa teoria de Francis Fukuyama sobre o “fim da História”, conforme a crítica de KLEIN, Naomi. *The Shock Doctrine: The Rise of Disaster Capitalism*. London: Allen Lane, 2007, p. 183.

³⁰⁵ BRESSER-PEREIRA, *op.cit.*, p. 123; HOBBSBAWM, *op. cit.*, p. 91-92.

A razão pela qual a intervenção apresenta um caráter cíclico é mais ou menos óbvia, uma vez estabelecida a idéia. O mercado por si é claramente insuficiente para garantir a acumulação capitalista e não possui um mecanismo endógeno para promover uma distribuição da renda socialmente aceitável. Dados estes dois pressupostos, a intervenção estatal é uma condição necessária tanto para o processo de acumulação como para o de distribuição. Desta forma, não obstante toda a crítica ideológica, a intervenção estatal irá ocorrer. E como tende a aumentar em intensidade durante a fase de expansão do ciclo, irá necessariamente provocar distorções, que só serão corrigidas na fase de retração.³⁰⁶

No entender de Bresser-Pereira, tais distorções geralmente são caracterizadas pela crise fiscal resultante do aumento excessivo de despesas públicas com a manutenção do aparato estatal de intervenção econômica³⁰⁷ – mediante o investimento em empresas estatais ou a manutenção de órgãos de regulação e fiscalização das atividades econômicas (como as agências reguladoras). Se o saldo da comparação entre os benefícios e os problemas do aumento da intervenção estatal se tornar negativo, a tendência natural é que haja uma demanda social pela retração do intervencionismo estatal.

Existem, portanto, relevantes evidências históricas de que a extensão e a profundidade da intervenção do Estado na economia variam de acordo com uma dinâmica política e econômica aparentemente alheia à Constituição. Se em um momento inicial a ineficiência do livre mercado para promover a distribuição de riqueza e o conseqüente aumento das desigualdades sociais causa um crescente pressão política por maior intervenção do Estado na economia, é possível que a expansão responsiva da atividade estatal gere, no longo prazo, um acúmulo de contradições internas que pressionará pela retração da intervenção. Daí falar-se no caráter cíclico da intervenção estatal.

Numa perspectiva sistêmico-teórica, é possível afirmar que o processo de diferenciação funcional dos sistemas político e econômico na sociedade moderna (e sua autorreprodução reflexiva) causa um movimento cíclico de expansão e retração de suas racionalidades. Durante o mercantilismo, a ainda tímida diferenciação funcional permitiu que a racionalidade política se sobrepusesse à racionalidade dos demais subsistemas sociais (característica típica das sociedades pré-modernas), o que ajudou a consolidar e diferenciar o subsistema político em relação ao ambiente (como demonstra o surgimento das primeiras estruturas político-administrativas centrais em Portugal e Espanha). No entanto, as contradições sociais criadas por esta dinâmica geraram o que Teubner chama de um *momento constitucional* – caracterizado pelas revoluções liberais do século XVIII –, permitindo uma reação e o desbloqueio do processo de diferenciação funcional do subsistema econômico, o

³⁰⁶ BRESSER-PEREIRA, *op.cit.*, p. 123.

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 127.

qual alcançou sua autonomia em relação ao ambiente por meio da limitação de capacidade interventiva do subsistema político em seus elementos e estruturas internos. No longo prazo, essa limitação gerou, por sua vez, novas contradições sociais e aumentou a pressão sobre o subsistema político para que voltasse a coordenar o subsistema econômico com mais intensidade, permitindo, na metade do século XX, o surgimento do *welfare state*, o qual representou uma solução intermediária entre o imperialismo da racionalidade política e o imperialismo da racionalidade econômica. No entanto, o acúmulo de contradições também desta organização estatal impulsionou, como visto, a emergência das reformas neoliberais.

A crise econômico-financeira de 2008 pode ter significado um novo ponto de inflexão a partir do qual as relações entre os subsistemas jurídico, político e econômico devem ser repensadas, talvez sugerindo o retorno do Estado a um papel mais ativo no subsistema econômico, ou então uma nova configuração mais adequada à hipercomplexidade global contemporânea.

1.3.4 O papel da democracia no subsistema econômico

Como visto na Seção 1.2, Alberto Febbrajo propõe uma releitura das relações entre Constituição, direito e democracia – e as influências destes sobre o subsistema econômico – que permite explicar de maneira mais clara os riscos de bloqueio dos subsistemas político e jurídico. Marcelo Neves apresenta uma conclusão semelhante³⁰⁸ também através das categorias da teoria dos sistemas, mas com especial ênfase na importância do processo político democrático na sociedade contemporânea.

Como já mencionado, o direito nas sociedades pré-modernas era sobredeterminado pela política, o que somente foi superado com sua *positivação* nas sociedades modernas, permitindo seu fechamento operacional. Esse fechamento não significa, contudo, isolamento: a distinção entre expectativas normativas e cognitivas permite que o subsistema jurídico se feche operacionalmente ao mesmo tempo em que compatibiliza sua abertura ao ambiente; daí a afirmação de que o direito é um subsistema *normativamente fechado e cognitivamente aberto*.³⁰⁹ A abertura cognitiva representa sua capacidade de aprendizado em relação ao

³⁰⁸ Cf. NEVES (2012), *op. cit.*, p. 79-95.

³⁰⁹ Vide Seção 1.1.2 supra.

ambiente, ao passo que o fechamento normativo impede que os critérios de aplicação do código-diferença lícito/ilícito sejam definidos por outros subsistemas.³¹⁰

Através da sua abertura cognitiva, o direito pode *desparadoxizar* o problema de sua autorreferência autopoietica; nas palavras de Neves, “[o] fechamento cognitivo do sistema jurídico proporcionaria um paradoxo insuperável da autopoiese; não permitiria, portanto, a interrupção da interdependência dos componentes internos através da referência ao ambiente”.³¹¹ O Estado democrático de direito das sociedades modernas, contudo, não pode ser alcançado apenas por meio da autonomia operacional do direito; exige-se também a reprodução autopoietica da *política* (aqui entendida como esfera de tomada de decisões coletivamente vinculantes), que impedirá que suas comunicações sejam imediatamente determinadas por particularismos ou fatores externos.³¹²

Em outras palavras, impõe-se que o sistema político seja reproduzido por meio do seu código primário *poder superior/inferior*, e que seus programas sejam estabelecidos por procedimentos eleitorais, parlamentares, burocráticos, etc., o que leva Neves a afirmar que:

Neste sentido, “poder ou não-poder” é uma disjunção que não se confunde com aquela entre o ter ou não-ter. Em outras palavras, o código e preferência da economia não se sobrepõe ao código da política, nem vice-versa. Correspondentemente, os programas e critérios econômicos e políticos não se transportam, diretamente, de um para outro. [...] Há uma neutralidade do econômico na esfera do político. Da mesma maneira, a política não fica subordinada aos códigos das relações amorosas (“amor/desamor”), da amizade (“amigo/inimigo”) [...]. Ela enfrenta o ambiente econômico, artístico, científico etc., comutando discursivamente as respectivas influências de acordo com seus programas e o seu código de preferência.³¹³

Com efeito, os procedimentos eleitorais, parlamentares e burocráticos permitem o desenvolvimento de políticas *econômica, científica, artístico-cultural*, etc., as quais não se confundem com o subsistema a que se referem (economia, ciências, artes). Tais políticas não se legitimam, portanto, pela produção da comunicação dos subsistemas (dinheiro, conhecimento, beleza); sua legitimidade decorre antes da *circulação e contracirculação* do que Luhmann referiu como *público, política*³¹⁴ e *administração*.³¹⁵ Essa circulação do poder

³¹⁰ NEVES (2012), *op. cit.*, p. 80-82.

³¹¹ *Ibid.*, p. 83.

³¹² *Ibid.*, p. 85-86.

³¹³ *Ibid.*, p. 86.

³¹⁴ “[...] entendida em sentido estrito, como o subsistema destinado à ‘preparação de temas e à escolha de pessoas, ao teste das chances de consenso e à construção do poder’ [...]”. *Ibid.*, p. 87.

³¹⁵ “[...] compreendida em sentido amplo como o subsistema encarregado de produzir decisões vinculantes, incluindo parlamento, governo e burocracia administrativa [...]”. *Loc. cit.*

ocorre conforme o povo (*público*) escolhe programas políticos e dirigentes, estes últimos (os *políticos*) condensam premissas para a tomada de decisões vinculantes e, por fim, a *administração* decide e vincula o poder público. Este processo gera ainda uma contracirculação: a *política* precisa dos projetos da *administração*, ao mesmo tempo em que o *público* depende de uma pré-seleção de programas e pessoas pela *política*, e a *administração* precisa da colaboração voluntária do *público*.³¹⁶

A dupla circulação das diversas e contraditórias expectativas, valores e interesses do público resulta numa *filtragem seletiva externa*, na qual a diversidade incongruente da sociedade hipercomplexa é reduzida pela escolha de programas e dirigentes. Entretanto, estes não poderão implementar imediatamente suas decisões vinculantes, as quais deverão ser ajustadas de modo a obterem aprovação no âmbito da *administração*, num processo de *pressão seletiva interna*, no qual ocorre a contracirculação do poder, com a reinserção do público por meio de manifestações políticas e de opinião, reduzindo-se ainda mais o campo das alternativas decisórias.³¹⁷

Embora a autoapoiese política seja condição necessária para a autonomização do subsistema político, ela não é suficiente: como visto anteriormente, isso ocorre apenas quando o código lícito/ilícito do direito se torna o código secundário do subsistema político, na medida em que o código do direito imuniza a política de pressões particularistas e fatores não *mediatizados* do ambiente social.³¹⁸

Em vista disso, percebe-se que a política econômica estatal – como gênero amplo no qual se incluem tanto decisões de intervenção quanto de abstenção (nãointervenção) do Estado na economia – não se confunde com o próprio subsistema econômico; sua legitimidade é aferida através de sua capacidade de promover a circulação e a contracirculação do poder numa sociedade democrática, impedindo que a política e o direito tenham seus códigos próprios sobrepostos por interesses particularistas, tais como os representados pelo código das relações familiares (*parente/não-parente*) – o que ocorre nas situações de nepotismo e patrimonialismo – ou pelo código das relações econômicas (*ter/não-ter*) – como ocorre quando o poder do dinheiro é determinante no resultado dos processos eleitorais e/ou

³¹⁶ *Loc. cit.*

³¹⁷ *Ibid.*, p. 88.

³¹⁸ *Ibid.*, p. 89.

parlamentares.³¹⁹ Trata-se, portanto, de uma *autolegitimação*, que imuniza a política e o direito de outros subsistemas sociais. Apenas indiretamente – mas de forma não menos importante – a legitimidade da política econômica é medida pela sua capacidade de co-ordenar a racionalidade e os interesses do subsistema econômico. Nas palavras de Neves, trata-se aqui de uma *heterolegitimação*, “*que tanto provém da esfera pública como espaço de interferência e interpenetração entre mundo da vida e sistemas político e jurídico, quanto é alimentada pelo fluxo de informações dos diversos subsistemas sociais autônomos no direito e na política*”.³²⁰

Por outro lado, o subsistema jurídico não é legitimado pelo consenso político – conforme Luhmann nega radicalmente, na medida em que isso impediria a própria evolução do direito –, e sim pelo *consenso suposto*.³²¹ A circulação e a contracirculação do poder pressupõem uma esfera pública pluralista, típica da hipercomplexidade atual, a qual só pode ser garantida se o sistema constitucional possibilitar o influxo equitativo de valores, expectativas e interesses os mais heterogêneos que emergem da sociedade e dos diversos subsistemas sociais,³²² do que resulta a conclusão de que um consenso procedimental é imprescindível. Portanto, o Estado Democrático de Direito pode ser visto, na síntese que Neves faz para compatibilizar as teorias de Luhmann e Habermas, como uma “*intermediação entre consenso procedimental e dissenso conteudístico*”.³²³ É o consenso quanto aos procedimentos que permite a convivência, nos subsistemas político e jurídico, com o dissenso quanto aos valores e interesses que devem prevalecer. Dessa forma, se respeitarem as regras constitucionais de organização e procedimento, as decisões *legislativas, executivas e judiciais* estão automaticamente legitimadas. Os direitos fundamentais não diretamente relacionados com a organização e os procedimentos – *i.e.* aqueles de conteúdo material – devem ser vistos,

³¹⁹ Sobre o tema, cf. a ADIn nº 4.650, movida pelo Conselho Federal da OAB, especialmente o parecer da PGR, de lavra da Vice-Procuradora-Geral da República, Deborah Duprat, pelo provimento da declaração de inconstitucionalidade de doações financeiras a partidos políticos realizadas por pessoas jurídicas.

³²⁰ NEVES (2012), *op. cit.*, p. 148. Neves afirma ainda, aproximando-se de Teubner, que “[n]ão se nega o fato de que ordens jurídicas extra-estatais e carentes de autonomia e unidade estejam em uma relação de concorrência com o direito operativamente autônomo do Estado Democrático de Direito, nem se contesta que o código binário ‘lícito/ilícito’, que está na base do sistema jurídico, encontra-se em ‘operações transjuncionais’ com outros códigos binários.” *Ibid.*, p. 150.

³²¹ NEVES (2012), *op. cit.*, p. 147.

³²² *Ibid.*, p. 50.

³²³ *Ibid.*, p. 151-152.

sob esta ótica, apenas como requisitos da legitimação procedimental do Estado democrático de direito, ou seja, como regras preliminares para a condução do jogo.³²⁴

1.3.5 Discrecionabilidade estatal

A complexidade que a diferenciação funcional imprime ao subsistema econômico torna cada menos provável que normas prévias, gerais e abstratas consigam definir de antemão as condutas que o Estado e a Administração Pública devem adotar para promover os fins econômicos previstos na Constituição, ou mesmo aqueles selecionados pelas maiorias democráticas circunstanciais.³²⁵ Neste contexto, torna-se importante analisar a possibilidade de se reconhecer certa discrecionabilidade estatal para o alcance dos fins político-econômicos previstos na Constituição.

A justiça distributiva e o desenvolvimento econômico não conseguem impor um roteiro de ações pré-determinadas a serem observadas pelo Estado, e é justamente por tal motivo que diferentes países superaram o atraso econômico por meio de diferentes arranjos institucionais, cada qual adotando aquele mais adequado a seu contexto socioeconômico e ao momento histórico e político.³²⁶ Uma certa discrecionabilidade da ação estatal no que concerne à intervenção na economia é instrumento essencial para permitir que as maiorias políticas tenham, através de seus representantes eleitos, o poder de decidir a política econômica. Além disso, o Estado deve dispor de instrumentos de ação em um subsistema social cujas condições geralmente não são muito estáveis ou duradouras, e em que as mudanças ocorrem com elevada velocidade, o que pode trazer a reboque crises que requerem respostas rápidas.³²⁷

Óscar Aguillar Valdez faz referência à existência de seis diferentes dimensões da discrecionabilidade na intervenção da Administração Pública na Economia:³²⁸ (a) *discrecionabilidade de atuação*, que diz respeito à decisão de atuar ou não em

³²⁴ *Ibid.*, p. 154. Embora esta visão procedimental divirja do reconhecimento de Ronald Dworkin de um fundamento moral nos direitos fundamentais, ambas as visões podem convergir no sentido de que os direitos fundamentais são uma exigência da democracia, que só pode ser realmente descrita como autogoverno coletivo se todos os cidadãos são tratados com igual respeito e consideração. Sobre o tema, cf. BINENBOJM, *Direitos Humanos...*, *cit.*, p. 284 e seguintes.

³²⁵ VALDEZ, Óscar Aguillar. Técnicas del Control Judicial de las Decisiones de La Administración Económica. In: MARTÍNEZ, J.M. de la Cuétara; LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. Martínez; VILLAR, F.J. (Org.). *Derecho Administrativo y Regulación Económica*. Madrid: La Ley, 2011, p. 586.

³²⁶ SCHAPIRO, Mario Gomes. *Novos Parâmetros para a Intervenção do Estado na Economia*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 68.

³²⁷ SADDY, *op.cit.*, p. 221.

³²⁸ VALDEZ, *op.cit.*, p. 588.

determinada situação, ou seja, se o Estado deve ou não intervir de alguma forma em uma determinada relação econômica, consideradas as circunstâncias do caso concreto e observada a permissão para que se faça tal escolha (*i.e.* a inexistência de norma jurídica do tipo *regra* que imponha a ação/abstenção); (b) *discricionariade de escolha*, que diz respeito à liberdade que a Administração deve ter, uma vez que sua atuação seja determinada pelo ordenamento jurídico ou decidida pelos processos democráticos, de escolher, dentre as várias alternativas que se colocam de forma igualmente razoável, aquela que, no entendimento das autoridades competentes, melhor promove os fins econômicos previstos na Constituição;³²⁹ (c) *discricionariade estratégica*, que consiste num espaço de decisão próprio para que a Administração possa se adaptar às circunstâncias cambiantes de uma realidade complexa, buscando por meio desta flexibilidade realizar, da forma mais efetiva possível, as finalidades econômicas estabelecidas na Constituição;³³⁰ (d) *discricionariade de dispensa*, que permite a criação de exceções ao cumprimento de normas impostas à generalidade dos agentes econômicos, como nos casos em que se concede algum tipo de benefício fiscal;³³¹ (e) *discricionariade de prognóstico*, que ocorre nas situações em que a Administração deve decidir sobre determinadas medidas com base em prognósticos sobre os efeitos futuros das condutas dos agentes econômicos, sem que o ordenamento jurídico lhes dê um sentido determinado;³³² e (f) *discricionariade de planejamento*, que permite que a Administração tenha algum grau de liberdade para orientar as atividades dos agentes econômicos privados, como ocorre quando o regulador do sistema financeiro determina os níveis mínimos de reservas que as instituições financeiras sob sua fiscalização devem manter.³³³

³²⁹ Sobre o tema, cf. BINENBOJM, *Uma Teoria...*, *cit.*, p. 38-42.

³³⁰ *Ibid.*, p. 40-41.

³³¹ Sobre o tema, cf. BARBOSA, Hermano Notaroberto. *O Poder de Não Tributar: Benefícios Fiscais na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 127.

³³² Analisando o exame da *adequação* inerente à aplicação do postulado da proporcionalidade, Humberto Ávila afirma, de modo semelhante, que: “A *escolha da administração na compra das vacinas para combater uma epidemia pode envolver a comparação entre uma vacina que acaba com todos os sintomas da doença (superior em termos quantitativos) mas que não tem eficácia comprovada para a maioria da população (inferior em termos probabilísticos) e outra vacina que, apesar de curar apenas os principais efeitos da doença (inferior em termos quantitativos), já teve sua eficácia comprovada em outras ocasiões (superior em termos probabilísticos)*. Essas ponderações remetem à seguinte e importante pergunta: *A Administração e o legislador têm o dever de escolher o mais intenso, o melhor e o mais seguro meio para atingir o fim, ou têm o dever de escolher um meio que ‘simplesmente’ promova o fim? A administração e o legislador têm o dever de escolher um meio que simplesmente promova o fim. Várias razões levam a essa conclusão.*” ÁVILA, *op. cit.*, p. 153.

³³³ VALDEZ, *op. cit.*, p. 590.

Para os fins da presente análise, a discricionariedade que importa não é apenas aquela tradicionalmente definida em oposição à vinculação da Administração Pública (como função típica do Poder Executivo), como referido por Valdez, mas sim uma discricionariedade ampla, que alcança também o Poder Legislativo³³⁴ – em relação à sua vinculação à Constituição – na definição da política econômica. Ainda que os direitos fundamentais e sociais previstos na Carta de 1988 afastem, em algumas circunstâncias, a *discricionariedade de atuação*, uma vez que sua promoção é dever constitucional dos Poderes de Estado, é importante reconhecer as demais dimensões da discricionariedade na intervenção estatal na economia – a possibilidade de que os Poderes Executivo e Legislativo: escolham, pautados pelo postulado da razoabilidade, as melhores maneiras de alcançar os fins e objetivos constitucionais (discricionariedade de escolha); adaptem sua política econômica às flutuações do subsistema econômico (discricionariedade estratégica); dispensem – sem violar a isonomia – tratamento diferenciado a determinados indivíduos e atividades, seja por sua necessidade ou pelo interesse coletivo nos resultados de tal dispensa (discricionariedade de dispensa);³³⁵ pautem a política econômica nas previsões razoáveis que eles próprios façam dos efeitos futuros da intervenção estatal na economia (discricionariedade de prognóstico); e tenham uma determinada margem de atuação para orientação de relações econômicas privadas, com o intuito de promover o alcance dos fins e objetivos constitucionais (discricionariedade de planejamento).

1.3.6 Os atritos entre economia e democracia

Há mais de 50 anos, o cientista político estadunidense James Davies formulou – utilizando dados sobre diversas rebeliões e revoluções, incluindo a francesa, a americana e a russa – a teoria que chamou de *Curva J*, segundo a qual “*revoluções são mais propensas a ocorrer quando um prolongado período de desenvolvimento econômico e social é seguido por*

³³⁴ COSTA, Alexandre Araújo. *O Controle de Razoabilidade no Direito Comparado*. Brasília: Thesaurus, 2008, p. 43.

³³⁵ Essa ideia aproxima-se do supra referido segundo princípio de justiça de John Rawls, que propõe que as desigualdades econômicas e sociais sejam toleradas apenas na medida em que elas simultaneamente (a) possam representar vantagens para todos os membros da sociedade e (b) sejam relativas a posições e cargos cuja ocupação seja permitida a todas as pessoas. RAWLS, *op. cit.*, p. 61.

*um período de abrupto retrocesso. As pessoas instintivamente temem que os avanços obtidos mediante grande esforço sejam perdidos; seus espíritos tornam-se revolucionários.*³³⁶

Mais recentemente, utilizando a teoria da Curva J, Abby Córdova e Mitchell A. Seligson desenvolveram pesquisa na América Latina em que avaliam se “*condições econômicas negativas e desapontamento em relação a como o Estado lida com a crise podem se traduzir em mais cidadãos insatisfeitos com suas vidas e céticos quanto à efetividade das eleições em assegurar mudanças nos seus países*”.³³⁷ O objetivo dos pesquisadores era verificar se “*cidadãos insatisfeitos e em oposição à democracia representativa podem favorecer alternativas autoritárias para a solução de problemas nacionais como a atual crise econômica.*”³³⁸

Como o desempenho econômico é utilizado pelos cidadãos para aferir indiretamente a legitimidade política do Estado (vide seção 3.4), crises econômicas profundas e/ou duradouras podem acarretar uma descrença generalizada na legitimidade institucional dos poderes constituídos, bem como afetar a confiança da população no sistema de democracia representativa. Neste particular, também merecem consideração a ainda incipiente consolidação das instituições democráticas na América Latina e o fato de que os regimes autoritários que dominaram a região na segunda metade do século XX contaram com o apoio de algumas camadas da população, apoio este cuja intensidade variou conforme o país e a época e em função do desenvolvimento econômico que tais regimes conseguiram promover.³³⁹

José Eduardo Faria sintetiza o problema da tensão entre capitalismo e democracia da seguinte maneira:

Democracia e capitalismo sempre guardaram uma forte, permanente e indissolúvel relação de tensão. Por um lado, o capitalismo é uma força de acumulação que não suporta limites. É uma mecânica cuja força motriz é a continuação de uma acumulação sem fim. Por isso, a acumulação capitalista tem de ser mantida tão desimpedida quanto possível de restrições legais e constrangimentos fiscais determinados por critérios de ordem política e ideológica. Por outro lado, como responde a anseios e interesses definidos com base no sufrágio universal e na regra de maioria, a democracia representativa possibilita a imposição de limites à lógica capitalista e ao jogo financeiro, com o objetivo de assegurar algum equilíbrio entre

³³⁶ DAVIES, James C. Toward a Theory of Revolution. *American Sociological Review* 27 (1), 1962, p. 5. Disponível em: <<http://www.vanderbilt.edu/econ/faculty/Vrooman/j-curve-theory.pdf>>, acesso em: outubro de 2012. Tradução livre.

³³⁷ CÓRDOVA; SELIGSON, *op. cit.*, p. 673-678. Tradução livre.

³³⁸ *Loc. cit.*

³³⁹ Sobre o tema, cf. CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o Longo Caminho*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004, p. 191-192.

enriquecimento privado e justiça distributiva. A democracia também permite a formulação e implementação de políticas públicas capazes de aumentar a igualdade de oportunidades – medida necessária para assegurar alguma moralidade ao livre jogo de mercado.³⁴⁰

O que importa para o presente trabalho é reconhecer os riscos institucionais para a própria democracia que a negação da autonomia do subsistema econômico – pela objetivação excessiva dos direitos fundamentais, pela interpretação fundamentalista dos princípios constitucionais econômicos ou pelo não reconhecimento de uma margem de discricionariedade da Administração Pública em relação à política econômica – pode causar. Não se pretende com isso sugerir que a democracia é um empecilho para o desenvolvimento econômico, como parece ser o entendimento de correntes políticas mais conservadoras, mas precisamente o contrário. Como demonstrou Amartya Sen, todas as crises de escassez de alimentos e fome aguda verificadas nos últimos séculos ocorreram em Estados autoritários, sem instituições democráticas desenvolvidas,³⁴¹ o que evidencia a importância da democracia para o atendimento das necessidades econômicas mais fundamentais. A existência de eleições periódicas, oposição organizada e liberdade de imprensa – todos eles foros de razão pública característicos do Estado democrático de direito, que permitem a circulação e contracirculação do poder – oferece um excelente incentivo para que os governos façam tudo o que for possível para evitar as crises de fome aguda e escassez de alimentos, o que não ocorre em regimes autoritários, como é exemplo frequente a Coreia do Norte.³⁴²

As pesquisas de Sen demonstram com bastante propriedade como a democracia é imprescindível para os processos de *variação*, *seleção* e *estabilização* dos subsistemas político e jurídico diante da hipercomplexidade dinâmica do subsistema econômico. O que se pretende afirmar, portanto, é uma conclusão dupla: de um lado, o entrincheiramento de decisões econômicas fundamentais não é capaz de impedir, no longo prazo, a reprodução autopoiética do subsistema econômico. Como sugerem as revoluções liberais dos séculos XVIII e XIX, existe, sim, um limite para o bloqueio da autorreferência do subsistema econômico, e seu represamento tende a gerar um acúmulo de contradições causadas pelo imperialismo da racionalidade política, que transbordam, no longo prazo, na forma de crises político-institucionais. Por outro lado, a necessária autonomia do subsistema econômico deve ser ponderada pelo princípio democrático. Do contrário, também se permitirá o acúmulo de

³⁴⁰FARIA, José Eduardo. *O Estado e o Direito Depois da Crise*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37-38.

³⁴¹ SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. de Denise Bottmann e Ricardo D. Mendes. São Paulo: Cia. das Letras, 2011, p. 376.

³⁴²*Ibid.*, p. 377.

contradições sociais causadas pelo imperialismo da racionalidade econômica, contradições que tenderão a transbordar, no longo prazo, na forma de crises econômicas.

Como analisaremos na próxima seção, a ascensão do neoliberalismo na década de 1970 ilustra a referida tendência de movimento pendular da intervenção estatal na economia, assim como demonstra que o retorno do pêndulo ocorre quando o acúmulo de contradições internas nos subsistemas político e/ou econômico transborda, causando a *mudança de paradigma*, para Thomas Kuhn, ou um *momento constitucional*, para Teubner.

1.3.7 Neoliberalismo, crise da racionalidade jurídica substantiva e ascensão da autorregulação

Com o fim da era de ouro do capitalismo do *welfare state*, na década de 1970, ganhou força a ideologia do neoliberalismo. Como visto anteriormente, esse movimento foi capitaneado pelas reformas econômicas implementadas nos Estados Unidos pelo presidente Ronald Reagan e no Reino Unido pela primeira ministra Margaret Thatcher, que promoveram uma ampla retração da intervenção estatal na economia – consubstanciada no chamado *Consenso de Washington*. Além destes países, nas décadas de 1980 e 1990 tanto as reformas liberalizantes – caracterizadas por um vasto processo de privatização de empresas estatais associado à abertura de mercados antes monopolísticos para a concorrência de empresas privadas nacionais e estrangeiras – quanto as regulatórias desenvolvidas no seu bojo tomaram o resto do mundo.³⁴³

O cientista político Christopher Hood analisou os motivos subjacentes ao desenvolvimento de tais reformas, que alteraram a política econômica de diversos países membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).³⁴⁴³⁴⁵ Ele suscitou, em síntese, quatro diferentes hipóteses para explicar tais transformações: (a) o surgimento de novas ideias que alteram o *status quo* por meio de evidências empíricas, argumentos lógicos ou poder retórico; (b) pressões de setores bem-sucedidos na busca de reformas que promovam seus próprios interesses; (c) modificações no habitat social, que tornam as políticas vigentes obsoletas; e (d) processos endógenos (em

³⁴³ Sobre o desenvolvimento da regulação como consequência da reforma do Estado no Brasil, v. BINENBOJM, *Uma Teoria...*, cit., p. 243-254.

³⁴⁴ HOOD, Christopher. *Explaining Economic Policy Reversals*. Buckingham: Open University Press, 1994.

³⁴⁵ Sobre o tema, v. também COUTINHO, Diogo R. *Direito e Economia Política na Regulação de Serviços Públicos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 54-61.

contraposição a fatores exógenos) das políticas e instituições que resultam na sua autodestruição.³⁴⁶

Na primeira hipótese, as reformas neoliberais podem ser explicadas por uma relação causal positiva entre a retração do Estado no subsistema econômico e o aumento da eficiência, o que leva Diogo R. Coutinho a afirmar que as privatizações e a abertura seriam uma resposta às *falhas de governo*.³⁴⁷ Para a segunda hipótese, tais reformas são resultado do próprio jogo de interesses que a doutrina da *public choice* ataca na política econômica do Estado (como veremos a seguir); as transformações decorrem, portanto, de arranjos entre políticos e grupos autointeressados, para a promoção de vantagens pessoais ou setoriais.³⁴⁸ De acordo com a terceira hipótese, as privatizações (e demais reformas) podem ser explicadas pela introdução de avanços tecnológicos que permitiram a entrada de novos atores e o incremento da concorrência, minimizando “a gravidade das falhas de mercado, relativizando a ideia de monopólio natural e reduzindo, assim, a funcionalidade das empresas públicas”,³⁴⁹ do que é exemplo o setor de telecomunicações. Por fim, a quarta hipótese de Hood vê as reformas como resultados da ação de forças geopolíticas internacionais, que culminaram na necessidade de que os países industrializados modernizassem suas economias para competirem entre si no plano global.³⁵⁰ Apesar de a segunda hipótese de Hood apresentar uma visão sombria (embora realista) da emergência do neoliberalismo, as três demais demonstram claramente como o acúmulo de contradições internas do *welfare state* culminou nas crises e no declínio econômico dos anos 1970 e 1980, impulsionando a sua superação por visão neoliberal das relações entre política, direito e economia.

Se nos países desenvolvidos as reformas neoliberais podem ser explicadas com base em combinações destas hipóteses, o mesmo não é verdadeiro em relação aos países em desenvolvimento. No Brasil e em outros países da América Latina, as reformas foram fomentadas por organismos internacionais multilaterais, como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial³⁵¹, que exigiam a adoção do Consenso de Washington

³⁴⁶ HOOD, *op. cit.*, p. 4.

³⁴⁷ COUTINHO (2014), *op. cit.*, p. 56.

³⁴⁸ *Ibid.*, p. 58-59.

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 56.

³⁵⁰ “As agressivas aquisições e joint ventures da BT (British Telecommunications, já privatizada) e das Baby-Bells norte-americanas são exemplos de ações com vistas ao domínio de mercados estrangeiros nacionais e regionais, o que expõe a existência de uma rivalidade, de âmbito geográfico mundial, envolvendo mercados e clientes.” COUTINHO (2014), *op. cit.*, p. 58.

³⁵¹ Para uma crítica extremamente ácida do papel de tais órgãos na disseminação do Consenso de Washington, cf. KLEIN, *op. cit.*: “A colonização do Banco Mundial e do FMI pela Escola de Chicago era um processo

– disciplina fiscal para eliminação do déficit público, taxas de juros determinadas pelo mercado, câmbio flutuante, redução de medidas protecionistas e abertura comercial, liberalização de atividades econômicas, etc. – para a concessão de créditos necessários para o combate às crises então enfrentadas por tais países.³⁵² Além disso, a utilização de empresas estatais como instrumento de política econômica – *i.e.* para atender objetivos políticos como a redução da concentração de renda, o desenvolvimento industrial por meio da contratação de fornecedores nacionais, o controle da inflação por meio da redução de tarifas, etc. – criou um quadro insustentável para sua manutenção, resumido por Diogo R. Coutinho da seguinte maneira:

Em consequência de sua manipulação por políticas econômicas de curto prazo, a maioria das estatais, já em meados da década de 1980, apresentava um quadro de crise semelhante, que incluía baixos níveis de produtividade, estruturas de preços e tarifas distorcidas, reduzida capacidade de investimento, baixa qualidade dos bens e serviços produzidos, desatualização tecnológica, obsolescência do parque produtivo e dificuldades de negociação de contratos de trabalho.³⁵³

Embora tais reformas tenham percorrido caminhos distintos entre os países desenvolvidos e os países em desenvolvimento, elas foram espalhadas pelo mundo a partir da década de 1970, alterando profundamente a visão do papel do Estado no subsistema econômico. No plano da teoria econômica, o movimento foi apoiado pela ascensão da chamada Escola de Chicago, cujos principais expoentes à época, Friedrich Von Hayek e Milton Friedman, foram agraciados com o Prêmio Nobel de economia em 1974³⁵⁴ e 1976,³⁵⁵ respectivamente, o que demonstra a proeminência política e acadêmica que o neoliberalismo passou a exercer a partir da década de 1970.

No plano da teoria da regulação, a virada neoliberal se fundamentou na doutrina da *public choice*, uma “*concepção que vê, de um lado, uma analogia entre os mecanismos decisórios da regulação (ou políticas públicas em geral) e democracia, e, de outro, os*

silencioso, mas ele se tornou oficial em 1989 quando John Williamson revelou o que ele chamou de ‘Consenso de Washington’. Era uma lista de políticas econômicas as quais ambas as instituições consideravam o núcleo mínimo para a saúde econômica [...]”, p. 163.

³⁵² COUTINHO (2014), *op. cit.*, p. 61-63.

³⁵³ *Ibid.*, p. 70.

³⁵⁴ Premiado, juntamente com Gunnar Myrdal, “*pelo seu trabalho pioneiro na teoria monetária e das flutuações econômicas e por sua profunda análise da interdependência dos fenômenos econômicos, sociais e institucionais*”. Disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/1974/>, acesso em: novembro de 2012, tradução livre.

³⁵⁵ Premiado “*por suas conquistas nas áreas de análise do consumo, teoria e história monetária e por sua demonstração da complexidade da política de estabilização*”. Disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/1976/>, acesso em: novembro de 2012, tradução livre.

mecanismos decisórios dos mercados regidos por forças de oferta e demanda”.³⁵⁶ Capitaneada pelo economista estadunidense James Buchanan, também agraciado com o Prêmio Nobel de economia em 1986,³⁵⁷ a *public choice* promoveu o conceito de *falhas de regulação*, demonstrando exemplos em que o Estado alcança objetivos regulatórios de forma ineficiente, ou produz efeitos colaterais indesejados, ou ainda que os reguladores muitas vezes carecem de transparência e *accountability* ou agem com parcialidade.³⁵⁸ Essas falhas de regulação abrangem desde ressalvas de cunho político-jurídico à intervenção estatal, como a crítica ao suposto caráter partidário da regulação; passam por oposições de cunho econômico, como aquelas segundo as quais a regulação interfere na liberdade de escolha dos cidadãos (causando ineficiência econômica);³⁵⁹ e vão até os ataques empíricos, segundo os quais a regulação muitas vezes é autodestrutiva (*self-defeating*), por ignorar efeitos sistêmicos negativos que sua introdução causa.³⁶⁰

Em artigo originalmente publicado em 1971, George Stigler³⁶¹ demonstrou como grupos de interesse relativamente pequenos podem, ao fim do processo político, capturar a

³⁵⁶ COUTINHO (2014), *op. cit.*, p. 45.

³⁵⁷ Premiado “*por seu desenvolvimento das bases contratuais e constitucionais para a teoria da tomada de decisões econômicas e políticas*”. Página Oficial do Prêmio Nobel na internet. Disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1986/>, acesso em: janeiro de 2014.

³⁵⁸ BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M. *Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 69.

³⁵⁹ A oposição à intervenção regulatória do Estado na economia frequentemente está fundada na ideia de que as pessoas sabem mais sobre o que querem (*i.e.* suas preferências) do que o Estado, o que impede que tais interesses possam ser promovidos eficientemente por este. A economia do bem-estar sempre teve foco nas preferências dos indivíduos, assumindo que o melhor para a sociedade é o resultado agregado de todas as preferências individuais e que, na maioria dos casos, estas últimas são adequadamente reveladas pelas relações de mercado. De acordo com o critério de eficiência de Pareto, fundamento econômico da ideia de liberdade contratual, acordos voluntários promovem as preferências das partes envolvidas. Portanto, para promover o bem-estar agregado da sociedade, melhor agiria o Estado se respeitasse as preferências individuais manifestadas em negócios voluntários realizados em condições de mercado. Nas palavras de James Buchanan, “*a utilidade de quem realiza escolhas é sempre maximizada ao se permitir que as mesmas recaiam sobre todo o espectro permitido pelas restrições determinadas de forma exógena*”. BUCHANAN, *op. cit.*, p. 3. Sobre o tema, cf. também OGUS, *op. cit.*, p. 58.

³⁶⁰ Outra crítica possível às intervenções regulatórias na economia é a de que o Estado tem severas limitações informacionais, que impedem que todas as variáveis relevantes em um determinado problema sejam consideradas na elaboração das medidas regulatórias, assim como limitam a avaliação adequada dos efeitos sistêmicos de intervenções regulatórias no mercado, o que muitas vezes cria custos sociais que superam os ganhos em termos do bem-estar trazido pelas medidas adotadas. A obtenção de informações sobre o funcionamento dos mercados implica elevados custos, e a capacidade dos indivíduos e das instituições de processar todas as informações disponíveis em situações em que há restrições orçamentárias, temporais, estruturais, políticas, etc. é inerentemente limitada. Uma das razões pelas quais a regulação pode dar errado é justamente a limitação e ambiguidade das informações necessárias para a tomada de decisão pelo Estado: como o conhecimento de tais informações é bastante limitado, a possibilidade de que estratégias regulatórias atinjam os efeitos desejados pode ser bastante reduzida. Sobre o tema, cf. BALDWIN *et al.*, *op. cit.*, p. 74.

³⁶¹ STIGLER, George J. A Teoria da Regulação Econômica. In: MATTOS, Paulo (Coord.). *Regulação Econômica e Democracia: o Debate Norte-Americano*. São Paulo: Ed. 34, 2004, p. 23-48.

regulação estatal, o que inaugurou uma nova forma de se explicar a regulação, não mais como conjunto de medidas para garantir a promoção do *interesse público* no subsistema econômico, e sim como captura privada do processo político-regulador com vistas à criação de reservas de mercado e barreiras à entrada de novos atores.³⁶²³⁶³

A *public choice* representa, portanto, um duro ataque à intervenção estatal. Além de ajudar a explicar a emergência do neoliberalismo e as reformas do papel do Estado promovidas em diversos países a partir da década de 1970, ela também forneceu argumentos teóricos – do ponto de vista do direito – para fundamentar a superação da visão da regulação e da intervenção estatal como remédios para toda e qualquer falha de mercado.

Em influente artigo publicado no início da década de 1980³⁶⁴ que lançou as bases para o posterior desenvolvimento do constitucionalismo societal, Gunther Teubner associa essas transformações à evolução da racionalidade jurídica, numa análise que parte do formalismo jurídico, demonstra sua superação histórica por uma abordagem substantiva do direito³⁶⁵ – caracterizada, dentre outras evoluções, pela sobreposição da regulação econômica e social dos assuntos coletivos à idealização do individualismo e autonomia dos cidadãos – e reconhece, por fim, a emergência de uma *racionalidade reflexiva*. O direito substantivo – típico do *welfare state* – é desafiado, segundo Teubner (com apoio em Habermas),³⁶⁶ por algumas crises inter-relacionadas que impedem que a legislação se torne totalmente substantiva, dentre as quais se destacam: (a) a intervenção estatal esbarra numa *crise de racionalidade*, representada pela complexidade dos processos socioeconômicos, que são demasiado densos, complexos e potencialmente contraditórios para serem adequadamente apreendidos nos mecanismos de controle intervencionista do Estado;³⁶⁷ e, paralelamente, (b) emerge uma *crise de legitimação do capitalismo*: em virtude do crescimento do papel do Estado em administrar a economia e do poder dos monopólios, o mecanismo de mercado perde seu poder de legitimar os resultados distributivos do sistema capitalista. À medida que aumenta a

³⁶² “Duas visões alternativas principais da regulação são largamente empregadas. A primeira é a de que ela é instituída fundamentalmente para proteção e benefício ou do público em geral ou de uma grande parcela dele. [...] A segunda visão é essencialmente a de que o processo político carece de uma explicação racional: a política (politics) é um imponderável, uma mescla de forças das mais diversas naturezas, constante e imprevisivelmente cambiante, ora compreendendo atos de grande virtude (a libertação dos escravos), ora encerrando atos da mais baixa venalidade (o congressista atuando no próprio interesse).” STIGLER, *op. cit.*, p. 24.

³⁶³ Sobre o mesmo tema, cf. COUTINHO (2014), *op. cit.*, p. 46.

³⁶⁴ TEUBNER (1983), *op. cit.*

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 252 et seq.

³⁶⁶ HABERMAS (1992), *op. cit.*, p. 50 e seguintes.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 268.

intervenção estatal em substituição à *mão invisível* do livre mercado, o sistema político se torna progressivamente dependente do apoio das maiorias, principalmente em relação ao seu programa político-econômico.³⁶⁸

Em consequência dessas constatações, Teubner sugere que a contemporaneidade requer a superação dessa *racionalidade substantiva* do direito por uma *racionalidade reflexiva*, relacionada com um ideal de *autorregulação* que permitiria o reconhecimento da autonomia de todos os subsistemas sociais. Em suas palavras:

Aqui, a atenção do direito se volta à criação, modelagem, correção e redesenho de instituições sociais que funcionam como sistemas autorregulados. Normas jurídicas devem permitir a harmonização de estruturas institucionais e sociais em vez de influenciar diretamente as próprias estruturas sociais. Em vez de fornecer direcionamento substantivo do comportamento, estas normas são direcionadas à organização, procedimento e competência. Em vez de assumir responsabilidade por resultados sociais concretos, o direito se restringe à estruturação de mecanismos para a autorregulação, tais como a negociação, descentralização, planejamento e organização de conflitos. Enquanto a racionalidade substantiva requer extensa regulação, o “desenho institucional” mira na “possibilitação e facilitação”.³⁶⁹

Trata-se, aparentemente, de uma “radicalização” do procedimentalismo que legitima os subsistemas político e jurídico, conforme analisado na seção 3.4 supra. Neste contexto, o direito substantivo autônomo teria vivido uma crise nos anos finais da *era de ouro*, na medida em que suas estruturas conceituais não se adaptaram às exigências de uma sociedade profundamente diferenciada funcionalmente. A doutrina jurídica ainda atuava sob a perspectiva do direito como um conjunto de regras aplicáveis por meio da adjudicação, carecendo de um aparato conceitual adequado para as necessidades de planejamento e promoção de políticas públicas que emergem das relações entre subsistemas sociais altamente especializados.³⁷⁰ O direito substantivo inevitavelmente leva a uma crise de racionalidade dos subsistemas político e jurídico, uma vez que o alto grau de complexidade interna desenvolvido por diversos subsistemas sociais impede que qualquer um deles – a política, o direito, a economia, a ciência, a moral, etc., isoladamente ou em combinações diversas – seja capaz de exercer uma capacidade de controle central.³⁷¹ A integração dos diversos subsistemas sociais a partir de um ponto central deve ser descartada porque a maximização da racionalidade de um subsistema inevitavelmente cria problemas insuperáveis para os demais subsistemas. Por isso, a integração social a partir de uma perspectiva estatal centralizadora

³⁶⁸ *Loc. cit.*

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 251.

³⁷⁰ *Ibid.*, p. 271.

³⁷¹ *Ibid.*, p. 271-272.

estaria superada, não podendo mais ser alcançada mediante a utilização de mecanismos legais, econômicos, morais ou políticos; em substituição desta racionalidade, Teubner sugere o desenvolvimento de mecanismos internos reflexivos em cada um dos subsistemas sociais.³⁷²

Citando Luhmann, Teubner demonstra que cada subsistema social tem abertasa si três diferentes orientações: (a) diante do sistema social como um todo, em termos de sua *função*; (b) diante dos demais subsistemas em termos de suas *performances* de influxo e efluxo; e (c) diante de si mesmo, em termos de sua *reflexão*. No subsistema político, por exemplo, a *função* de formular e implementar decisões vinculantes gera uma tensão permanente com a *performance* de proteger os recursos do poder e promover sua própria legitimação. Essa tensão somente pode ser reconciliada internamente por processos de reflexão política. A função da reflexão é, portanto, impor restrições internas aos subsistemas sociais de modo a transformá-los em elementos compatíveis com o ambiente de outros subsistemas; as estruturas reflexivas se tornam assim os principais elementos de integração nas sociedades funcionalmente diferenciadas, o que explica a necessidade de que o direito também desenvolva tais mecanismos reflexivos.³⁷³

Tentando conciliar as teorias de Jürgen Habermas, Niklas Luhmann e Philippe Nonet/Philip Selznick acerca da evolução do direito, Teubner conclui que (a) a reflexão nos subsistemas sociais somente é possível na medida em que processos de democratização criem estruturas discursivas dentro de tais subsistemas e (b) a função primordial da democratização dos subsistemas não é o aumento da participação individual nem a neutralização de estruturas de poder, mas sim a reflexão interna da identidade social.³⁷⁴

No que respeita ao subsistema jurídico, Teubner identifica sua *função* como a capacidade de fornecer generalizações congruentes das expectativas de toda a sociedade, e sua *performance* como a solução de conflitos produzidos nos demais subsistemas sociais (os quais não podem ser resolvidos em tais subsistemas). *Função* e *performance* do direito se sobrepõem e entram em atrito quando: de um lado, a generalização congruente de expectativas (por meio da criação de normas) não for suficiente para resolver todos os conflitos concretos; e, do outro, quando o direito produzir – no processo de resolução de conflitos – normas que não possam ser congruentemente generalizadas. O papel da reflexão é,

³⁷²*Ibid.*, p. 272.

³⁷³*Ibid.*, p. 272-273.

³⁷⁴*Ibid.*, p. 273.

portanto, impor restrições internas que reconciliem *função e performance* do subsistema jurídico.³⁷⁵

A tese lançada por Teubner é que o direito pode melhor exercer seu papel reflexivo através de imposição de restrições à sua dimensão *performance*. Em vez de buscar a regulação extensiva da racionalidade substantiva utilizando normas primárias (que resultariam numa *juridificação* do mundo social), o direito reflexivo restringe-se a formas de controle indiretas e abstratas. O direito reflexivo “*não vai determinar autoritariamente as funções sociais de outros subsistemas nem regular suas performances de influxo e efluxo, e sim fomentar mecanismos que sistematicamente aprofundem o desenvolvimento de estruturas reflexivas em outros subsistemas sociais*”,³⁷⁶ o que lança as bases para o posterior desenvolvimento da teoria do constitucionalismo societal por meio de normas de segundo grau (*reflexivas*). É por isso que Teubner afirma que o papel do direito é “*decidir sobre decisões, regular regulações e estabelecer premissas estruturais para decisões futuras em termos de organização, procedimento e competência*”³⁷⁷ dos diversos subsistemas sociais.

Teubner reconhece, por um lado, que sua proposta aparentemente “despolitiza” a sociedade, uma vez que recomenda a autocontenção do Estado na coordenação dos subsistemas sociais. No entanto, ele afirma que as constituições societais são um fenômeno paradoxal, na medida em que não integram a Constituição (embora possam ser integradas por ela), mas integram a esfera política da *sociedade*, o que pode ser explicado pela diferença entre *la politique* e *le politique*.³⁷⁸ Essa dualidade designa, de um lado, a política institucionalizada estatal, da qual as constituições societais tentam se afastar; e, do outro, a política não institucionalizada da sociedade, ou seja, a politização interna dos próprios subsistemas sociais diferenciados. Mas como explicar a negação à Constituição do privilégio de regular as estruturas dos demais subsistemas sociais? Teubner afirma ser necessário reconstruir as relações entre *representação, participação e reflexão*. Na sociedade funcionalmente diferenciada contemporânea, a Constituição (assim como o direito substantivo) não pode desempenhar satisfatoriamente o papel dela esperado – a saber, definir os princípios fundamentais dos demais subsistemas sociais – sem que isso cause os problemas de bloqueio e elevada dependência da sociedade, como demonstra o exemplo da limitação constitucional dos juro ensaiada pela CRFB quando de sua promulgação. A

³⁷⁵ *Ibid.*, p. 273-274.

³⁷⁶ *Ibid.*, p. 275.

³⁷⁷ *Loc. cit.*

³⁷⁸ TEUBNER (2012), *op. cit.*, p. 114.

constitucionalização da sociedade somente pode funcionar na contemporaneidade se cada subsistema desenvolver mecanismos reflexivos por si próprio, ou seja, sua própria constituição.³⁷⁹ Nas palavras de Teubner:

Nós precisamos abandonar a noção de que a política representa a sociedade no Estado e de que todas as demais esferas da sociedade – pessoas ou subsistemas – participam dela. Nenhum subsistema social – nem mesmo a política – pode hoje representar a sociedade como um todo, ainda que ideais políticos adiram a essa concepção.³⁸⁰

Nesta perspectiva, os subsistemas sociais têm melhores chances de desenvolver sua constituição à sombra da política institucionalizada estatal, mas isso não afasta a necessidade de que a sociedade exerça pressões políticas, de modo que os subsistemas promovam mudanças e mantenham-se dinâmicos. Essa politização interna dos subsistemas sociais é condição necessária para o desenvolvimento do constitucionalismo societal; é através dela que decisões coletivamente vinculantes devem ser tomadas. A mensagem principal é evitar a idealização das disputas travadas dentro da política institucionalizada estatal como a única política possível, o que rejeita ou ignora a possibilidade de tais disputas em outras esferas da sociedade. O constitucionalismo societal se opõe à centralização das questões sociopolíticas fundamentais no subsistema político, defendendo a multiplicação de foros para o debate de tais questões e disputas na sociedade.³⁸¹

Tentando escapar da crítica democrática de que as instituições sociais precisam ser legitimadas não apenas em relação aos subsistemas sociais em que se originam, mas sim em toda a sociedade, Teubner apenas afirma que a democracia também pode ser alcançada por meio de procedimentos orientados no sentido da responsabilidade social de atores coletivos descentralizados.³⁸²

As posições de Alberto Febbrajo, Marcelo Neves e Gunther Teubner parecem encerrar diferenças consideráveis neste tema, na medida em que Teubner propõe uma visão sistêmico-teórica do direito adequada à ascensão do neoliberalismo, qual seja, a autorregulação dos subsistemas sociais. Não obstante, cremos ser possível conciliar os três autores para os presentes fins, uma vez que as ideias de circulação e contracirculação de poder defendidas por Marcelo Neves parecem capazes de produzir os mesmos efeitos *democratizantes* que o constitucionalismo societal. Portanto, a partir de qualquer um dos três autores parece ser

³⁷⁹ *Ibid.*, p. 114-116.

³⁸⁰ *Ibid.*, p. 116.

³⁸¹ *Ibid.*, p. 121-122.

³⁸² *Ibid.*, p. 122.

possível defender simultaneamente: (a) o caráter neutro da constituição econômica (o que constitui também uma crítica à *ubiquidade constitucional* – característica intrínseca da nossa casuística Carta de 1988 que pode ser agravada pela atribuição de um papel exagerado aos direitos fundamentais por meio de sua objetivação); e (b) a possibilidade de que a política econômica – como gênero amplo da intervenção do Estado na economia – seja constantemente submetida ao processo de circulação e contracirculação do poder, e não entrincheirada nos direitos fundamentais. Ambas as constatações apontam para o fato de que não é possível legitimar um projeto constitucional abrangente que vincule as gerações futuras, num esvaziamento injustificável da soberania popular.³⁸³ Isso impediria que a política e o direito desenvolvessem uma complexidade adequada ao seu ambiente hipercomplexo, especialmente em relação ao subsistema econômico.

Teubner entende, contudo, que a democratização pode e deve ser reconhecida e fomentada no interior dos subsistemas sociais, e não apenas na política institucionalizada do Estado, daí sua defesa da autorregulação – não apenas no sentido específico da teoria da regulação analisada pela doutrina do direito administrativo econômico, mas sim no contexto amplo de que os subsistemas sociais hipercomplexos e diferenciados da modernidade não podem ser adequadamente coordenados senão a partir de dentro de seus limites.

Um exemplo do direito administrativo pode ajudar a esclarecer a proposta de Teubner: a passagem de um Poder Executivo unitário para uma Administração Pública policêntrica. A emergência de autoridades reguladoras independentes em diversas democracias do mundo “*rompe o modelo tradicional de recondução direta de todas as ações administrativas ao governo (decorrente da unidade da Administração). Passa-se, assim, de um desenho piramidal para uma configuração policêntrica*”.³⁸⁴ Como tais autoridades descentralizadas têm competência para coordenar determinados setores do mercado (*i.e.* subsistemas da economia) com base em critérios técnicos e jurídicos, e não diretamente político-eleitorais, aproximam-se em alguma medida da proposta teubneriana de que os subsistemas sociais sejam constitucionalizados à sombra da política institucionalizada do Estado.

Nos países em desenvolvimento da América Latina, o surgimento de diversas entidades administrativas com reforçado grau de autonomia ocorreu no bojo das reformas de privatização e regulação promovidas pelo neoliberalismo. No caso específico do Brasil, a

³⁸³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. O Dilema Constitucional Contemporâneo entre o Neoconstitucionalismo Econômico e o Constitucionalismo Democrático. In: *Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões: Estudos de Direito Constitucional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 38.

³⁸⁴ BINENBOJM, *Uma Teoria...*, *cit.*, p. 245.

estrutura regulatória adotada gerou tensões (a) em relação ao *princípio da legalidade*, na medida em que a proliferação de agências reguladoras independentes poderia levar a uma banalização da edição de atos normativos; (b) com o *princípio de separação de poderes*, pois a fragilidade dos mecanismos de controle político e jurídico dos Poderes de Estado sobre as agências é evidente; e (c) com a própria democracia, em decorrência da não sujeição dos administradores de tais agências aos procedimentos de *accountability* eleitoral e a sua investidura nos cargos a termo, o que lhes impinge um *déficit democrático*.³⁸⁵

Especificamente no que respeita à superação do déficit democrático das agências reguladoras independentes, Gustavo Binbenjamins sugere que o fomento à participação da sociedade nos processos decisórios das agências – por meio dos mecanismos de audiências públicas, consultas públicas e conselhos consultivos³⁸⁶ – pode reforçar o grau de autoridade de suas decisões.³⁸⁷ Em vista disso, Binbenjamins parece aproximar-se do constitucionalismo societal de Teubner, na medida em que (a) afirma que as entidades independentes não devem ser herméticas em relação às posições e opiniões dos agentes econômicos, consumidores e da sociedade civil como um todo; (b) reconhece a importância da legitimação procedimental interna das agências, em oposição à legitimação democrática por meio da política institucionalizada do Estado; e (c) reconhece a importância de que o debate público realizado nas e pelas agências seja permeável à racionalidade do subsistema relevante. Nas palavras do próprio:

A abertura procedimental das deliberações regulatórias representa, em verdade, uma tentativa de fomentar a constituição de uma *nova esfera pública*, moldada por parâmetros mais técnicos e especificamente relacionados à matéria regulada.

[...]

Aqui, merece ser enfatizado o papel da agência como *mediadora* do debate público, *traduzindo* à sociedade as questões tecnicamente complexas submetidas à sua gestão. [...] a agência será (ou deve ao menos pretender ser) um *foro* no qual se torne possível a comunicação entre a racionalidade econômica e a racionalidade jurídico-política.³⁸⁸

1.3.8 Conclusões

³⁸⁵ *Ibid.*, p. 273-274.

³⁸⁶ *Ibid.*, p. 296-301.

³⁸⁷ *Ibid.*, p. 294-296.

³⁸⁸ *Ibid.*, p. 303-304.

Em síntese conclusiva, nesta Seção aprofundamos a afirmação de que a política econômica não pode se identificar permanentemente com nenhuma doutrina ou ideologia econômica abrangente. Vimos como o próprio conceito de *racionalidade econômica* defendido pela doutrina econômica ortodoxa pode mascarar o fato de que a racionalidade é uma ficção epistemológica, e analisamos brevemente sua superação pela mais moderna economia comportamental.

Analisamos também a conceituação de John Rawls acerca dos argumentos compatíveis com a razão pública como um fundamento político-filosófico para a afirmativa de que o subsistema econômico não pode ser bloqueado por interpretações fundamentalistas dos princípios constitucionais econômicos. Na sequência, demonstramos como a teoria das *ondas de Kondratieff* sugere que a intervenção estatal na economia observa um movimento pendular, que varia entre mais e menos ação estatal, e que o retorno do pêndulo geralmente decorre de um acúmulo de contradições internas nos subsistemas político, econômico e/ou jurídico, conforme o caso, causando uma *mudança de paradigma*, no jargão kuhiano, ou um *momento constitucional*, no constitucionalismo societal de Teubner.

Vimos, em seguida, o papel da democracia no subsistema econômico, e como a política econômica afeita sua legitimidade da circulação e contracirculação entre povo, política e Estado. Este processo pressupõe uma esfera pública pluralista, que só pode ser garantida se a Constituição possibilitar o influxo das mais diversas expectativas e interesses sociais. Com isso afirmamos que a democracia impede que os subsistemas político e jurídico tenham seus códigos e programas aprisionados pelos de outros subsistemas sociais. Isso também permite dizer que o liberalismo econômico extremo do século XIX, que sobrepôs o código econômico a todos os demais, somente foi possível em virtude da ausência de instituições democráticas solidamente desenvolvidas. O Estado democrático de direito impõe uma abordagem pluralista, que reconheça a heterogeneidade de valores e interesses na sociedade, de modo que os resultados da ação do Estado sejam legitimados pela observância de procedimentos. Trata-se, portanto, da defesa de um *consenso procedimental acerca de um dissenso conteudístico*, sem afastar completamente, contudo, uma dimensão de legitimação pelo resultado da ação estatal no mundo da vida.

Analisamos em seguida a importância do reconhecimento de alguma margem de discricionariedade estatal em relação à política econômica, reforçando a ideia de que quanto mais engessada for a política econômica do Estado (seja em virtude do entrenchamento de decisões econômicas na Constituição seja em virtude do alargamento excessivo dos direitos fundamentais) diante da complexidade do subsistema econômico, maior será o risco de atritos

entre os subsistemas político, jurídico e econômico. Além disso, o engessamento da ação estatal gera, nas cada vez mais frequentes situações de crise, significativos riscos de instabilidade no sistema político-institucional. Disso resulta que a *ossificação* causada por uma visão econômica abrangente da Constituição ou pela excessiva expansão dos direitos fundamentais pode violar a autonomia política das maiorias em relação à política econômica, caso tais maiorias tenham que (a) adotar um programa econômico herdado das gerações passadas, conforme registrado no “testamento” da Constituição, ou (b) se vejam impedidas de promover suas próprias preferências econômicas em virtude de interesses particularistas e setoriais entrincheirados no texto constitucional. Aproximamo-nos, assim, das conclusões de José Vicente dos Santos Mendonça, para quem:

(i) o debate sobre maior ou menor intervenção do Estado na economia deve se limitar ao campo da política ordinária, e não ao campo da política constitucional; (ii) a doutrina brasileira de Direito Econômico lida, em sua grande maioria, com razões não-públicas.

[...]

A maior ou menor intervenção do Estado na economia é tema de política ordinária, não de política constitucional, uma vez que a Constituição de 1988 é compromissória e, respeitadas certas garantias mínimas – as quais correspondem, *pari passu*, ao conceito de “razoabilidade” das doutrinas abrangentes de Rawls –, todas elas seriam, em princípio, compatíveis com o texto da atual carta.³⁸⁹

Também vislumbramos alguns conflitos entre o capitalismo e a democracia, os quais podem ser conciliados pelo simultâneo reconhecimento de que (i) existe um limite para o bloqueio da autorreferência do subsistema econômico, cuja inobservância (associada a um imperialismo da racionalidade política) pode causar crises político-institucionais e de que (ii) a autonomia do subsistema econômico deve ser ponderada pelo princípio democrático, sob o risco de desenvolvimento de um imperialismo da sua racionalidade que pode gerar crises econômicas.

Analisamos, por fim, a ascensão do neoliberalismo (e das reformas a ele associadas) no mundo ocidental a partir da década de 1970 como o retorno do pêndulo após a *era de ouro* do capitalismo do *welfare state*. Seus sustentáculos teóricos foram as doutrinas econômicas da Escola de Chicago e, especificamente no que respeita à teoria da regulação, a doutrina da *public choice*. No plano do direito, Teubner propôs que a racionalidade jurídica substantiva típica do Estado do bem-estar estaria superada e sugeriu o desenvolvimento de uma racionalidade reflexiva do direito, que lhe atribuiria pretensões mais modestas (em comparação com aquelas do *welfare state*) e reconheceria a autonomia de todos os

³⁸⁹ MENDONÇA (2009), p. 4.256 e 4.269.

subsistemas sociais. Esta teoria lançou as sementes para o posterior desenvolvimento do constitucionalismo societal, na medida em que reconhece que os sistemas altamente diferenciados são cada vez menos reativos às pretensões de coordenação externas, o que sugere a ascensão de sua autorregulação.

Não se trata, contudo, de permitir que os subsistemas sociais rejeitem influxos democráticos, pois a circulação e contracirculação do poder é essencial para a evolução de tais sistemas. Como vimos, o consenso procedimental sobre o dissenso contitudístico impõe que propostas que não violem as regras procedimentais não sejam permanentemente descartadas, uma vez que o direito e a política somente podem manter uma complexidade interna adequada à complexidade econômica se forem capazes de aprender e se reciclar, isto é, de receber influxos *mediatizados* de outros subsistemas sociais e resgatar concepções antes minoritárias caso a crítica destas eventualmente ganhe apoio majoritário nos foros de razão pública. Na excelente síntese de Marc Amstutz:

A possibilidade de que cada sistema possa, a qualquer momento, recategorizar eventos – decidir que o que era lícito agora não é mais, ou que o que era ilícito agora é permitido [...] fornece ao sistema social como um todo, e a cada um de seus subsistemas, o dinamismo que eles requerem para que possam evoluir. Tudo o que existe em seu ambiente representa um futuro potencial para cada sistema na medida em que estes redefinem suas próprias fronteiras perpetuamente. É por cruzar tais fronteiras e classificar os eventos que ele encontra, de acordo com o seu próprio código operacional, que cada sistema social pode assegurar que seu próprio futuro permaneça aberto.³⁹⁰

O que a autorregulação de Teubner sugere é o desenvolvimento de centros de poder político no interior dos subsistemas, centros estes que não sejam ligados à política institucionalizada do Estado. Se nos debates críticos sobre a emergência do neoliberalismo as teses de Teubner foram amplamente criticadas por seu suposto caráter neoliberal, a crise econômico-financeira de 2008 fornece um novo pano de fundo para repensá-las, agora no âmbito de subsistemas sociais verdadeiramente globalizados, e não mais restritos ao âmbito dos Estados nacionais.

A globalização e o capitalismo financeiro tornaram a realidade econômica mundial mais complexa. A crescente interdependência política e econômica global vem desafiando a aplicação de tradicionais paradigmas do direito público – tais como a soberania do Estado e a representatividade do Poder Legislativo –, desenvolvidos em um cenário bastante diverso

³⁹⁰ AMSTUTZ, Marc. *Eroding Boundaries: On Financial Crisis and an Evolutionary Concept of Regulatory Reform*. In: KJAER; TEUBNER; FEBBRAJO, *op. cit.*, p. 245.

daquele hoje apresentado pela sociedade mundial. A perda de soberania em relação ao subsistema econômico globalizado³⁹¹ demonstra que o processo de diferenciação funcional reduziu a capacidade de coordenação do Estado, minando de vez o projeto do *welfare state* de manter influência sobre todos os subsistemas sociais. Na próxima Seção, analisaremos os processos econômicos e políticos que tornaram o subsistema econômico global, bem como algumas causas e reações à crise de 2008.

³⁹¹ BAPTISTA, *op. cit.*, p. 69-71.

2 CRISE ECONÔMICA, CAPITALISMO E DIREITO

2.1 Capitalismo financeiro e crise econômica

2.1.1 Tendências expansionistas do subsistema econômico

A economia globalizada³⁹² e a perda da “soberania” estatal sobre as atividades econômicas impõem severas dificuldades para a já combalida capacidade reguladora dos Estados. O fenômeno da *desterritorialização* da economia – representado pelo aumento dos fluxos internacionais de capitais, mercadorias e trabalhadores – e a consequente inter-relação entre os subsistemas econômicos de diferentes países demonstram que as relações dos subsistemas político e jurídico com o subsistema econômico globalizado não podem mais ser pensadas de forma restrita ao interior das fronteiras nacionais.

A tendência do sistema capitalista à expansão geográfica é resultado da sempre crescente busca do capital por novos mercados. O geógrafo marxista inglês David Harvey afirma que o capitalismo padece de uma *crença-fetice* – o que numa perspectiva sistêmico-teórica podemos chamar de um elemento da racionalidade parcial do subsistema econômico – segundo a qual todos os problemas com os quais o capital se depara podem ser resolvidos por soluções tecnológicas ou espaço-temporais. A dificuldade na absorção do excedente de capital, por exemplo, pode ser resolvida: (a) mediante o desenvolvimento de novas tecnologias ou linhas de produtos; (b) pela expansão geográfica para encontrar novos mercados; ou ainda (c) pelo desenvolvimento de novos mercados, mediante a exportação de capital para a criação de novos centros de produção (e consumo) no exterior, como vem ocorrendo na China nas últimas décadas.³⁹³ Em síntese, a “*competição força os capitalistas individuais e corporações a buscarem lugares melhores para produzir, assim como os força a buscar tecnologias superiores*”.³⁹⁴ Trata-se, como vimos na Seção 1.1, da reprodução

³⁹² São incontáveis as obras críticas sobre os efeitos negativos da globalização para os países e povos mais pobres. Uma interessante análise, um pouco mais positiva e sob uma perspectiva histórica oriental, pode ser encontrada em SEN, Amartya. *El valor de la democracia*. Trad. para o espanhol de Javier L. Ponce. Barcelona: El Viejo Topo, 2006, p. 96: “A partir da perspectiva oposta, a dominação ocidental – às vezes entendida como uma continuação do imperialismo ocidental – é a vilã do filme. Sob esta perspectiva, o capitalismo contemporâneo [...] impôs regras sobre as relações comerciais globais que prejudicam os povos mais pobres no mundo. [...] Mas seria a globalização realmente uma nova maldição ocidental? Na verdade, não é nova nem necessariamente ocidental; tampouco é uma maldição.”

³⁹³ HARVEY, David. *O enigma do capital e as crises do capitalismo*. Trad. de João Alexandre Peschanski. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 131.

³⁹⁴ *Ibid.*, p. 135.

autopoiética do subsistema econômico, em que operações econômicas aplicadas a operações econômicas produzem mais operações econômicas, disso resultando uma tendência inflacionária na produção de símbolos – característica normal de um sistema social autopoiético.³⁹⁵

Este expansionismo geográfico não é, contudo, um fenômeno particularmente recente: desde a publicação do *Manifesto do Partido Comunista*, em 1848, Marx e Engels já faziam referência à *interdependência universal entre as nações*.³⁹⁶ A crise de 1929, por exemplo, afetou profundamente a economia brasileira (então baseada na cafeicultura e largamente dependente de exportações),³⁹⁷ embora seu epicentro tenha sido originado nos Estados Unidos. Nos últimos anos, contudo, a tendência expansionista do subsistema econômico – especialmente do subsistema financeiro – entrou no que Teubner chama de *turbo-autopoiése*,³⁹⁸ ou seja, em um modo de autorreprodução destrutiva, uma vez que o imperialismo da racionalidade econômica globalizada não encontrou freios ou contrapesos suficientemente adequados nos subsistemas político e jurídico, que permaneceram essencialmente restritos aos limites dos Estados-nação.

Esse processo de globalização contemporâneo é reforçado pela liberalização decorrente da redução ou eliminação de barreiras aos fluxos de capitais, mercadorias e trabalhadores entre os países,³⁹⁹ como vimos ao tratar das reformas neoliberais. Nesta era globalizada, efeitos colaterais de crises internacionais ou mesmo de medidas econômicas adotadas por governos nacionais (tais como o aumento ou a redução da taxa de juros, a concessão de benefícios fiscais, o endurecimento ou relaxamento da regulação econômica ou da legislação trabalhista) ou empresas multinacionais podem atingir a economia de vários países de diversas formas, não deixando aos Estados muitas alternativas que não a adaptação

³⁹⁵ STICHWEH, *op. cit.*, p. 46.

³⁹⁶ PICCIOTTO, Sol. *Regulating Global Corporate Capitalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 2.

³⁹⁷ “Em plena campanha eleitoral, estourou em outubro de 1929 a crise mundial. Ela apanhou a cafeicultura em situação complicada. A defesa permanente do café gerara a expectativa de lucros certos, garantidos pelo Estado. Em consequência, as plantações se estenderam no Estado de São Paulo. Muita gente tomou empréstimos a juros mensais de 2% – uma taxa na época muito alta – para plantar café. [...] Com a crise, os preços internacionais caíram bruscamente. Como houve retração do consumo, tornou-se impossível compensar a queda de preços com a ampliação do volume de vendas.” FAUSTO, *op. cit.*, p. 320. Uma análise mais extensa sobre o mesmo tema pode ser encontrada em FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 251-273.

³⁹⁸ TEUBNER (2011), *op. cit.*, p. 9.

³⁹⁹ PICCIOTTO, *op. cit.*, p. 3.

reativa aos fenômenos econômicos globais.⁴⁰⁰ Especialmente nas crises econômicas, este processo de *desterritorialização* do subsistema econômico é exposto de maneira bastante crua e violenta, como podem demonstrar os eventos que se seguiram à crise de 2008, os quais analisaremos mais adiante.

Os desafios que os processos econômicos mencionados impõem aos subsistemas político e jurídico não podem ser enfrentados a partir de uma perspectiva limitada pelas fronteiras nacionais. As propostas de limitação do imperialismo da racionalidade econômica passam pela necessidade de cooperação dos Estados entre si e com o próprio subsistema econômico global, o que vem estimulando a criação de novas formas de governança e regulação. Isso explica, em parte, o surgimento de blocos econômicos de livre comércio entre diferentes Estados e de diversas entidades e organizações internacionais de natureza *supraestatal* e *não estatal* voltadas à regulação de setores econômicos nas últimas décadas.

Tais fenômenos trazem, contudo, novos problemas. A mobilidade internacional do capital vem acirrando, em oposição à cooperação entre os Estados, uma *competição regulatória*, consubstanciada no aprimoramento de seus subsistemas político e jurídico internos de modo a torná-los mais atraentes para investidores internacionais. Esta competição regulatória implica o risco de relaxamento demasiado dos controles das falhas de mercado (com o intuito de manter ou atrair investidores), causando o fenômeno conhecido na doutrina anglo-saxã como *race to the bottom*.⁴⁰¹ Já a multiplicação de entidades supraestatais e paraestatais no cenário internacional vem gerando questionamentos sobre a legitimidade democrática das normas por elas criadas, uma vez que a representação de um determinado Estado no processo decisório pode ser inexistente, ou estar nas mãos de tecnocratas sem representatividade popular.

A presente Seção pretende analisar alguns dos desafios que a globalização econômica impõe à intervenção estatal, com foco nas intervenções necessárias em tempos de crise econômica.

2.1.2 Ascensão do capitalismo financeiro global e regulação financeira

⁴⁰⁰ BAPTISTA, *op.cit.*, p. 69-70.

⁴⁰¹ “Se o regime regulador em Londres era menos rigoroso do que nos Estados Unidos, então as filiais na City de Londres começaram o negócio, em vez de Wall Street. Como o negócio lucrativo fluía naturalmente para onde o regime regulatório fosse mais relaxado, a pressão política sobre os reguladores para olhar para outras questões crescia.” HARVEY, *op.cit.*, p. 25.

Na comparação de David Harvey, o capital poderia ser entendido como “*o sangue que flui através do corpo político de todas as sociedades que chamamos de capitalistas*”.⁴⁰² A ascensão do capitalismo financeiro e o processo de globalização podem ser explicados pela necessidade que o capital tem, tal como o sangue, de se manter em constante movimento, pois somente assim pode produzir lucros.

Harvey explica que a existência de concorrência obriga que parte dos lucros obtidos pelo capitalista em seus negócios sejam reinvestidos, isto é, novamente transformados em capital.⁴⁰³ Este processo gerou um primeiro problema do capitalismo do século XX, que foi o excesso de liquidez, representado pela massa crescente de capital à procura de investimentos rentáveis.⁴⁰⁴ Portanto, uma primeira explicação para o fenômeno da *financeirização* do capitalismo testemunhado nas últimas décadas é o fato de que este oferece uma solução para o problema de como absorver o excedente de capital gerado no subsistema econômico.⁴⁰⁵ Mas apenas isso não explica a *internacionalização* do capitalismo financeiro.

Na década de 1960, o contínuo aumento deste processo de acumulação de capital (uma consequência da *era de ouro do welfare state*) encontrou uma barreira na escassez de mão de obra nos países desenvolvidos (Estados Unidos e Europa), a qual forçava o pagamento de salários altos aos trabalhadores e fortalecia os sindicatos operários.⁴⁰⁶ Para superar este “gargalo”, o capitalismo buscou soluções tão diversas quanto incentivar a imigração de mão de obra barata (como feito pelo *Immigration and Nationality Act* de 1965, nos Estados Unidos), desenvolver novas tecnologias que diminuíssem a dependência do trabalho humano (como a robótica nas linhas de produção) e reduzir o poder e os salários dos sindicatos operários (como os governos de Ronald Reagan e Margaret Thatcher fizeram nos Estados Unidos e no Reino Unido, respectivamente). Para os fins da presente análise, a mais interessante solução encontrada foi a exportação de capital para localidades onde havia excedente de mão de obra barata e matérias-primas (na forma de recursos naturais), como a América Latina e o sudeste da Ásia.

Embora este conjunto de medidas tenha permitido a superação do problema da disponibilidade de mão de obra nos países desenvolvidos por meio da transferência de postos de trabalho para os países em desenvolvimento, a consequente redução da massa salarial dos

⁴⁰²*Ibid.*, p. 7.

⁴⁰³*Ibid.*, p. 30.

⁴⁰⁴*Ibid.*, p. 31.

⁴⁰⁵*Ibid.*, p. 33.

⁴⁰⁶*Ibid.*, p. 20.

trabalhadores nos países desenvolvidos criou um novo problema para o capitalismo, na medida em que dificultou a absorção da oferta de produtos e serviços disponíveis no mercado.⁴⁰⁷ Harvey sustenta que tal problema foi temporariamente superado pela oferta de crédito ao consumo para os trabalhadores dos países desenvolvidos (fortalecendo a *financeirização* do subsistema econômico), mas a rápida saturação deste modelo fortaleceu a crença de que uma solução mais duradoura requeria o fortalecimento da exportação de capitais e a criação de novos mercados consumidores no exterior (fortalecendo a *internacionalização* do subsistema econômico).⁴⁰⁸ Paralelamente, na medida em que afetou negativamente a demanda por produtos e serviços, o achatamento salarial dos trabalhadores dos países desenvolvidos também tornou os investimentos financeiros mais rentáveis e atrativos que os investimentos produtivos.

A partir de 1973, tais fenômenos intensificaram suas transformações sobre o mercado financeiro, processo que Sol Picciotto⁴⁰⁹ descreve em três vertentes: (a) liberalização das barreiras internas e internacionais entre diferentes setores e mercados, um processo duplo que permitiu a abertura de mercados nacionais a serviços financeiros estrangeiros e a consolidação de atividades até então divididas pela regulação (como bancos de varejo e de investimento)⁴¹⁰; (b) transição de um sistema financeiro baseado em relacionamentos (no qual credores financiavam devedores conhecidos e confiáveis) para um baseado no mercado (em que o dinheiro se transforma em um *commodity*, como veremos adiante); e (c) crescimento do setor financeiro e dos seus rendimentos.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, p. 92.

⁴⁰⁸ “Os bancos de investimento de Nova York, então lotados de excedentes de petrodólares dos Estados do Golfo e desesperados por novas oportunidades de investimento num momento em que o potencial de rentabilidade de investimento dentro dos Estados Unidos estava exausto, fizeram empréstimos maciços para países em desenvolvimento como México, Brasil, Chile e até mesmo Polônia. [...] As dificuldades logo surgiram com a crise da dívida dos países em desenvolvimento da década de 1980.” HARVEY, *op.cit.*, p. 24.

⁴⁰⁹ PICCIOTTO, *op.cit.*, p. 264.

⁴¹⁰ O comentário refere-se especificamente ao *Glass-Steagall Act*, aprovado nos Estados Unidos em 1933: “Quando o crash de Wall Street ocorreu, em 1929, as autoridades americanas concluíram que, ao desenvolver atividades no mercado de capitais, bancos de varejo podem colocar sob risco os depósitos de seus correntistas. Elas decidiram acabar com tal risco aprovando a Lei Glass-Steagall de 1933 – assim chamada em função dos congressistas participantes das comissões competentes na Câmara e no Senado. [...] Um banco de varejo poderia aceitar depósitos, mas não poderia vender títulos [underwrite any securities] a seus correntistas. Um banco de investimento poderia vender títulos, mas não poderia receber depósitos. [...] Glass-Steagall foi finalmente revogada pela Lei Gramm-Leach-Bliley de novembro de 1999. Como consequência desse processo de liberalização, os maiores bancos de varejo se transformaram em instituições financeiras full-service, oferecendo um amplo leque de serviços financeiros e operando como instituições universais. Atualmente, o consenso óbvio é o de que a crescente integração de bancos de varejo e financeiros criou enormes riscos – na verdade um colapso sistêmico (e ninguém previu isso).” VALDEZ, Stephen; MOLINEUX, Philip. *An Introduction to Global Financial Markets*. 6th ed. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2010, p. 123.

Todos estes fatores parecem contribuir para os processos de *financeirização* e internacionalização do capitalismo, o que impôs a necessidade de alguma coordenação dos fluxos de capital na esfera internacional. Ioannis Glinavos define o sistema financeiro resumidamente como o conjunto de instituições que permitem o encontro, no mercado de crédito, entre ofertantes (credores) e demandantes (devedores).⁴¹¹ Tais instituições – imprescindíveis para o desenvolvimento econômico de qualquer país, na medida em que os negócios precisam de recursos para sua estruturação e expansão, e o sistema financeiro permite que empresários utilizem capital para fins produtivos sem que tenham que acumular o volume necessário antecipadamente⁴¹² – são essencialmente definidas pelo direito,⁴¹³ e a coordenação entre elas é realizada por meio da regulação financeira, sucintamente definida por Howard Davies e David Green como “*os processos de autorização, regulação e supervisão de instituições financeiras e dos mercados em que elas atuam*”.⁴¹⁴ O mercado financeiro é, inegavelmente, um poderoso mecanismo de desenvolvimento econômico, que conecta a poupança ao investimento; no entanto, ele encerra um paradoxo: embora um sistema financeiro sólido e estável seja um *bem público*, ele frequentemente é tratado a partir de uma perspectiva privada, sendo este um dos principais fatores constitutivos da crise de 2008, na visão de Sol Picciotto.⁴¹⁵

A regulação financeira abrange questões tão diversas quanto o estabelecimento de padrões contábeis para os participantes do mercado, a exigência de capital mínimo para instituições financeiras, normas sobre uso indevido de informação privilegiada (*insider trading*), controle de lavagem de dinheiro e proteção de investidores.⁴¹⁶ No entanto, Davies e Green afirmam que a necessidade de regulação financeira é normalmente fundamentada em dois principais conjuntos de problemas inerentes à ascensão do capitalismo financeiro.

O primeiro deles engloba as questões de *risco sistêmico*: embora um sistema financeiro estável permita a eficiente alocação de recursos e conseqüentemente promova

⁴¹¹ GLINAVOS, Ioannis. *Redefining the Market-State Relationship: responses to the financial crisis and the future of regulation*. New York: Routledge, 2014, p. 40. A simplificada definição do autor integra uma crítica à elitização cognitiva do sistema financeiro, normalmente visto como extremamente complexo e de difícil compreensão pelo cidadão comum, o que dificulta a participação popular na regulação financeira.

⁴¹² Sobre o papel do financiamento no desenvolvimento econômico, ver SCHAPIRO, *op.cit.*, p. 31-112.

⁴¹³ No Brasil, o art. 192 da Constituição de 1988 (conforme alterado pela Emenda Constitucional nº 40/2003) estabelece que o sistema financeiro nacional é estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade, sendo regulado por leis complementares.

⁴¹⁴ DAVIES, Howard; GREEN, David. *Global Financial Regulation: The Essential Guide*. Cambridge: Polity Press, 2011, p. 10.

⁴¹⁵ PICCIOTTO, *op. cit.*, p. 258.

⁴¹⁶ DAVIES; GREEN, *op.cit.*, p. 10.

crescimento econômico, evidências empíricas demonstram que, se deixado à sua própria sorte, tal sistema poderá gerar instabilidade e contaminar outros sistemas. Exemplo disso são os bancos, que ocupam uma posição central no sistema financeiro, pois coordenam a rede de meios de pagamentos da economia, de modo que a insolvência de um deles pode contaminar todo o sistema. Tal risco pode justificar, em determinadas circunstâncias, o resgate público (*bail out*) de uma instituição insolvente, não para evitar prejuízos a seus acionistas, mas para minimizar os prejuízos que sua falência pode impor a terceiros.⁴¹⁷ Embora o argumento da estabilidade permita a defesa da existência de um garantidor de última instância (*lender of last resort*) em caso de insolvência, papel geralmente desempenhado pelos bancos centrais, ele não explica a necessidade de supervisão contínua do sistema financeiro. Esta necessidade pode ser mais bem explicada por dois argumentos distintos.

O primeiro diz respeito à uma externalidade negativa: embora os administradores de bancos considerem os custos que a insolvência de suas instituições pode causar para si e para os seus acionistas, eles não necessariamente levam em conta os prejuízos que podem causar ao sistema econômico como um todo; a existência de um garantidor de última instância pode causar o risco moral de elevar a assunção de riscos pelos participantes do mercado, na medida em que estes acreditam que eventual insolvência será impedida pelo garantidor de última instância. Portanto, a supervisão contínua busca evitar a assunção de riscos excessivos por tais agentes, exigindo que os bancos tenham volumes mínimos de capital⁴¹⁸ e reservas compulsórias⁴¹⁹ suficientes para as atividades desenvolvidas e os riscos incorridos.⁴²⁰ O

⁴¹⁷ “*Não há normas jurídicas ou regras escritas sobre quando e como o Bank of England [o Banco Central do Reino Unido] atuará como garantidor de última instância. O Bank of England apenas segue os princípios estabelecidos por Thornton e Bagehot dois séculos atrás. Quais sejam, primeiro, conceder recursos de última instância apenas quando a falta de liquidez de um banco representar consequências sistêmicas para o sistema financeiro como um todo, em decorrência do tamanho do banco, da sua interdependência com outras instituições financeiras ou porque sua quebra pode acarretar a perda de confiança dos depositantes em outros bancos, causando um série de corridas aos bancos [bank runs]; segundo, apenas conceder recursos se o banco enfrenta falta de liquidez, mas não insolvência; terceiro, conceder tanto dinheiro quanto necessário; mas, quarto, exigir garantias e aplicar juros sancionatórios.*” BLACK, Julia. *Managing the Financial Crisis: The Constitutional Dimension. LSE Law, Society and Economy Working Papers* 12/2010. Disponível em: <<http://eprints.lse.ac.uk/32895/>>, acesso em: abril de 2012.

⁴¹⁸ A Lei nº 4.595/1964, que dispõe sobre o sistema financeiro nacional, estabelece que compete ao Conselho Monetário Nacional delimitar o capital mínimo das instituições financeiras privadas (art.4º, XIII).

⁴¹⁹ A Lei nº 4.595/1964 também estabelece que o Banco Central vai “*determinar o recolhimento de até cem por cento do total dos depósitos à vista e de até sessenta por cento de outros títulos contábeis das instituições financeiras, seja na forma de subscrição de Letras ou Obrigações do Tesouro Nacional ou compra de títulos da Dívida Pública Federal, seja através de recolhimento em espécie, em ambos os casos entregues ao Banco Central do Brasil, na forma e condições por ele determinadas*” (art. 10, III).

⁴²⁰ Uma questão relacionada advém da existência de garantidores de depósitos bancários – como o Fundo Garantidor de Crédito no Brasil, uma entidade privada sem fins lucrativos que administra um mecanismo de proteção aos correntistas, poupadores e investidores, cujas atividades são atualmente regulamentadas pela Resolução nº 4.222/2013, do Banco Central. A existência desse garantidor pode estimular a assunção de

segundo argumento decorre do reconhecimento de que o desempenho do papel de garantidor de última instância pelo Estado em caso de insolvência certamente implicará um elevado custo para a sociedade, que pode ser evitado ou reduzido pela manutenção de supervisão contínua dos participantes do mercado financeiro.⁴²¹

O segundo conjunto de problemas inerentes à ascensão do capitalismo financeiro que a regulação busca solucionar decorre da assimetria de informações.⁴²² Os acionistas inevitavelmente têm menos informações sobre as sociedades em que investem do que os seus administradores, que têm fortes incentivos para esconder informações que possam influenciar negativamente o preço das ações da sociedade, ou para apenas divulgá-las após venderem suas próprias ações ou deixarem a administração da sociedade. Com efeito, são necessárias regras que impeçam o uso indevido de informações privilegiadas⁴²³ e que regulem a frequência, extensão e profundidade das informações financeiras que os participantes do mercado devem divulgar. Um exemplo doméstico é a Lei nº 6.385/1976, que tipifica o crime de uso indevido de informação privilegiada.⁴²⁴

Ambos os conjuntos de problemas identificados por Davies e Green encontram novas razões de ser com a internacionalização dos mercados financeiros. Ante a possibilidade de que instituições financeiras atuem em diversas jurisdições, especialmente por meio de filiais que consolidam seus resultados nas demonstrações financeiras de suas matrizes (em vez de operarem por sociedades independentes com capital próprio segregado), é essencial a criação de algum nível de padronização da supervisão contínua realizada por diferentes países, de modo a melhorar a percepção de cada um deles sobre os riscos da globalização financeira. O

riscos excessivos pelos bancos, o que reforça a necessidade de supervisão contínua do mercado financeiro. Sobre o tema, v. DAVIES; GREEN, *op.cit.*, p. 18-19.

⁴²¹ DAVIES; GREEN, *op.cit.*, p. 17-18.

⁴²² A noção econômica de eficiência na alocação de recursos decorre da valoração individual da utilidade de cada bem ou serviço disponível no mercado pelos consumidores. No entanto, para que referida eficiência seja possível, é necessário pressupor que os consumidores têm (a) acesso adequado às informações necessárias para guiar suas escolhas alocativas; e (b) capacidade de processar adequadamente as informações disponíveis. Entretanto, abundam as circunstâncias em que os consumidores não têm acesso às informações necessárias para o exercício de sua livre escolha, ou em que, ainda que tenham acesso a tais informações, mostram-se incapazes de processá-las e interpretá-las adequadamente. No mercado de capitais, por exemplo, a CVM busca assegurar que os administradores de companhias com ações negociadas na bolsa de valores provejam ao mercado todas as informações relevantes (tais como saúde financeira, contingências, etc.) para guiar os investidores na decisão de comprar ou vender ações daquelas empresas. Sobre o tema, cf. OGUS, *op.cit.*, p. 38.

⁴²³ “Art. 27-D. Utilizar informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime.”

⁴²⁴ DAVIES; GREEN, *op. cit.*, p. 22.

mesmo pode ser dito em relação aos investidores, que podem ser beneficiados pela padronização caso esta reduza o risco de que instituições financeiras multinacionais evitem a regulação de uma determinada jurisdição ao nela operar por meio de filiais.⁴²⁵

2.1.3 Regulação do sistema financeiro internacional⁴²⁶⁴²⁷

As autoridades supervisoras do sistema financeiro sempre nutriram interesse por questões internacionais em decorrência da constatação de que riscos transnacionais podem causar grandes impactos nas atividades bancárias. Os contatos entre tais autoridades mantiveram-se por bastante tempo apenas no plano informal, mas eventos ocorridos a partir da década de 1970 – dentre os quais o mais notável foi a quebra do Bankhaus Herstatt na Alemanha Ocidental, em 1974 – levaram os países que então compunham o chamado G-10 (Alemanha, Bélgica, Canadá, Estados Unidos, França, Holanda, Itália, Japão, Reino Unido, Suécia e Suíça)⁴²⁸ a criar o Comitê de Regulação Bancária e Práticas de Supervisão, posteriormente renomeado *Comitê da Basileia de Supervisão Bancária*.

A principal razão para a criação do Comitê da Basileia foi a grande incerteza quanto à autoridade competente para supervisionar as atividades transnacionais de um banco e lidar com os problemas de liquidez e solvência de suas operações internacionais.⁴²⁹ Neste sentido é possível afirmar que o estabelecimento de requisitos de capital mínimo foi resultado do processo de internacionalização dos mercados financeiros, que limitou os meios até então utilizados pelos reguladores e supervisores financeiros para assegurar a estabilidade das instituições financeiras (como os depósitos compulsórios nos Bancos Centrais),⁴³⁰ ineficazes em relação às atividades financeiras transnacionais.⁴³¹

⁴²⁵ *Ibid.*, p. 20-24.

⁴²⁶ Embora a regulação do sistema financeiro internacional seja desenvolvida por uma miríade de entidades – tais como a Organização Internacional das Comissões de Valores Mobiliários (IOSCO, no acrônimo inglês), a Associação Internacional de Garantidores de Depósitos (IADI) e a Associação Internacional de Supervisores de Seguros (IAIS) –, o foco da presente análise recai principalmente sobre o papel do Comitê da Basileia. Para uma análise do papel de outras entidades, v. DAVIES; GREEN, *op.cit.*, p. 32-126.

⁴²⁷ Para uma extensa análise sobre a regulação financeira a partir de uma perspectiva brasileira, cf. ERLING, Marlos Lopes Godinho. *Regulação financeira sistêmica no Brasil: desafios e propostas de aprimoramento institucional*. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade do Estado do Rio de Janeiro, mimeo, 2013.

⁴²⁸ Apesar da posterior adesão da Suíça ao grupo, o nome G-10 foi curiosamente mantido para designar os 11 países.

⁴²⁹ DAVIES; GREEN, *op. cit.*, p. 34.

⁴³⁰ No Brasil, vide o art. 10, inciso III da Lei nº 4.595/1964 (nota nº 419 supra).

⁴³¹ PICCIOTTO, *op.cit.*, p. 269.

O Comitê da Basileia buscou aprimorar a regulação bancária internacional para tentar impedir que estabelecimentos de instituições financeiras internacionais pudessem escapar a qualquer tipo de supervisão. Para isso, o Comitê desenvolveu mecanismos de trocas de informações entre as autoridades nacionais participantes. Nos anos que precederam a crise de 2008, o foco da atuação do Comitê da Basileia voltou-se para os requisitos de capital mínimo, em virtude do receio de que a quebra de bancos transnacionais subcapitalizados pudesse causar crises financeiras globais. Esta preocupação levou ao debate sobre como garantir que instituições financeiras mundo afora sejam adequadamente capitalizadas, especialmente diante da miríade de regulações nacionais distintas sobre a atividade bancária.

Uma primeira dificuldade enfrentada foi a diversidade de interesses envolvidos na negociação de regras internacionais sobre capital mínimo para os bancos. Além disso, a comparação entre os diferentes sistemas regulatórios dos países integrantes do Comitê mostrou-se uma tarefa bastante complexa. Não obstante, um denominador comum foi alcançado em 1988 com o Acordo de Basileia (conhecido como Basileia I em virtude dos acordos subsequentes), o qual estabeleceu que os bancos com atividades internacionais deveriam manter uma razão de 8% entre capital/risco ponderado de ativos detidos, montante então considerado adequado para conservar a solidez de bancos bem administrados.

Basileia I não representou, contudo, uma norma vinculante para os Estados integrantes do G-10, pois as autoridades reguladoras das atividades bancárias que integravam o Comitê não podiam impor ao Poder Legislativo de seus países a adoção das medidas propostas. Assim, o Acordo constituía apenas uma declaração de que tais autoridades envidariam seus melhores esforços em suas jurisdições para produzir resultados semelhantes, o que representou um ponto de constante tensão.⁴³² Embora o Brasil não participasse do G-10 e tampouco do Comitê da Basileia, em 1994 Basileia I foi implementado no país por meio da Resolução nº 2.099, do Banco Central do Brasil, que introduziu a exigência de capital mínimo para as instituições financeiras em função do grau de risco de suas operações ativas.

Embora a razão de 8% entre capital e risco ponderado de ativos detidos permitisse certa flexibilidade ao atribuir diferentes pesos a diferentes categorias de ativos (daí falar-se em *risco ponderado*), a exigência de capital mínimo acabou se mostrando *self-defeating*, na medida em que estimulava o desenvolvimento de novos e complexos produtos e serviços financeiros envolvendo a securitização de créditos, como os derivativos e *swaps*. A securitização permitiu que as instituições financeiras retirassem mútuos concedidos a terceiros

⁴³² DAVIES; GREEN, *op. cit.*, p. 39

do seu balanço contábil mediante a transformação dos mesmos em títulos garantidos pelos próprios recebíveis e por coberturas de seguros contratadas, e sua transferência a sociedades de propósito específico, que então os vendiam a terceiros.⁴³³ O objetivo principal era que os bancos enfraquecessem seu vínculo com o mútuo original, de forma que ele pudesse ser desconsiderado para fins de adequação ao capital mínimo previsto em Basileia I. Este processo cresceu vertiginosamente entre a década de 1990 e a primeira década do século XXI, na medida em que os bancos buscaram limpar seus balanços, a fim de liberar capital para atividades mais rentáveis.⁴³⁴

Em 1996, o Comitê da Basileia aprovou uma emenda ao acordo de Basileia I que ficou conhecida como Emenda de Riscos de Mercado. Esta emenda incorporava ao acordo de Basileia I a exigência de que o capital mínimo considerasse riscos decorrentes de exposição das instituições financeiras a taxas de câmbio, débitos securitizados, participações societárias, *commodities* e opções.⁴³⁵ Sob as novas normas, os bancos foram autorizados a, observados padrões quantitativos e qualitativos, utilizar modelos internos próprios de aferição do *valor em risco* (*VaR*, no acrônimo em inglês) para fins de definição do capital mínimo.⁴³⁶⁴³⁷

Não obstante, no final da década de 1990 havia certo consenso de que a estrutura de Basileia I havia deixado de ser apta para as finalidades pretendidas pelo Comitê da Basileia. Três principais conjuntos de reforma do sistema regulatório internacional passaram a ser vistos como necessários: (a) o método de cálculo do capital mínimo era demasiadamente simples para lidar com os riscos variáveis associados a diferentes produtos financeiros; (b) reconheceu-se a importância da supervisão dos sistemas internos de gerenciamento de riscos das instituições financeiras; e (c) fortaleceu-se a ideia de que melhores resultados do ponto de vista regulatório poderiam ser obtidos através de disciplina de mercado, a ser exercida por meio de melhorias nas obrigações de divulgação das posições de risco das instituições financeiras.⁴³⁸

As negociações para a reforma de Basileia I, iniciadas em 1998, esbarraram em muitas dificuldades. Modelos extremamente complexos de aferição de risco podiam ser bem operados apenas pelos maiores e mais sofisticados bancos do mundo, mas não pela grande

⁴³³ PICCIOTTO, *op. cit.*, p. 276.

⁴³⁴ VALDEZ; MOLYNEUX, *op. cit.*, p. 41-42.

⁴³⁵ DAVIES; GREEN, *op. cit.*, p. 39.

⁴³⁶ *Loc. cit.*

⁴³⁷ PICCIOTTO, *op.cit.*, p. 278.

⁴³⁸ DAVIES; GREEN, *op.cit.*, p. 40-41.

maioria das instituições financeiras. Adicionalmente, discutiu-se se estes bancos que operavam sistemas de gerenciamento de risco mais sofisticados poderiam operar com menores níveis de capital em relação aos demais. No que respeita à legitimidade dos acordos, legisladores na Europa e nos Estados Unidos atentaram para o fato de que as normas que eles deveriam internalizar em suas jurisdições eram discutidas e deliberadas por tecnocratas, e passaram então a tentar intervir diretamente nas negociações do Comitê da Basileia. Por fim, diversos países não integrantes do G-10 haviam passado a utilizar os padrões de Basileia para regular seus sistemas financeiros, mas os integrantes do grupo ainda relutavam em aceitar a participação formal de tais países no Comitê.⁴³⁹

Após seis anos de negociações, em 2004 o Comitê da Basileia finalmente chegou ao acordo que ficou conhecido como Basileia II.⁴⁴⁰ O novo acordo tentou resolver o problema da rigidez do capital mínimo exigido das instituições financeiras, que estimulava a *evasão regulatória*, como visto anteriormente, consolidando a mudança – inicialmente estabelecida na Emenda de 1996 – para um sistema de autorregulação no qual o Comitê apenas delimita os padrões que os sistemas internos de gerenciamento de risco dos bancos deviam observar. No entanto, essa consolidação do modelo de autorregulação por Basileia II criou outros problemas: a recomendação para que os bancos adotassem sofisticados métodos de gerenciamento de risco evidenciou o delicado equilíbrio entre os incentivos para tanto (representados pela possibilidade de redução dos patamares de capital mínimo exigidos) e o objetivo mais amplo, de interesse coletivo: a manutenção de um nível mínimo de capital agregado nas instituições financeiras. Adicionalmente, a eficácia dos modelos de gerenciamento de risco depende em larga medida dos fundamentos matemáticos e estatísticos nos quais eles estão baseados. Conforme observado por Picciotto, o método de *VaR* estabelecido combinava teorias formalistas de eficiência dos mercados e de distribuição randômica de probabilidades que se mostraram péssimas para a previsão de movimentos cíclicos de mercado.⁴⁴¹

⁴³⁹ *Ibid.*, p. 42-43.

⁴⁴⁰ Cf. CBSB. *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards: A Revised Framework – Comprehensive Version*. 2006. Disponível em: <<http://www.bis.org/publ/bcbs128.pdf>>, acesso em: abril de 2014. No Brasil, os pilares e princípios de Basileia II foram introduzidos por dezenas de atos normativos do BACEN. Para uma lista deles, cf.: <<http://www.bcb.gov.br/?BAS2NORVIG>>, acesso em: julho de 2014.

⁴⁴¹ “Uma objeção fundamental é que o método de *VaR* combina duas teorias formalistas de uma maneira em que os erros de ambas são exponencializados. De um lado, ele aceita os pressupostos da hipótese de eficiência de mercado defendida por alguns economistas financeiros (desenvolvida por Eugene Fama, da Universidade de Chicago), segundo os quais os preços de ativos comercializados refletem de modo eficiente todas as informações relevantes. [...] Estes pressupostos eram combinados com técnicas matemáticas que utilizavam dados históricos para estimar correlação de probabilidades (e.g. de insolvência) baseado em modelos

Logo após o início da implementação de Basileia II, a econômica mundial foi atingida pela maior turbulência desde o *crash* da Bolsa de Nova York em 1929: a crise financeira de 2008.

2.1.4 Os problemas da globalização financeira: a crise de 2008⁴⁴²

Como visto anteriormente, Ioannis Glinavos define o sistema financeiro resumidamente como o conjunto de instituições que permitem o encontro, no mercado de crédito, entre ofertantes (credores) e demandantes (devedores),⁴⁴³ a partir do que é possível presumir que o objetivo último do sistema financeiro seja a quitação do débito pelo devedor. No entanto, o capitalismo financeiro caracterizou-se por uma perpétua possibilidade de postergação do pagamento, através de instrumentos financeiros diversos. Isso criou o que Glinavos chama de *secessão do liame entre credor e devedor*, num processo em que a moeda passa a ser vista como um commodity e débitos podem ser, assim como produtos, indefinidamente vendidos e comprados por meio de mecanismos como a *securitização*. Essa possibilidade de comprar e vender débitos/créditos – a sua *liquidez* – pressupõe a existência de interesse dos detentores de tais créditos em vendê-los, e a existência de terceiros interessados em comprá-los. Num sistema em que há a secessão do liame entre credor e devedor – isto é, em que o objetivo final do financiamento não é mais a sua quitação, mas sim a possibilidade de passá-lo adiante – a liquidez é um conceito vital, mas um sistema que tem a liquidez como base operacional desmaterializa (*financeiriza*) as fundações da economia, tornando-a bastante volátil.⁴⁴⁴

Embora a crise financeira de 2008 tenha começado a se delinear no Reino Unido ainda em 2007, com a insolvência do banco Northern Rock,⁴⁴⁵ os eventos ocorridos nos Estados

estatísticos gaussianos, que pressupõem distribuição randômica. Os pressupostos de ambas as teorias foram amplamente criticados. Estudos microssociológicos e antropológicos dos mercados financeiros demonstram que os participantes reagem a sinais convencionais, ou mesmo rumores e pânico, uma vez que seu principal objetivo é antecipar movimentos do mercado. Tais observações são compatíveis com as percepções de economistas comportamentais e outros sobre a volatilidade do mercado em decorrência de comportamento de manada [...]. Técnicas estatísticas baseadas em pressupostos de distribuição randômica foram contestadas por Benoît Mandelbrot, que demonstrou que eventos reais não são randômicos, tendendo a se aglutinar, e em particular que movimentos do mercado financeiro têm uma maior probabilidade de refletir comportamentos recentes, uma vez que ocorrem em ciclos.” PICCIOTTO, op.cit., p. 280-281.

⁴⁴² Para uma extensa análise da crise de 2008, cf. também ERLING, *op. cit.*, p. 53-96.

⁴⁴³ GLINAVOS, *op.cit.*, p. 40.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, p. 41-42.

⁴⁴⁵ Sobre o tema, v. BLACK (2010), *op. cit.*, p. 8-12.

Unidos é que definiram seu caráter global e mesmo uma de suas principais alcunhas: crise do mercado de hipotecas *subprime*. *Subprime* é um jargão usualmente adotado em referência à parcela do mercado imobiliário dos Estados Unidos em que financiamento habitacional é concedido a pessoas com questionável capacidade de liquidar a dívida assumida. Duas razões explicam o paradoxal interesse das instituições financeiras em conceder financiamentos a devedores cuja solvência é duvidosa: a primeira é a possibilidade de securitizar e revender tais recebíveis, conforme visto anteriormente, e a segunda, como veremos adiante, é o que Hyman Minsky chamou de finanças Ponzi.⁴⁴⁶

Um dos consensos acerca da crise financeira de 2008 foi o de que ela não teria atingido a economia como um todo de forma tão severa não fosse pela proliferação de produtos financeiros cujas fundações estavam ancoradas nas frágeis bases dos financiamentos habitacionais e créditos pessoais concedidos aos proprietários de imóveis e consumidores nos Estados Unidos. Com a revogação do *Glass-Steagall Act* pelo *Gramm-Leach-Bliley Financial Modernization Act* nos Estados Unidos,⁴⁴⁷ diversas salvaguardas da regulação financeira erigidas após a crise de 1929 foram derrubadas, e os bancos americanos puderam se expandir consideravelmente nos mercados de seguros e securitização. Adicionalmente, o *Commodity Futures Modernization Act*, aprovado no ano de 2000 nos Estados Unidos, representou mais um passo no sentido da desregulamentação do mercado financeiro e no incentivo ao processo de securitização, em que os bancos atuavam por meio de um modelo que ficou conhecido como *originação e distribuição*.⁴⁴⁸ Neste modelo, recebíveis (créditos) eram agrupados e títulos representativos dos mesmos eram vendidos a investidores, e o resultado da venda era utilizado para gerar mais recebíveis (por meio de concessão de mais crédito), que eram novamente securitizados e vendidos, reiniciando o ciclo. É nesse sentido que Glinavos afirma que, ao permitir que os bancos concedessem crédito não com base em depósitos mantidos, mas sim com base na liquidez dos mercados de securitização, a regulação abriu caminho para que o setor financeiro se distanciasse da *economia real*, gerando uma riqueza fictícia. Para ele, o *Commodity Futures Modernization Act* permitiu que os bancos especulassem com

⁴⁴⁶ GLINAVOS, *op.cit.*, p. 86-87.

⁴⁴⁷ Vide nota nº 410 supra.

⁴⁴⁸ O modelo tinha dois principais benefícios para os bancos: (i) gerava aumento de receitas por meio das tarifas cobradas pela originação e (ii) criava uma aparência de redução do risco de inadimplência, na medida em que os créditos eram distribuídos e circulavam pelo mercado. Da mesma forma, também havia dois aparentes benefícios para os próprios reguladores: (i) os bancos eram vistos como sujeitos a menos riscos, na medida em que mantinham menos empréstimos em sua carteira (e logo estavam menos expostos ao risco de inadimplência) e (ii) o modelo reduziu as tarifas cobradas pelos bancos para concessão de empréstimos aos consumidores, aumentando o acesso da população ao financiamento imobiliário e outras linhas de crédito. Sobre o tema, v. GLINAVOS, *op. cit.*, p. 90.

derivativos negociados em mercado de balcão, que até então somente eram permitidos para lidar com riscos de eventos futuros e eram negociados por câmaras de compensação (*clearing houses*), que assumiam a responsabilidade por todos os riscos associados a tais títulos.⁴⁴⁹

Mas por que havia tamanha demanda por tais créditos securitizados, a ponto de gerar uma inflação no preço de todos os derivativos? Glinavos vê duas explicações possíveis. A primeira é baseada no argumento de que, à medida que os investimentos lucrativos vão ficando mais escassos, os capitalistas passam a buscar oportunidades cada vez mais arriscadas para obter bons retornos (o que explica a securitização das hipotecas *subprime* após o esgotamento das hipotecas de primeira linha). Mas, além disso, também há razões de ordem jurídica que impulsionaram a demanda por tais títulos. A exigência regulatória de que as instituições financeiras mantivessem portfólios diversificados para diluição de riscos – baseada em Basileia II – fazia com que os bancos adquirissem uma variedade de produtos para absorção desse risco, o qual era supostamente “segurado” por meio de operações de *hedge*, definidas como “[o]perações realizadas com o objetivo de obter proteção contra o risco de variações de taxas de juros, de paridade entre moedas e do preço de mercadorias”.⁴⁵⁰ Embora tais *hedges* cobrissem apenas uma fração do risco ao qual as instituições estavam expostas, para fins de análise de risco presumia-se que toda a exposição das mesmas era neutralizada por esses *hedges*.⁴⁵¹

Conforme visto anteriormente, a exportação de capitais para países em desenvolvimento gerou um processo de desindustrialização nos Estados Unidos e em outros países desenvolvidos, cujas economias passaram a se concentrar no setor de serviços (tecnológicos, financeiros, etc.). O conseqüente crescimento do déficit na balança comercial dos Estados Unidos – representado pela disparidade entre os valores de capitais e serviços exportados e os bens de consumo importados da Ásia, América Latina e outras regiões em desenvolvimento – precisava ser financiado de alguma forma, para que os consumidores estadunidenses pudessem manter seus altos padrões de vida e de consumo.⁴⁵²

Os recursos para tanto vieram justamente dos países em desenvolvimento, que passaram a acumular enormes reservas de capital a partir dos anos 1970 em função de suas balanças comerciais favoráveis. Com abundância de divisas acumuladas pelo comércio

⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 88-89.

⁴⁵⁰ Glossário do Banco Central do Brasil. Disponível em:
<<http://www.bcb.gov.br/GlossarioLista.asp?idioma=P>>, acesso em agosto de 2014.

⁴⁵¹ GLINAVOS, *op. cit.*, p. 91-92.

⁴⁵² *Ibid.*, p. 90-93.

exterior, países da Ásia e do Oriente Médio passaram a investir em instituições financeiras dos Estados Unidos, que com esses recursos garantiam crédito para os consumidores americanos – tais como as hipotecas *subprime*.⁴⁵³

Enquanto os valores do mercado imobiliário dos Estados Unidos cresciam – permitindo que consumidores obtivessem financiamento para adquirir imóveis⁴⁵⁴ ou hipotecassem seus próprios imóveis para financiar o consumo de outros bens –, o ciclo pôde ser mantido. Para Streeck, a casa própria proporcionou à classe média e a algumas famílias das classes mais baixas uma oportunidade de participar do furor especulativo do mercado financeiro do final da década de 1990 e início da década de 2000. Como os preços de imóveis subiam rapidamente em função da demanda de pessoas que, em circunstâncias normais, jamais poderiam comprar uma casa, tornou-se prática comum usar os novos instrumentos financeiros – de modo a compensar a desvalorização salarial – para extrair da casa própria a possibilidade de financiar a educação dos filhos, ou mesmo o consumo de bens duráveis. Tampouco era incomum que famílias hipotecassem seus imóveis para comprar outros, esperançosos de que os preços continuariam subindo.⁴⁵⁵

Contudo, quando os preços do mercado imobiliário (e os preços em geral) atingiram um pico e o Federal Reserve (o Banco Central dos Estados Unidos) aumentou a taxa de juros para combater a inflação (entre 2005-2006), os preços iniciaram um processo de declínio. Houve então a interrupção de todo o ciclo: a expansão do consumo não mais poderia continuar se baseando na inundação de crédito oferecido pelas instituições financeiras. Em outras palavras, a liquidez, essencial para o funcionamento do sistema, “secou”. Como declarou à época o banco francês BNP Paribas – ao congelar saques de alguns de seus fundos de *hedge* que investiram em títulos representativos de hipotecas *subprime* securitizadas –, “*a completa evaporação de liquidez de alguns segmentos do mercado de securitização nos Estados Unidos tornou impossível a justa avaliação de alguns ativos, a despeito de sua qualidade ou rating*”.⁴⁵⁶

Com a explosão da bolha imobiliária, mutuários viram os saldos devedores de seus financiamentos atingirem valores muito superiores aos preços dos imóveis financiados, o que

⁴⁵³ *Loc. cit.*

⁴⁵⁴ Os preços sempre ascendentes permitiam a concessão de financiamento imobiliário mesmo aos mutuários classificados como *subprime*, uma vez que o risco de inadimplência era garantido pelo próprio imóvel, cujo valor dificilmente seria depreciado.

⁴⁵⁵ STREECK, Wolfgang. The Crises of Democratic Capitalism. *New Left Review* 71, September/October 2011, p. 18.

⁴⁵⁶ PICCIOTTO, *op.cit.*, p. 284.

estimulou a inadimplência. Ante a inadimplência, os detentores de títulos representativos dos recebíveis securitizados se deram conta de que (a) após a vasta circulação, o emissor original dos títulos não tinha mais nenhuma relação com os mesmos; (b) o valor de mercado dos imóveis financiados – que garantiam os títulos – sofrera reduções drásticas, que nem de longe cobriam os prejuízos dos credores; e (c) as operações de *hedge* contratadas protegiam apenas uma pequena parcela de sua exposição. Como investidores de todos os continentes tinham recursos aplicados em tais instituições financeiras, não tardou para que a crise se espalhasse por todo o mundo.⁴⁵⁷

Essa instabilidade que passou a caracterizar o capitalismo financeiro foi descrita pelo economista estadunidense Hyman Minsky como “finanças Ponzi”⁴⁵⁸ na obra *Stabilizing an Unstable Economy*, originalmente publicada em 1986,⁴⁵⁹ que profeticamente descreveu as raízes da crise financeira de 2008. Segundo Minsky, o mercado financeiro pode assumir três diferentes faces no sistema capitalista: *hedge*, especulativa e Ponzi. As *finanças hedge* (que não se confundem com as operações de *hedge* vistas anteriormente) são descritas como aquelas em que os mutuários são capazes de realizar o pagamento integral de mútuos tomados (*i.e.* principal mais juros) através do fluxo de caixa gerado com tais recursos ou com disponibilidades em dinheiro; *finanças especulativas*, por outro lado, são aquelas em que o fluxo de caixa dos mutuários é suficiente para garantir apenas o pagamento de juros, mas não o retorno do principal, que deve ser refinanciado ou ter o prazo para pagamento prorrogado. *Finanças Ponzi*, por fim, são aquelas em que o fluxo de caixa dos mutuários não pode garantir o pagamento do principal e tampouco dos juros; neste caso, somente a valorização contínua dos seus ativos poderá garantir o pagamento. Foi exatamente a histórica (e então supostamente infinita) valorização do preço dos imóveis nos Estados Unidos que permitiu a criação de um mercado de hipotecas *subprime*, pois, ainda que os mutuários não possuíssem rendimentos suficientes para o pagamento dos financiamentos imobiliários concedidos, referida valorização garantia não apenas a recuperação do principal pelas instituições financeiras credoras, como também a recuperação dos juros.

⁴⁵⁷ GLINAVOS, *op. cit.*, p. 90-93.

⁴⁵⁸ Em referência a Charles Ponzi, empresário italiano que ficou conhecido nos Estados Unidos na década de 1920 por operar um esquema de pirâmide financeira no qual os rendimentos dos investidores mais antigos são pagos com os aportes realizados por novos investidores. Nos Estados Unidos, o esquema de pirâmide financeira ficou conhecido como *Ponzi scheme*. Sobre o tema, ver a autobiografia PONZI, Charles. *The Rise of Mr. Ponzi*. Domínio público, 1936. Disponível em: <<http://pnzi.com/>>, acesso em: março de 2014.

⁴⁵⁹ MINSKY, Hyman. *Stabilizing an Unstable Economy*. New York: McGraw-Hill, 2008, p. 78-81.

Para Minsky, em épocas de bonança e crescimento econômico, o capitalismo financeiro tende a transformar o sistema econômico num grande esquema Ponzi, à medida que os capitalistas buscam retornos cada vez maiores. Portanto, as crises seriam inevitavelmente geradas nos momentos de expansão. Isso leva Glinavos a concluir que, ante a instabilidade do capitalismo financeiro, um dos principais papéis do direito na governança econômica deve ser o de prevenir que mercados financeiros se transformem do tipo *hedge* em mercados especulativos e, finalmente, em esquemas Ponzi, o que poderia ser feito por meio de normas que limitem a inflação de dívidas (a chamada alavancagem financeira) para além de níveis seguros, de modo a evitar a formação de bolhas especulativas em sua origem.⁴⁶⁰

De forma um pouco mais ampla, o 79º Relatório Anual⁴⁶¹ do Banco de Compensações Internacionais (BIS)⁴⁶² elencou as principais causas da crise, entre fatores macroeconômicos e microeconômicos, que podem ser sintetizados da seguinte maneira:

(a) Fatores macroeconômicos: (i) *desequilíbrios financeiros globais*, representados pelo enorme fluxo de capitais dos países do Golfo Pérsico e da Ásia para bancos nos Estados Unidos e na Europa, como referido anteriormente, o que permitiu o enorme endividamento das economias dos países desenvolvidos;⁴⁶³ e(ii) *longo período de juros baixos*, causado pelas preocupações com a deflação nos países desenvolvidos no início da década de 2000, o que permitiu a explosão de crédito fácil para as famílias, a constante valorização de ativos (como os imóveis, em decorrência da alta demanda por consumidores com acesso a financiamento farto e barato) e encorajou as instituições financeiras a assumirem maiores riscos em busca de retornos mais altos.⁴⁶⁴

(b) Fatores microeconômicos: (i) *incapacidade dos consumidores de entenderem os riscos associados aos produtos financeiros em que investiram*, em virtude de sua complexidade, o que levou os investidores a julgarem seguros investimentos extremamente arriscados; (ii) *pressões por maiores lucros nas instituições financeiras*, o que levou seus administradores a

⁴⁶⁰ GLINAVOS, *op.cit.*, p. 93-95.

⁴⁶¹ Disponível em: < <http://www.bis.org/publ/arpdf/ar2009e.htm>>, acesso em: agosto de 2014.

⁴⁶² “[...] constituído em 17 de maio de 1930 e é a mais antiga organização internacional para tratar de assuntos relacionados à estabilidade financeira. Dentre seus objetivos institucionais destaca-se o de viabilizar um espaço público internacional de cooperação entre bancos centrais para definir diretrizes de regulação bancária sistêmica, com foco na regulação prudencial.” ERLING, *op. cit.*, p. 22.

⁴⁶³ VALDEZ; MOLYNEUX, *op. cit.*, p. 264.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, p. 264-265.

alavancarem excessivamente tais instituições e assumirem maiores riscos; (iii) *sistemas de remuneração dos administradores de instituições financeiras*, que incentivava ainda mais a assunção de riscos de curto prazo para a geração de melhores resultados e distribuições de bônus; (iv) *conflitos de interesses na atuação das agências classificadoras de riscos (rating agencies)*, que incentivavam o mercado de securitização (e, conseqüentemente, incrementavam a demanda por seus próprios serviços) através da atribuição de riscos inferiores aos efetivamente relacionados aos créditos securitizados; e (v) *limitações no dimensionamento dos riscos*, já que os modelos de análise continham apenas dados muito recentes, do período de expansão da economia do início da década de 2000, o que impediu uma visão mais realista sobre os possíveis problemas dos ativos securitizados.⁴⁶⁵

2.1.5 Respostas estatais à crise de 2008⁴⁶⁶⁴⁶⁷

Os primeiros sintomas da crise começaram a surgir no Reino Unido em setembro de 2007, com a insolvência do banco Northern Rock. Ciente do problema, o Bank of England (o banco central do Reino Unido) ofereceu recursos emergenciais ao Northern Rock, pretendendo tornara medida pública no dia 17 de setembro de 2007. No entanto, quatro dias antes a imprensa noticiou que o banco estava em grave situação de liquidez e que recorria ao Bank of England – o que bastou para estourar uma corrida de correntistas desesperados para reaver recursos depositados na instituição. Ao final de 2007, o Bank of England já havia concedido mútuos ao Northern Rock no valor de 27 bilhões de libras esterlinas e assumido passivos contingentes do banco no valor de 29 bilhões de libras.⁴⁶⁸

Estava claro que este tipo de ajuda não poderia continuar indefinidamente, mas as alternativas aventadas pelo Bank of England esbarravam na falta de competências legais específicas para evitar a quebra do Northern Rock. Como demonstrou Julia Black, caso fosse requerida a sua recuperação judicial, os correntistas seriam os últimos a receber seus depósitos (de acordo com a lei britânica aplicável), o que poderia precipitar mais debandadas de saques em outras instituições financeiras. Se o governo do Reino Unido desejasse,

⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 265-267.

⁴⁶⁶ Para uma detalhada cronologia da crise, cf. VALDEZ; MOLYNEUX, *op. cit.*, p. 263-307.

⁴⁶⁷ Embora represente uma reação à crise de 2008 no âmbito do CBSB, o desenvolvimento de Basileia III não é objeto da presente análise por não se tratar de medida diretamente voltada a combater a crise; sua função é aprimorar a regulação financeira e evitar a ocorrência de novas crises. Para uma análise mais aprofundada sobre Basileia III, cf. ERLING, *op. cit.*, p. 178-182.

⁴⁶⁸ BLACK (2010), *op. cit.*, p. 11.

alternativamente, adquirir ações de emissão do Northern Rock para recapitalizar o banco, o volume necessário atrairia a incidência das normas societárias que obrigam a realização de uma oferta pelo controle da instituição, o que geraria contendas com os acionistas pelo valor que o governo estava disposto a pagar. A melhor saída seria, portanto, encontrar um comprador capaz de assumir as dívidas do Northern Rock perante o Bank of England e o governo do Reino Unido, mas qualquer ação explícita neste sentido por parte das autoridades poderia, de acordo com a legislação britânica, torná-las solidariamente responsáveis (no nível pessoal) aos administradores do Northern Rock em caso de falência ou recuperação judicial, o que desencorajou qualquer papel ativo das autoridades neste sentido.⁴⁶⁹

Ante o não aparecimento espontâneo de potenciais compradores, o Northern Rock foi nacionalizado em fevereiro de 2008 através do *Banking (Special Provisions) Bill 2008 Act*, proposto, aprovado e posto em vigor em apenas três dias. Para melhorar a liquidez dos demais bancos e aumentar a confiança no mercado financeiro, o *Banking Bill* foi seguido da implementação do *Special Liquidity Scheme* (Esquema Especial de Liquidação), previsto para emprestar 50 bilhões de libras esterlinas e durar seis meses, mas que acabou emprestando 185 bilhões de libras esterlinas.⁴⁷⁰

Em setembro de 2008, a crise se intensificou no outro lado do Atlântico, com a intervenção federal do governo dos Estados Unidos nas agências de hipotecas Federal National Mortgage Association (conhecida como Fannie Mae) e Federal Home Loan Mortgage Corporation (conhecida como Freddie Mac) e o colapso do banco Lehman Brothers. Embora não tenha oferecido ajuda financeira ao Lehman Brothers, poucos dias depois o governo federal dos Estados Unidos emprestou 85 bilhões de dólares à seguradora American International Group (AIG) em troca de quase 80% de suas ações; além disso, o Merrill Lynch foi adquirido pelo Bank of America e o Washington Mutual também quebrou. Neste cenário, não seria exagero afirmar que os sistemas financeiros americano e do Reino Unido estiveram muito próximos do total colapso.⁴⁷¹

Em outubro de 2008 o governo do Reino Unido anunciou um plano de recapitalização composto de três principais elementos: (a) recapitalização dos bancos, (b) *Credit Guarantee Scheme* (Esquema de Garantia de Crédito), o qual garantia que as instituições financeiras obtivessem crédito para manter a liquidez, no valor de 250 milhões de libras esterlinas; e (c)

⁴⁶⁹*Loc. cit.*

⁴⁷⁰*Ibid.*, p. 12-13.

⁴⁷¹*Ibid.*, p. 13.

extensão do já referido *Special Liquidity Scheme* (Esquema Especial de Liquidação) em 200 bilhões de libras esterlinas.

Demonstrando as complexas interações entre diversas autarquias criadas pelo Poder Executivo do Reino Unido para coordenar a reação estatal à crise de 2008, Julia Black afirma que tais eventos mostraram que tanto nesta quanto em qualquer outra crise econômica futura, o papel do Parlamento é restrito a uma revisão *ex post*, e não a uma posição ativa e de participação em tempo real das medidas estatais de contenção. O próprio *Banking Act* de 2009 (que substituiu o *Banking(Special Provisions) Bill 2008 Act*) restringiu a possibilidade de participação do Parlamento na administração de crises de duas formas: (a) eliminando a necessidade de aprovação parlamentar para algumas competências do Bank of England relativas à administração de crises financeiras e (b) inserindo no referido diploma diversas cláusulas *Henrique VIII* (construção do direito britânico que permite que diplomas promulgados pelo Parlamento sejam posteriormente alterados pelo Executivo – desde que contenham normas deste tipo).⁴⁷²⁴⁷³

Eric A. Posner e Adrian Vermeule mostram que a reação estatal nos Estados Unidos obedeceu a uma dinâmica bastante semelhante. Com a debacle, o Poder Executivo agiu de duas formas: exercendo poderes unilaterais ou adquirindo novos poderes através de delegações.⁴⁷⁴ O *Exchange Stabilization Fund* (Fundo de Estabilização Cambial), criado por lei para autorizar o Poder Executivo a lidar com instabilidades cambiais, continha previsões tão abertas que podia virtualmente fundamentar quaisquer medidas do Poder Executivo. Além disso, um diploma legal aprovado em 1932 (pouco após o *crash* de 1929) foi desenterrado pelo Federal Reserve para embasar suas medidas contra a crise, mas nem isso foi suficiente: para salvar o AIG, o *Federal Reserve* efetivamente adquiriu suas ações (como visto anteriormente), mas estruturou a operação como um mútuo, de modo a se enquadrar em tal diploma (que não autorizava a aquisição de empresas privadas).⁴⁷⁵

A explicação para essa dinâmica de funcionamento entre o Poder Executivo e o Legislativo nos Estados Unidos e no Reino Unido durante a crise de 2008 parece simples: os mercados financeiros precisavam de tranquilização imediata, que somente podia ser fornecida por meio de pronunciamentos confiáveis de entidades da administração pública afirmando que

⁴⁷² Sobre o assunto, cf. o verbete *Henry VIII Clauses* no Glossário do Parlamento do Reino Unido. Disponível em: <<http://www.parliament.uk/site-information/glossary/henry-viii-clauses/>>, acesso em: agosto de 2014.

⁴⁷³ BLACK (2010), *op. cit.*, p. 30.

⁴⁷⁴ POSNER, Eric. A.; VERMEULE, Adrian. *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 38.

⁴⁷⁵ *Loc. cit.*

os Estados forneceriam os recursos necessários para evitar corridas bancárias e mais quebras.⁴⁷⁶ Em vista disso, Posner e Vermeule afirmam que as crises agudas tendem a liberar uma dinâmica própria no âmbito do Estado, em que a reação a eventos não antecipados impõe a necessidade de ação imediata do Poder Executivo, uma vez que o Legislativo, por sua dinâmica de funcionamento, invariavelmente se atrasa nas medidas de combate.⁴⁷⁷

Retornaremos a este assunto com mais profundidade na próxima Seção. Por ora, apresentadas as tendências expansionistas (em termos geográficos e de racionalidade) do subsistema econômico, a *financeirização* da economia real e as causas e reações mais imediatas à crise de 2008, cumpre realizar a análise de tais eventos através da lente da teoria dos sistemas e do constitucionalismo societal.

2.1.6 A crise econômico-financeira de 2008 como um fenômeno de *turbo-autopoiese* e a reforma monetária como solução

Em vista da exposição precedente, é possível concluir que a regulação financeira internacional vem se desenvolvendo de forma reativa à reprodução autopoiética do subsistema financeiro globalizado. Através de uma análise causal, os órgãos reguladores identificam e isolam os fatores vistos como prejudiciais à estabilidade do sistema financeiro e introduzem contrafatos capazes de evitar o surgimento de crises. Apesar da maior ou menor capacidade de cada contrafator de produzir os efeitos desejados, todos eles dividem um problema comum: tão logo são implementados normativamente, o subsistema financeiro lança-se ao desenvolvimento de maneiras de tentar superá-los (como se depreende da ocorrência da crise de 2008, apesar de Basileia I e II), o que leva Teubner a afirmar que não é possível instituir mecanismos regulatórios *ex ante*.⁴⁷⁸

Uma análise sistêmica da regulação financeira, por outro lado, pode demonstrar que os fatores são apenas variáveis de uma equação; são as dinâmicas subjacentes do subsistema financeiro globalizado (como subsistema do sistema econômico) que permitem um melhor enquadramento dos problemas. A crise econômico-financeira de 2008 decorre, em larga medida, do mecanismo monetário inserido na raiz da *constituição econômica*. Após o abandono do padrão ouro, a emissão de moeda há muito deixou de ser uma prerrogativa

⁴⁷⁶ *Ibid.*, p. 43.

⁴⁷⁷ *Ibid.*, p. 44.

⁴⁷⁸ TEUBNER (2012), *op. cit.*, p. 97.

exclusiva dos bancos centrais por meio da impressão de papel-moeda.⁴⁷⁹ O aumento do volume de depósitos bancários, a disseminação de operações eletrônicas de pagamento e a globalização do capital e das operações financeiras minaram o monopólio dos bancos centrais nacionais nesta área.⁴⁸⁰ Atualmente, são os grandes bancos transnacionais que detêm o poder *de facto* de criação de moeda.⁴⁸¹ Conforme registrou José Eduardo Faria,

Em 2005, o estoque mundial de ativos financeiros totalizava US\$ 140 trilhões. No final de 2006, o valor de *swaps* de juros, *swaps* cambiais e opções no mercado era de US\$ 286 trilhões – aproximadamente seis vezes o produto mundial bruto – ante US\$ 3,45 trilhões, em 1990.⁴⁸²

Na síntese do Bundesbank, o banco central alemão, publicada em sua página na internet, “[a] principal fonte de emissão de moeda atualmente são os mútuos concedidos por bancos comerciais (emissão ativa de moeda); a conta corrente do mutuário é creditada com o valor do mútuo obtido (à vista), assim aumentando imediatamente a oferta total de moeda na economia”.⁴⁸³ Trata-se, portanto, de uma emissão *ex nihilo*, na medida em que os mútuos concedidos pelos bancos comerciais não são necessariamente cobertos por recursos depositados em contas de poupança. A influência que os bancos centrais hoje podem exercer sobre este processo é apenas indireta, através da instituição de taxas de depósito compulsório (que normalmente cobrem apenas parte da emissão *ex nihilo*)⁴⁸⁴ e/ou pelo aumento ou redução da taxa básica de juros. Esse enorme volume de moeda criado pelos bancos privados representou uma pressão de crescimento no subsistema financeiro global; por meio de finanças avançadas, ele estimula a economia real a crescer em níveis que causam graves externalidades a toda a sociedade.⁴⁸⁵

O perigo desta dinâmica reside numa possível espiral de crescimento descontrolado: os bancos comerciais criam expectativas de que a emissão de moeda *ex nihilo* por meio de mútuos gerará elevados lucros, o que alimenta o crescimento da economia real, que por sua vez gera um aumento nas expectativas de lucro do setor financeiro e assim por diante, num

⁴⁷⁹ CRFB: “Art. 21. Compete à União: [...] VII - emitir moeda”; “Art. 164. A competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo banco central”.

⁴⁸⁰ TEUBNER (2012), *op. cit.*, p. 97-98.

⁴⁸¹ “Na Europa, a razão entre depósitos bancários e moeda emitida é de 4:1. No Reino Unido, depósitos respondem por 92 por cento do total.” TEUBNER (2011), *op. cit.*, p. 6.

⁴⁸² FARIA (2011), *op. cit.*, p. 25.

⁴⁸³ *Apud* TEUBNER (2012), *op. cit.*, p. 98.

⁴⁸⁴ Embora a legislação brasileira permita que o compulsório seja de até 100% dos depósitos à vista – v. nota nº 419 supra.

⁴⁸⁵ TEUBNER (2012), *op. cit.*, p. 98.

ciclo de retroalimentação incontrolável. Teubner afirma que a alternativa não pode ser a absoluta interrupção do crescimento econômico, mas sim o controle das dinâmicas de crescimento excessivo. O crescimento zero não é compatível com a dinâmica de reprodução autopoiética do subsistema econômico, que pressupõe uma certa inflação de seu símbolo (o dinheiro), como visto na Seção 1.1; o problema é quando o crescimento *necessário* se transforma em crescimento *excessivo*, com consequências indesejáveis e tendências autodestrutivas.⁴⁸⁶

A título de exemplo, vimos na Seção 1.1.8 que o direito não resolve os conflitos sociais a ele apresentados e retorna a uma posição de latência; na verdade, as próprias normas jurídicas, através de suas intervenções na vida social, produzem situações que ensejam novos conflitos. Ao mesmo tempo, as normas também geram conflitos quanto à sua correta interpretação, requerendo a produção de mais normas. Por fim, o elevado volume de normas gerado produz conflitos entre elas próprias.⁴⁸⁷ De forma semelhante, no subsistema científico desenvolvimento de pesquisas gera cada vez mais incertezas, que só podem ser eliminadas por mais pesquisas, que por sua vez geram ainda mais incertezas, e assim por diante.⁴⁸⁸ Esses seriam, contudo, crescimentos normais de tais subsistemas, o que leva Teubner a lançar uma pergunta fundamental não apenas para a economia, mas para a própria autopoiése dos sistemas sociais: como distinguir os limites entre a autorreprodução social normal e a compulsão pelo crescimento? As tendências expansionistas de diversos subsistemas sociais – representadas pela *politização*, *economização*, *juridificação*, etc. da sociedade – indicam uma dinâmica de crescimento compulsivo da autopoiése? Nesse caso, o crescimento destrutivo não seria um problema específico do subsistema econômico global (e de seu subsistema financeiro), mas uma característica geral dos sistemas funcionalmente diferenciados no mundo contemporâneo.⁴⁸⁹

Ao mesmo tempo em que as reformas neoliberais disseminadas pelo Consenso de Washington (incluindo privatizações, desregulação e desterritorialização) permitiram que o subsistema financeiro globalizado desenvolvesse autonomia por meio da sua reprodução autorreferencial, a necessidade de elementos limitativos da sua racionalidade imperial e suas tendências turbo-autopoiéticas foram largamente ignoradas. Isso leva Teubner a afirmar que o

⁴⁸⁶ TEUBNER (2011), *op. cit.*, p. 7.

⁴⁸⁷ TEUBNER (2012), *op. cit.*, p. 80.

⁴⁸⁸ *Loc. cit.*

⁴⁸⁹ TEUBNER (2011), *op. cit.*, p. 9.

principal problema da contemporaneidade não é mais avaliar como os subsistemas sociais podem alcançar sua autonomia, mas sim onde estão os limites da sua expansão.⁴⁹⁰

Essa compulsão pelo crescimento é uma decorrência do imperialismo da racionalidade parcial dos subsistemas sociais, conforme vimos no Seção 1.1.5), e pode gerar três principais grupos de problemas: (a) colisão entre a racionalidade de um subsistema e as racionalidades de outros subsistemas; (b) colisão entre a racionalidade de um subsistema e uma racionalidade compreensiva da sociedade; e (c) colisão entre a maximização da *função* do subsistema e sua própria autorreprodução.⁴⁹¹

Nesses casos em que a compulsão de um subsistema por crescimento foge ao controle, existiriam apenas duas opções: intervenção estatal ou constitucionalização interna. Os paradoxos identificados tanto no Estado totalitário quanto no Estado de Bem-estar acerca da intervenção estatal nos subsistemas sociais levam Teubner a descartar a primeira hipótese; para ele, mecanismos políticos para a coordenação de processos sociais, na forma de regimes regulatórios globais, seriam mais adequados.⁴⁹² É aqui, portanto, que reside a justificação do seu conceito de *constitucionalismo societal*, conforme apresentado na Seção 1.1 supra: imperativos endógenos de crescimento só poderiam ser combatidos por inibidores endógenos de crescimento. O Estado não deve intervir diretamente para alcançar os objetivos almejados, mas sim direcionar sua intervenção à autotransformação dos subsistemas sociais. Nas palavras de Teubner (citando Karl-Hein Ladeur):

Quando a racionalidade subsistêmica desenvolve tendências autodestrutivas, intervenções políticas externas são de fato inevitáveis, mas elas precisam ser direcionadas para a criação de novas possibilidades através da abertura de bloqueios internos; mas evitando sobrepor uma racionalidade estatal diversa”. Regulação político-jurídica e influência social externa somente poderão ser bem-sucedidas se transformadas numa autodomesticação da dinâmica de crescimento sistêmico. Isso requer extensas intervenções externas da política, do direito e da sociedade civil: especificamente, intervenções que possam ser traduzidas em autodirecionamento de tais subsistemas.⁴⁹³

O subsistema político teve um papel histórico precursor nesta paradoxal tarefa: ele foi o primeiro a submeter sua *expansão* à sua própria *autolimitação* – na bem-humorada metáfora de Teubner sobre a autolimitação reflexiva dos sistemas sociais, “[s]omente *Belzebu pode*

⁴⁹⁰ TEUBNER (2012), *op. cit.*, p. 83.

⁴⁹¹ *Ibid.*, p. 81.

⁴⁹² *Loc. cit.*

⁴⁹³ *Ibid.*, p. 85.

expulsar o demônio!”.⁴⁹⁴ A história das Constituições demonstra que os subsistemas sociais podem autolimitar sua própria autonomia, embora tais autolimitações não possam surgir espontaneamente, mas apenas como resultado de intensas pressões externas – como ocorreu nas revoluções burguesas do século XVIII, em que um contramovimento ao absolutismo político ensejou o surgimento da *separação de poderes* (como restrição ao poder absoluto, por meio do controle recíproco no sistema de freios e contrapesos), dos *princípios do Estado de Direito* (como limites às prerrogativas do soberano) e dos *direitos fundamentais* (como uma retração do subsistema político das esferas autônomas da sociedade).⁴⁹⁵

Da mesma forma que a Constituição utiliza o poder para conter o poder, isto é, para se autolimitar, Teubner afirma que outros subsistemas sociais devem compatibilizar suas constituições internas (societais) e suas limitações às suas próprias mídias comunicativas, o que significa utilizar o *dinheiro* para combater o *dinheiro* no subsistema econômico.⁴⁹⁶ O principal exemplo utilizado para sustentar esta tese é a chamada reforma *plain money*, consubstanciada na proposta de que os bancos comerciais sejam impedidos de emitir moeda *ex nihilo* a partir de depósitos em contas correntes.⁴⁹⁷ Num modelo financeiro-monetário *plain money*, os bancos comerciais somente podem conceder mútuos com base em recursos existentes, de modo que a emissão de moeda volte a ser uma prerrogativa exclusiva dos bancos centrais.⁴⁹⁸

A proposta configura, portanto, uma verdadeira *constituição societal* do subsistema financeiro globalizado, desempenhando os papéis de dois vetores opostos dos mercados globais: a *plain money reform* tanto apoia a autonomia dos subsistemas econômico e financeiro através de operações autorreferenciais, quanto limita sua expansão por meio do uso de normas limitadoras. Sua emergência decorre, para Teubner, do contramovimento despertado na sociedade diante da expansão imperialista do código econômico e de sua sobreposição sobre os códigos dos demais subsistemas sociais.⁴⁹⁹

⁴⁹⁴ *Ibid.*, p. 86

⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 86-87.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, p. 88.

⁴⁹⁷ Sobre o tema, cf. ROBERTSON, James. *National and International Financial Architecture: Two Proposals. Inquiry into the Banking Crisis: Evidence Submitted to the House of Commons Select Committee on the Treasury*, 2009. Disponível em: <<http://www.jamesrobertson.com/article/nationalandinternationalfinancialarchitecture.pdf>>, acesso em: agosto de 2014.

⁴⁹⁸ TEUBNER (2012), *op. cit.*, p. 100.

⁴⁹⁹ *Ibid.*, p. 101.

O constitucionalismo societal identifica centros de poder nos diferentes subsistemas sociais – tais como associações setoriais, entidades de classes profissionais, organizações não governamentais, órgãos supra ou transnacionais, etc.⁵⁰⁰ – e os define como órgãos sociais capazes de deliberar colegiadamente sobre as autolimitações de cada subsistema (em contraposição à imposição de limites de forma heterônoma pelo Estado). A reforma *plain money* seria capaz de mover o centro de poder do subsistema econômico-financeiro de volta para os bancos centrais, simultaneamente impedindo a ocorrência dos três principais grupos de problemas (*colisões*) identificados anteriormente, na medida em que: (a) impediria a emissão de moeda *ex nihilo* pelos bancos comerciais, reduzindo a alavancagem excessiva e o seu uso especulativo, ou seja, evitando a colisão da racionalidade parcial do subsistema financeiro com a de outros subsistemas sociais (inclusive o econômico); (b) frearia o expansionismo dos mercados financeiros globais sobre a economia real, submetendo a relação entre tais subsistemas aos bancos centrais (e não mais aos bancos comerciais privados), ou seja, evitando a colisão da racionalidade parcial do subsistema financeiro com uma racionalidade compreensiva de toda a sociedade; e (c) controlaria os efeitos expansionistas dos subsistemas financeiro e econômico sobre os demais subsistemas sociais, eliminando os imperativos de crescimento endógenos desencadeados pela emissão de moeda *ex nihilo*.⁵⁰¹

Teubner argumenta que esta reforma do *plain money* demonstra como a constituição econômica externaliza para o subsistema jurídico o paradoxo que ameaça interromper os processos econômicos:

Solvência e insolvência são produzidas no setor bancário; o sistema bancário é fundado no paradoxo da autorreferência, na unidade de solvência e insolvência. [...] Este paradoxo pode ser abrandado quando a reflexividade dos símbolos entra em cena, isto é, quando operações de criação de moeda são aplicadas a operações de criação de moeda. Esta reflexividade, contudo, é inerentemente instável. Ela somente pode ser estabilizada por uma hierarquização interna do setor bancário, que por sua vez teria que ser apoiada por normas estritas impostas pelo direito positivo. Os paralelos com a hierarquização do sistema político e com o papel estabilizador da Constituição são óbvios. Normas jurídicas de procedimento, competência e organização, que regulam a maneira como os bancos centrais são constituídos e operam em suas relações com os bancos comerciais ajudam, desta forma, a lidar com os paradoxos do ciclo econômico.⁵⁰²

A reforma *plain money* transforma, portanto, a reflexividade do símbolo dinheiro. A emissão de moeda volta a ser uma prerrogativa exclusiva dos bancos centrais, e as operações

⁵⁰⁰*Ibid.*, p. 88-96.

⁵⁰¹*Ibid.*, p. 102.

⁵⁰²*Ibid.*, p. 108-109.

secundárias de pagamento (*i.e.* decisões acerca da oferta de moeda) são aplicadas reflexivamente a operações primárias de pagamento (compras e crédito). Para a estabilização das condições autorreflexivas do sistema de pagamentos, também sua reflexividade *jurídica* deve ser alterada pela reforma *plain money*: bancos comerciais são normativamente proibidos de emitir moeda *ex nihilo*, e o monopólio de criação de moeda dos bancos centrais é garantido normativamente. Isso demonstra o papel limitador da *plain money reform* dentro da constituição econômica.⁵⁰³

Com a implementação da proposta, permitir-se-ia uma mudança nos programas constitucionais⁵⁰⁴ tanto do subsistema jurídico quanto do subsistema econômico: neste último, o *plain money* reformula o interesse social na política monetária, buscando redefinir os objetivos que devem ser promovidos através da emissão de moeda pelos bancos centrais (não apenas o controle inflacionário, mas também a limitação dos imperativos endógenos de crescimento dos subsistemas econômico e financeiro). Já no subsistema jurídico, a reforma teria o condão de alterar os princípios jurídicos da constituição econômica, na medida em que a emissão de moeda *ex nihilo* pelos bancos comerciais passaria a violar não apenas a legislação, como também a própria *constituição econômica* – de modo que o “julgamento” não seria determinado pelo código binário *lícito/ilícito*, e sim pelo metacódigo binário híbrido *constitucional/inconstitucional*.

É nesse sentido que Teubner vê na reforma do *plain money* a possibilidade de emergência de uma nova constituição econômica, uma vez que tal reforma preenche as quatro características das constituições societais, a saber: (a) desempenha as *funções constitucionais* de constituição e – especialmente – limitação do subsistema econômico; (b) opera na arena constitucional da autorregulação da economia; (c) promove a dupla reflexividade no direito e na economia, uma vez que determina as *normas* sobre *emissão de moeda*; e (d) altera os programas constitucionais tanto do direito quanto da economia, submetendo as atividades dos bancos centrais e dos bancos comerciais ao metacódigo binário híbrido da constituição econômica.⁵⁰⁵

Com isso, Teubner afirma que a criação de moeda pertence à esfera pública, mas não à esfera estatal: segundo ele, o conceito de público/privado tradicional, associado à dicotomia entre Estado e esfera autônoma da sociedade, vem sendo superado por uma desconstrução do

⁵⁰³ *Ibid.*, p. 109-110.

⁵⁰⁴ Sobre os programas constitucionais específicos de cada subsistema social (especialmente o econômico e o jurídico), v. Seção 1.2.3 *supra*.

⁵⁰⁵ TEUBNER (2012), *op. cit.*, p. 113.

binômio no âmbito exclusivo do Estado e por sua reconstrução no âmbito dos subsistemas sociais funcionalmente diferenciados. Assim, ele evita a aparente contradição de defender a retração estatal da esfera econômica ao mesmo tempo em que propõe o monopólio dos bancos centrais na criação de moeda, na medida em que afirma estes últimos como *públicos, mas não estatais*⁵⁰⁶ – o que se alinha com a sua distinção entre *le politique* e *la politique* (v. Seção 1.3.5 supra) e de onde é possível presumir sua defesa da autonomia política de tais instituições.

Os subsistemas sociais “*têm a melhor chance de desenvolver uma constituição societal adequada quando se desenvolvem à sombra da política institucionalizada*”.⁵⁰⁷ No entanto, é inegável que os bancos centrais desempenham funções políticas, que devem emergir na avaliação dos efeitos sociais de medidas de expansão ou constrição da emissão de moeda. É justamente nos debates públicos sobre o tema que uma dimensão política do subsistema econômico pode ser revelada. A decisão sobre se o subsistema financeiro deve sofrer limitações quanto à possibilidade de emissão de moeda *ex nihilo* não pode depender exclusivamente de critérios de maximização de lucros dos bancos comerciais; somente instituições públicas (não necessariamente estatais) – como os bancos centrais – podem decidir sobre isso, observando adequadamente o funcionamento do subsistema econômico e simultaneamente compatibilizando-o com a sociedade como um todo.

Neste contexto, a autonomia dos bancos centrais é uma precondição necessária para a *plain money reform*. Da mesma forma que as *cortes constitucionais*, que se situam no ápice do sistema jurídico, processam questões de elevado teor político independentemente – *i.e.* sem se confundirem com o próprio subsistema político –, Teubner afirma que os bancos centrais também devem processar questões de elevado teor político – a emissão de moeda – sem, contudo, se confundir com o subsistema político. Nesta perspectiva, os bancos centrais são (ou devem ser, como propõe a reforma) o ápice do subsistema econômico.⁵⁰⁸

2.1.7 A crise econômico-financeira de 2008 como um problema de razão pública

A proposta do constitucionalismo societal de Teubner afirma, em síntese, que a política deve ser traduzida do âmbito institucionalizado do Estado para o seio dos subsistemas

⁵⁰⁶ *Ibid.*, p. 115.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, p. 117.

⁵⁰⁸ *Ibid.*, p. 120.

sociais, por meio da politização de instituições públicas (nãoestatais) de discussão colegiada das estruturas e dinâmicas daquele subsistema social. Ela se aproxima bastante, como se pode inferir, da ideia de *razão pública* brevemente analisada na Seção 1.3.3 supra, na medida em que propõe que a democracia, no mundo contemporâneo hipercomplexo, deve residir nos diversos foros de razão pública existentes nos subsistemas sociais funcionalmente diferenciados, e não apenas no processo político estatal.

Uma outra releitura da crise de 2008 – compatível, e não concorrente com a apresentada por Teubner – pode ser realizada justamente através deste conceito de *razão pública*, como propõe Matthias Goldmann⁵⁰⁹, que distingue duas abordagens diferentes sobre o valor da democracia como forma de governo, uma com enfoque nos seus influxos políticos e outra com enfoque nos seus resultados.

A primeira abordagem é baseada num argumento transcendental de que apenas alguma forma de democracia é capaz de garantir a autonomia individual, normalmente associada às obras de Locke, Kant e Rousseau. Rawls e Habermas, mais recentemente, desenvolveram teorias que consideram a possibilidade de dissenso e pluralismo na sociedade moderna. Como brevemente analisado na Seção 1.3.2 supra, a teoria da justiça de Rawls fornece uma justificativa moral para a democracia liberal moderna e demonstra que a liberdade requer que decisões constitucionais sejam racionalmente aceitáveis por todos os cidadãos, o que somente pode ser alcançado através do exercício da razão pública, o qual seria bem exemplificado pelos julgamentos das cortes constitucionais. Habermas alcança conclusões semelhantes às de Rawls acerca do dissenso moral razoável na sociedade contemporânea, mas propõe como solução para isso sua teoria do agir comunicativo.⁵¹⁰

Embora razões morais apontem para a adoção deste enfoque transcendental em relação à democracia, Goldmann demonstra algumas dificuldades que essas teorias enfrentam. Primeiramente, elas apresentam uma visão deveras idealizada de algumas questões sociais, como a premissa de que as pessoas agem racionalmente – o que não se sustenta perante as conclusões mais modernas da economia comportamental (v. Seção 1.3.2 supra). Em segundo lugar, essas teorias transcendentais não fornecem um padrão por meio do qual seja possível medir e comparar diferentes arranjos institucionais. Além disso, elas frequentemente

⁵⁰⁹ GOLDMANN, Matthias. *The Financial Crisis as a Crisis of Democracy: Towards Prudential Regulation through Public Reasoning*. 2011. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1886518>, acesso em: agosto de 2012. No Brasil, o artigo foi publicado (em inglês) em BOGDANDY, A. Von; PIOVESAN, F.; ANTONIAZZI, M. M. *Estudos Avançados de Direitos Humanos – Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um Novo Direito Público*. 2ª ed. São Paulo: Campus Elsevier, 2012.

⁵¹⁰ GOLDMANN, *op. cit.*, p. 4-6.

idealizam a própria ideia de democracia representativa, assumindo que o parlamento representa as preferências dos eleitores, o que já foi desmistificado pela teoria da *public choice*. Por fim, muitas das teorias transcendentais abordam de forma inadequada e incompleta a questão da mundialização da sociedade⁵¹¹ (como veremos mais adiante).

A segunda abordagem sobre o valor da democracia como forma de governo é relacionada à tradição utilitarista. Ela propõe que a democracia permitiria a maximização do bem-estar agregado através da atribuição do mesmo valor à utilidade de cada cidadão, o que é uma noção de resultado. Embora esta abordagem evite os problemas de idealização observados nas teorias transcendentais, ela padece dos mesmos problemas e sofre as críticas normalmente atribuídas às concepções utilitaristas.⁵¹²

Goldmann propõe então que seja adotado o meio termo desenvolvido por Amartya Sen no livro *A ideia de justiça*,⁵¹³ em que se evita propor um desenho institucional ideal para uma sociedade justa, mas são oferecidos parâmetros para que sociedades do mundo real possam adotar decisões que levem a melhores resultados, considerando que (a) tais sociedades rotineiramente devem fazer escolhas sob condições de incerteza entre diversas alternativas igualmente razoáveis disponíveis, (b) as pessoas têm concepções fundamentalmente diferentes sobre o bem, (c) o estabelecimento de um desenho institucional ideal é insuficiente, na medida em que as pessoas podem agir irracional ou egoisticamente, e (d) esta proposta não ignora a questão dos efeitos globais de decisões locais.⁵¹⁴

Em substituição a um desenho institucional, Sen propõe o conceito de *capacidades* para a avaliação e comparação de resultados políticos:

Em contraste com as linhas de pensamento baseadas na utilidade ou nos recursos, na abordagem das capacidades a vantagem individual é julgada pela capacidade de uma pessoa para fazer as coisas que ela tem razão para valorizar. Com relação às oportunidades, a vantagem de uma pessoa é considerada menor que a de outra se ela tem menos capacidades – menos oportunidade real – para realizar as coisas que tem razão para valorizar. O foco aqui é a liberdade que uma pessoa realmente tem para fazer aquilo – coisas que ela pode valorizar fazer ou ser. [...] O conceito de capacidade está, portanto, ligado intimamente com o aspecto de oportunidade da liberdade, visto com relação a oportunidades “abrangentes”, e não apenas se concentrando no que acontece na culminação.⁵¹⁵

⁵¹¹ *Ibid.*, p. 6-7.

⁵¹² Sobre as críticas ao utilitarismo, cf. SEN (1999), *op. cit.*, p. 45-73.

⁵¹³ SEN (2011), *op. cit.*

⁵¹⁴ GOLDMANN, *op. cit.*, p. 10-11.

⁵¹⁵ SEN (2011), *op. cit.*, p. 265-266.

Assim, o conceito de capacidades permite que os resultados sejam considerados, ao mesmo tempo em que reconhece a pluralidade de valores e de noções de bem. Em vez de felicidade ou bem-estar, o ponto de partida de Sen é a liberdade, a autonomia individual, o que impõe que as capacidades não sejam uma constante, mas variáveis cuja objetividade somente pode emergir como aceitação intersubjetiva.⁵¹⁶ Para Sen, a democracia incrementa as capacidades porque permite e fomenta o exercício da razão pública, mas, ao contrário de Rawls, ele privilegia o *processo* do exercício da razão pública, e não o seu *resultado*. Não apenas questões de importância constitucional requerem a aplicação da razão pública, mas todas as questões políticas, de modo que o *processo* ajuda a decidir que capacidades devem ser apoiadas, se e como ponderá-las e, por fim, como avaliar e ordenar as alternativas disponíveis para sua promoção.⁵¹⁷

Em vista do exposto, é possível afirmar que o exercício da razão pública: (a) promove a transparência, assegurando que informações sobre riscos e preferências sejam transmitidas aos representantes eleitos; e (b) fomenta a *accountability* dos representantes, que precisam justificar suas escolhas e suportar contestações.⁵¹⁸ Além disso, os meios de comunicação de massa e o subsistema educacional podem incrementar o alcance e a qualidade do exercício da razão pública.⁵¹⁹

Em que pesem as evidências de que os regimes democráticos incrementam as capacidades de seus cidadãos mais do que os regimes autoritários em virtude da maior extensão e profundidade dos foros para exercício da razão pública, Goldmann afirma que as democracias ocidentais contrariaram tais expectativas durante a crise econômico-financeira de 2008. Nesta perspectiva, algumas das principais causas da crise, conforme identificadas pela literatura econômica, podem ser atribuídas a déficits no exercício da razão pública pela regulação financeira.⁵²⁰

2.1.7.1 Excessiva simplificação de indicadores como obstáculo ao exercício da razão pública

⁵¹⁶ GOLDMANN, *op. cit.*, p. 11.

⁵¹⁷ *Ibid.*, p. 12.

⁵¹⁸ Como visto na Seção 1.3.7 supra, Sen associa todas as crises de escassez de alimentos e fome aguda verificadas nos últimos séculos – ocorridas em Estados autoritários, sem instituições democráticas desenvolvidas – à ausência de foros para exercício da razão pública.

⁵¹⁹ GOLDMANN, *op. cit.*, p. 14.

⁵²⁰ *Ibid.*, p. 25-26.

O exercício da razão pública na regulação financeira pré-crise era profundamente baseado em indicadores excessivamente simplistas, tais como os requisitos de capital mínimo e os métodos utilizados para seu cálculo. Embora indicadores econômicos sejam, por definição, simplificações de uma realidade complexa – aos quais a regulação financeira não pode renunciar por completo –, o exercício da razão pública nesta área não pode ser reduzido a uma abordagem do tipo *checkbox* (i.e. mera conferência do cumprimento de pré-requisitos), que a supervisão acabou adotando. A razão pública requer que informações que não estejam contidas nos indicadores não sejam ignoradas, sob risco de violação da imparcialidade que o seu exercício pressupõe.⁵²¹

O primeiro exemplo da confiança excessiva dos reguladores em indicadores diz respeito aos requisitos de capital mínimo de Basileia II. Embora as fórmulas para cálculo do capital mínimo estabelecidas no Pilar I de Basileia II sejam importantes instrumentos de supervisão prudencial, isso em nenhuma instância significa que sejam suficientes. O Pilar II reconhece a necessidade de que os reguladores financeiros vão além dos requisitos de capital mínimo, reconhecendo, portanto, que se trata de um indicador simplificado.⁵²² Não obstante, esta precaução muitas vezes não foi observada: Goldman registra como a acomodação dos reguladores em relação ao cumprimento do requisito de capital mínimo de Basileia II – o qual não considerava *riscos de liquidez*, inteiramente deixados para o Pilar II – teve papel importante na crise:

Com efeito, o Office of Thrift Supervision (OTS) não percebeu a tempo que a AIG detinha ativos em seu balanço que pareciam relativamente sólidos de uma perspectiva de risco de crédito, como os *Credit Default Swaps* (CDS) super sêniores. Entretanto, quando o mercado para estes ativos despencou, a AIG teve sua avaliação de crédito rebaixada e enfrentou a execução de garantias pelos adquirentes de CDS, execuções as quais ele não pôde saldar.⁵²³⁵²⁴

⁵²¹ *Ibid.*, p. 27.

⁵²² *Ibid.*, p. 28.

⁵²³ *Ibid.*, p. 29.

⁵²⁴ *Credit Default Swaps* são derivativos que “basicamente funcionam como um seguro de obrigações contratuais. CDS, frequentemente inseridos nos chamados CDO (collateralized debt obligations), são eles mesmos contratos que preveem que o vendedor do CDS responderá pelo risco de inadimplemento de um contrato subjacente. O adquirente pode, com efeito, repassar os riscos associados, por exemplo, a um contrato de mútuo: caso o mutuário se torne inadimplente, o adquirente do CDS será compensado pelo vendedor do CDS. Por este ‘seguro de risco’, o adquirente do CDS paga uma quantia periódica a título de ‘prêmio’ para o vendedor do CDS. Assim, o efeito do CDS é transformar a obrigação contratual num risco calculável, com o qual os algoritmos computadorizados podem lidar cognitivamente. O sistema jurídico é, de forma geral, excluído deste ciclo. Ao contrário, o CDS, como risco abstrato de inadimplemento contratual, é ele mesmo negociável e, portanto, reintegrado no ciclo de operações econômicas. Enquanto isso, o acoplamento estrutural entre economia e direito é elegantemente contornado. O sistema jurídico ainda se mostra incapaz de especificar as implicações normativas do CDS como um instrumento legal: mesmo a natureza jurídica do instrumento ainda não é clara.” RENNERT, *op. cit.*, p. 105.

Outro exemplo de riscos não cobertos pela obrigação de capital mínimo (e que portanto requerem supervisão sob o Pilar II) são os riscos *wrong-way*.⁵²⁵ Tomando a AIG mais uma vez como exemplo, foram “segurados” CDSs no valor de dezenas de bilhões de dólares estadunidenses para inserção em CDOs compostos por créditos de financiamentos *subprime*. Como consequência, a AIG se tornou altamente exposta aos riscos de crédito que ela mesma estava obrigada a “segurar”. Com o desabamento do mercado e incapacidade de cumprir os CDOs, a AIG precisou de maciço apoio financeiro do governo dos Estados Unidos para saldar suas obrigações.⁵²⁶

Em síntese, os requisitos de capital mínimo e os indicadores subordinados utilizados para seu cálculo, tais como avaliações de risco de crédito (*credit ratings*) e métodos de *VaR* (conforme visto anteriormente), se mostraram muito frágeis para basear as decisões regulatórias. Os reguladores devem tomar suas decisões através de um consistente exercício da razão pública, evitando se acomodar com indicadores excessivamente simplificados.⁵²⁷

Para Goldman, os *testes de estresse* estabelecidos em Basileia II⁵²⁸ também demonstram como a simplificação de indicadores afetou o exercício da razão pública por parte dos reguladores. Como visto anteriormente, Basileia II permite que os bancos utilizem seus próprios modelos internos de análise de risco. O método de *VaR* adotado por diversas instituições para esta finalidade tem graves falhas, como visto anteriormente,⁵²⁹ razão pela qual Basileia II estabelece a obrigação de adoção de testes de estresse como antídotos para o eventual risco de que instituições financeiras cometam abusos na elaboração e aplicação de seus modelos, agindo no sentido de maximizar o próprio interesse. O sentido de tais testes é

⁵²⁵ Sobre o tema, cf. CBSB, *cit.*, §777(xi). O item F do Anexo 4 do mesmo documento define os riscos *wrong-way* da seguinte forma: “Riscos de Wrong-Way Gerais surgem quando a probabilidade de inadimplemento de contrapartes é positivamente correlacionada com fatores de risco gerais do mercado. Riscos de Wrong-Way Específicos surgem quando a exposição a uma contraparte específica é positivamente correlacionada com a probabilidade de inadimplemento de tal contraparte em decorrência da natureza das operações com ela contratadas.” O subitem 58 do mesmo Anexo 4 do CBSB esclarece os riscos de *wrong-way* específicos da seguinte forma: “Um banco é tido como exposto ao risco *wrong-way* específico se a exposição futura a uma contraparte específica é prevista como alta quando a probabilidade de inadimplemento da contraparte também é alta. Por exemplo, uma empresa que venda opções de venda [put options] de suas próprias ações cria um risco de *wrong-way* para o adquirente que é específico à contraparte. Um banco deve instituir procedimentos para identificar, monitorar e controlar casos em que haja riscos de *wrong-way* específicos, partindo do início de uma operação [no mercado de opções] e continuando ao longo de sua vida.”

⁵²⁶ GOLDMANN, *op. cit.*, p. 29.

⁵²⁷ *Ibid.*, p. 31.

⁵²⁸ Sobre o tema, cf. CBSB, *cit.*, §434: “Testes de estresse devem envolver a identificação de possíveis eventos ou alterações futuras nas condições econômicas que possam ter efeitos negativos na exposição de crédito de um banco e na avaliação da capacidade de que tal banco suporte tais alterações.”

⁵²⁹ Vide nota nº 441 supra.

que a instituição calcule o valor de um determinado portfólio de ativos sob condições econômicas adversas. No entanto, Goldman demonstra que, por diversos motivos, tais testes sofreram os mesmos problemas de simplificação que buscavam corrigir; com efeito, sua realização fornecia uma falsa impressão de solidez, com a qual as autoridades de regulação e supervisão se acomodaram, deixando de realizar a revisão dos resultados de forma consistente, conforme recomenda o Pilar II de Basileia II e conforme se esperaria de um modelo baseado no exercício da razão pública.⁵³⁰

Numa perspectiva teórico-sistêmica, a necessidade de simplificação excessiva por parte dos reguladores financeiros pode ser explicada nos seguintes termos: o subsistema econômico globalizado desenvolveu (assim como seu ramo financeiro) uma complexidade interna muito superior àquela que os sistemas político e jurídico ofereciam. Com efeito, o direito – premido pelo credo neoliberal que o impossibilitava de constringer excessivamente a economia e reconhecendo sua incapacidade de lidar externamente com a complexidade desta – contentou-se com a utilização de aproximações excessivamente simplistas, que se mostraram absolutamente desastrosas quando a dinâmica da crise foi irrompida.

2.1.7.2 Regulação e supervisão fragmentada de mercados integrados

Outro obstáculo ao exercício da razão pública que contribuiu para a crise foi a fragmentação da regulação do subsistema financeiro globalizado. Conforme mencionado anteriormente, a globalização do subsistema financeiro não foi acompanhada de uma integração das entidades nacionais e internacionais de regulação e supervisão financeira. Embora o Comitê da Basileia estabeleça padrões mínimos, a implementação e supervisão desses padrões é realizada por autoridades locais ou regionais. Na perspectiva de Sen, essa fragmentação regulatória enseja o risco de *paroquialismo*, isto é, de que a regulação produza externalidades justamente para os grupos que não sejam adequadamente representados no processo político porque constituem minorias, têm visões divergentes, etc.⁵³¹

Adicionalmente, o vasto espectro de entidades reguladoras também dificultou o exercício da razão pública em outras searas. Segundo Goldman, há hoje um certo consenso de que a supervisão pré-crise tinha um enfoque quase exclusivo em questões microprudenciais de instituições financeiras específicas, em detrimento de uma análise

⁵³⁰ GOLDMANN, *op. cit.*, p. 32-34.

⁵³¹ *Ibid.*, p. 36.

holística da solidez do subsistema financeiro mundial. A isso se soma ainda o fato de que a entidade transnacional com possível competência para exercer a integração regulatória – o Comitê da Basileia – carecia de uma composição mais pluralística, como visto anteriormente, na medida em que era composta apenas por representantes de alguns países desenvolvidos.⁵³²

Essa estrutura fragmentada implicou ainda o que Goldman refere como *regimes de aceitação mútua*: a multiplicidade de reguladores e supervisores mais ou menos independentes permitiu que, ao promoverem seu próprio interesse, reguladores locais criassem externalidades em outras jurisdições, sem que fossem expostos a qualquer tipo de questionamento a esse respeito. A União Europeia tem exemplos de sobra de como isso ocorre: o Lehman Brothers escolheu a Irlanda para sediar suas operações europeias por julgar seus reguladores locais mais amigáveis, mas uma vez que seus produtos financeiros ganharam um “passaporte europeu”, puderam ser comercializados em todo o mercado comum.⁵³³

2.1.7.3 A desregulação neoliberal

Por fim, Goldman sugere que as já analisadas tendências neoliberais que emergiram a partir da década de 1970 – caracterizadas pela retração da intervenção estatal no subsistema econômico, que culminaram, no plano da regulação financeira, na revogação do *Glass-Steagall Act*⁵³⁴ nos Estados Unidos e no *light touch* da regulação financeira britânica⁵³⁵ – representaram obstáculos ao exercício da razão pública, na medida em que buscaram silenciar visões dissidentes;⁵³⁶ ao mesmo tempo em que enalteciam as vantagens da desregulação, deliberadamente ignoravam os seus riscos e desvantagens.⁵³⁷

⁵³² *Ibid.*, p. 38. Algo semelhante ocorreu com o Fundo Monetário Internacional: “*Para Brasil, Rússia, Índia e China, o atraso em reformar o FMI é uma grave contrariedade. Eles se tornaram os principais contribuintes da reserva de empréstimos emergenciais do fundo de empréstimos emergenciais (o New Arrangements to Borrow, ou NAB) do FMI imediatamente após a crise e atualmente arcam com 15,5% dos recursos do NAB. O maior poder de voz e voto que lhes foi prometido – proporcional à sua condição de quatro dos dez maiores acionistas – não foi concedido. Mesmo a escolha do diretor-gerente da organização continua sendo um direito exclusivo europeu.*” WOODS, Ngaire. As instituições mundiais após a crise. *Valor Econômico*, São Paulo, 19/09/2013. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/opiniaio/3265960/instituicoes-mundiais-apos-crise>>, acesso em: setembro de 2013.

⁵³³ *Ibid.*, p. 38-39.

⁵³⁴ V. seção 5.4 supra.

⁵³⁵ Sobre o tema, cf. BLACK, Julia. The Rise, Fall and Fate of Principles Based Regulation. *LSE Law, Society and Economy Working Papers 17/2010*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1712862>, acesso em: março de 2012.

⁵³⁶ Cf. sobre o tema a ácida e extensa crítica de KLEIN, *op. cit.*

⁵³⁷ GOLDMANN, *op. cit.*, p. 40-41.

Estes exemplos demonstram que alguns dos principais fatores causadores da crise de 2008 podem ser associados a obstáculos ao desenvolvimento da razão pública no subsistema financeiro internacional. Essa constatação parece reforçar o diagnóstico de Teubner de que a regulação financeira desenvolvida e implementada pelos subsistemas político e jurídico não é capaz de fazer frente à complexidade do subsistema econômico globalizado. A turbo-autopoiése econômica é um fenômeno desencadeado pela ausência de limites adequados à expansão do subsistema, o que pode ser atribuído ao fato de que, enquanto a economia se globalizou, a política e o direito permaneceram em larga medida vinculados aos territórios dos Estados – e mesmo o surgimento de blocos regionais como a União Europeia pode esbarrar em problemas causados pela fragmentação interna da regulação, como visto na subseção anterior.

Neste cenário, o diagnóstico de Teubner e a proposta de seu constitucionalismo societal emergem como uma alternativa para o desenvolvimento da democracia nas sociedades hipercomplexas do século XXI. As preferências dos cidadãos num contexto de economia globalizada podem ser mais bem promovidas não pela intervenção estatal, e sim pela identificação, pela proteção e pelo fomento ao desenvolvimento de núcleos políticos colegiados autônomos não apenas na economia, mas em todos os subsistemas sociais, de modo a se permitir que exercício da razão pública ocorra interior destes, e não no âmbito da política institucionalizada estatal. Reiterando as palavras de Teubner, trata-se de substituir *le politique* por *la politique*.

2.1.8 A globalização econômica como cenário ideal para o constitucionalismo societal

Como já afirmado em diversos pontos do presente trabalho, é o processo de globalização que permite uma releitura das posições de Teubner. A *proposta* de autorregulação dos subsistemas sociais – mormente a economia – é alvo de diversas e pertinentes críticas no âmbito do Estado-nação do *welfare state*; no entanto, no âmbito de um subsistema econômico verdadeiramente globalizado como o que se descortinou a partir das reformas neoliberais da década de 1970 e se intensificou no início do século XXI, a *proposta* parece se transformar em *diagnóstico*. Não se trata mais de sugerir que os subsistemas funcionais melhor atenderão aos interesses sociais se permitida sua autorregulação, e sim de constatar que os subsistemas político e jurídico dos Estados enfrentam enormes dificuldades – para não dizer que estão impossibilitados – de lidar com o fenômeno da sociedade mundial, como a crise de 2008 pareceu demonstrar.

Teubner considera que a globalização conduziu ao desenvolvimento da racionalidade própria do subsistema jurídico (caracterizado pela *rule of law* e pelo *due process of law*) em diversos domínios de comunicação, de modo que os procedimentos específicos do direito deixaram de se vincular unicamente ao Estado-nação, enfraquecendo a noção de Constituição como acoplamento estrutural dos subsistemas político e jurídico.⁵³⁸ Com a emancipação do direito em relação ao Estado, tais procedimentos passaram a ser identificados também no âmbito das *aldeias globais*, enfatizando a pluralidade *heterárquica* dessas ordens jurídicas (em contraposição à hierarquia e à unidade do direito no Estado-nação).⁵³⁹

A globalização gera uma tensão entre os subsistemas sociais não limitados a um território específico – como a economia – e suas constituições, limitadas por tais fronteiras: embora a *comunicação* econômica seja global, as *constituições econômicas* são nacionais. Além disso, o processo de globalização de alguns subsistemas sociais – notadamente o econômico – restringiu-se quase exclusivamente às condições institucionais necessárias para sua *autonomia*, de modo a superar os obstáculos que as fronteiras territoriais dos Estados-nação impunham ao estabelecimento de uma intercomunicação sistêmico-específica de alcance global.⁵⁴⁰ Esse foco restrito ao aspecto *constitutivo* do subsistema econômico global não pode ser sustentavelmente mantido no longo prazo, e a crise econômico-financeira de 2008 representou o ponto de inflexão a partir do qual o aspecto *limitativo* dos subsistemas sociais globalizados precisa ganhar proeminência.

Como já afirmado anteriormente, quando o colapso de um ou vários subsistemas sociais é iminente, ocorre o que Teubner chama de *momento constitucional*: a autocorreção ou limitação do processo de maximização das racionalidades somente parece ser possível no último minuto, quando são gerados os processos de autocrítica que apontam na direção da autolimitação.⁵⁴¹ A prevenção de novas crises dependerá do surgimento de estruturas que contraponham o processo de retroalimentação inflacionário dos subsistemas sociais globalizados. Isso explica a afirmação de que o principal problema da diferenciação funcional na contemporaneidade, após o amplo reconhecimento da autonomia dos subsistemas sociais, não mais envolve as condições institucionais para que tais sistemas se tornem autônomos, e sim como limitar sua autonomia.

⁵³⁸ NEVES (2009), *op. cit.*, p. 108.

⁵³⁹ *Ibid.*, p. 109.

⁵⁴⁰ *Ibid.*, p. 76-77.

⁵⁴¹ *Ibid.*, p. 82.

Como os subsistemas político e jurídico permaneceram em larga medida confinados aos limites territoriais dos Estados-nação (ou dos blocos regionais), a proposta do constitucionalismo societal é buscar o aspecto limitativo do subsistema social não mais na política institucionalizada, mas nas relações políticas no interior de cada subsistema social, nos seus distintos núcleos de poder. Aliás, é a própria conjugação dos aspectos *constitutivo* e *limitativo* dos subsistemas que permite falarmos em um *constitucionalismo* societal, uma vez que a ideia de constituição envolve precisamente os projetos de autonomizar um subsistema social em relação ao ambiente, ao mesmo tempo em que o limita. Na síntese de Teubner:

Mercados financeiros e de produtos são totalmente globalizados, a comunicação científica ocorre num nível global, o sistema de comunicação de massa, agências de notícias, televisão e a internet transmitem notícias em todo o mundo. No entanto, não há sinal de uma constituição econômica global, de uma constituição científica ou constituição *sui generis*. Não são os sistemas funcionais que são constitucionalizados via processo decisório ou direitos fundamentais. [...]os sistemas funcionais carecem da capacidade de agir, de se tornarem organizados e, portanto, de se constitucionalizarem. A constitucionalização global é direcionada aos processos sociais subjacentes aos sistemas funcionais, às organizações formais e aos arranjos contratuais. Apenas indiretamente será possível constitucionalizar os sistemas funcionais globais.⁵⁴²

Teubner não associa esta constitucionalização societal apenas ao surgimento de organizações transnacionais públicas (como a Organização Mundial do Comércio) e privadas (como a ICANN –*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*).⁵⁴³ A ICANN, por exemplo, embora seja uma associação privada constituída de acordo com as leis do Estado da Califórnia, nos Estados Unidos, exerce suas funções por meio de uma vasta rede de contratos com entidades públicas e privadas mundo afora (como as entidades com competência para o controle de domínios e registros da internet em diversos países),⁵⁴⁴ que por sua vez também celebram contratos com terceiros, entidades públicas e privadas em suas áreas de atuação. Por isso, essa *rede* de relações constitui um sistema regulatório que transborda não apenas os limites da própria organização formal ICANN, mas também os contratos que ela celebra com

⁵⁴² TEUBNER (2012), *op. cit.*, p. 54-55.

⁵⁴³ “A ICANN é uma organização sem fins lucrativos, de benefício público, formada em 1998. Sua equipe opera o Sistema de Nomes de Domínios da Internet, coordena a alocação e designação de identificadores exclusivos da Internet, por exemplo, endereços IP, credenciais registradores de nomes de domínios de primeiro nível genéricos (gTLD– generic top-level domain) e ajuda a dar voz a voluntários do mundo todo dedicados a manter a Internet segura, estável e interoperável. A ICANN promove a concorrência no espaço de nomes de domínios e ajuda a desenvolver a política da Internet.” ICANN. *Guia do Iniciante para Participação na ICANN*. 2013. Disponível em: <https://www.icann.org/en/system/files/files/participating_-08nov13-pt.pdf>, acesso em: julho de 2014, p. 2.

⁵⁴⁴ No Brasil, o Decreto presidencial nº 4.829/2003 dispõe sobre a criação do Comitê Gestor da Internet (CGI.br), integrado por diversas autoridades públicas e representantes da sociedade civil.

terceiros. Por isso, Teubner prefere falar em *regimes* transacionais (em oposição a entidades) como vetores do processo de constitucionalização societal em escala global.⁵⁴⁵

Uma questão que precisa ser respondida é se tais regimes transacionais podem ser constitucionalizados. A teoria constitucional tradicional responderia que não, uma vez que tais regimes carecem de algumas estruturas que fornecem os fundamentos para uma verdadeira constitucionalização: (a) um *demos*, ou corpo social que a promulgue; (b) a dialética entre poder constituinte e poder constituído; (c) a legitimidade decorrente do consenso entre todos os *stakeholders* afetados; e (d) a infraestrutura de um pluralismo político.⁵⁴⁶

Entretanto, o que Teubner propõe é que tais requisitos constitucionais sejam modificados, de modo que: (a) a constituição seja desconectada de seu vínculo com o Estado, para que regimes regulatórios transacionais específicos possam ser constitucionalizados; (b) a constituição seja desacoplada da política institucionalizada, como visto anteriormente; e (c) a constituição seja desacoplada da mídia do *poder*, permitindo que outras mídias comunicativas se constitucionalizem. Apesar de tais mudanças, ele sugere que seja mantido o uso do termo *constituição*, uma vez que o conceito de Constituição (política) fornece diversos elementos empíricos e normativos importantes para o desenvolvimento do constitucionalismo societal.

A teoria dos sistemas rejeita a identificação do poder constituinte com indivíduos, com a população como um todo ou com relações de poder entre grupos sociais; ela entende o poder constituinte como um *potencial comunicativo*, um tipo de energia social que é transformado em poder constituído através de normas constitucionais. Isso não significa, contudo, que o poder constituinte seja totalmente desconectado do povo: o potencial comunicativo não pode ser adequadamente compreendido se restrito a processos comunicativos entre sistemas sociais; o poder constituinte se apresenta nos acoplamentos estruturais entre sistemas sociais e consciência e corporeidade do povo. Esta abordagem se aproxima da ideia de intersubjetividade, mas com a diferença de que não há um sentido único compartilhado, o que leva Teubner a afirmar que:

Neste estágio nós devemos libertar a política de sua ilusão de onipotência. A constituição política do Estado não pode agregar as energias coletivas de toda a sociedade, fundando uma unidade nacional. Na modernidade, o potencial coletivo não está mais disponível como uma unidade, tendo sido dispersado em vários

⁵⁴⁵ TEUBNER (2012), *op. cit.*, p. 54-58.

⁵⁴⁶ *Ibid.*, p. 59-60. Teubner também se refere à crítica de que a constitucionalização requer um mito de fundação coletiva da sociedade, o que preferimos não abordar, assim como a respectiva defesa de Teubner, por crermos que os mesmos não parecem essenciais para a discussão sobre o constitucionalismo societal.

potenciais, energias, poderes sociais. Isto se deve à estreita especialização da mídia comunicativa – poder, dinheiro, conhecimento, lei. A orientação unidimensional de cada sistema social representa simultaneamente a bênção e a maldição da diferenciação funcional. E as Constituições de hoje não podem refletir este alto nível de fragmentação.⁵⁴⁷

Não é mais possível que uma autoridade qualquer represente a sociedade como um todo. A política é apenas um entre outros subsistemas sociais, mas tem a pretensão de governar todos os demais setores da sociedade. “*A primazia de um sistema funcional somente pode, entretanto, ser afirmada dentro de um contexto local e situacional. Ela muda de lugar para lugar e de situação para situação.*”⁵⁴⁸

Neste contexto, o paradoxo entre poder constituinte e poder constituído é multiplicado, na medida em que não apenas a política, mas também outros subsistemas sociais se estabelecem através de processos autopoiéticos, por meio dos quais criam sua autonomia – que, no entanto, nunca é totalmente autônoma, sempre mantendo pontos de heteronomia. As constituições lidam com estes paradoxos delegando-os para o ambiente; neste caso, os pontos heterônomos surgem quando o subsistema social refere-se ao direito. “*A unidade [‘self’] do sistema social é definida heteronomicamente por normas jurídicas, e ele pode então definir-se autonomamente a partir daí.*”⁵⁴⁹ Enquanto a *unidade* do sistema é definida internamente, através de suas próprias operações, sua *identidade* é criada por meio da reentrada de descrições legais externas em sua própria autodescrição. Desta forma, a constituição constrói identidades coletivas como a autodescrição de sistemas sociais com ajuda do direito. Mas tais identidades coletivas não surgem apenas na política, mas também nos demais subsistemas e, no contexto transnacional, nos regimes específicos anteriormente referidos.⁵⁵⁰

Teubner alerta, contudo, que o conceito de *identidade coletiva* refere-se à autodescrição dos subsistemas sociais, não devendo ser confundido com a noção de uma organização formal. Embora o fechamento operacional da política requeira sua *autodescrição* como Estado e também a sua *organização* como um Estado – o que permite a diferenciação entre os processos de poder da política e outros processos de poder da sociedade –, outros subsistemas sociais conseguem fazer a distinção entre seu sistema e o seu ambiente sem que para tanto precisem se institucionalizar formalmente, como é o caso da economia (capaz de

⁵⁴⁷ *Ibid.*, p. 63.

⁵⁴⁸ *Ibid.*, p. 64.

⁵⁴⁹ *Ibid.*, p. 65.

⁵⁵⁰ *Ibid.*, p. 66.

distinguir entre pagamentos e trocas) e do direito (capaz de distinguir entre normas jurídicas e julgamentos morais). Isso impõe que seja abandonada a falsa premissa de que a constitucionalização inevitavelmente requer a transformação de um grupo de indivíduos em um ator coletivo. Outros subsistemas sociais – entre os quais a economia, a ciência, o direito, etc. – são autofundados sem o recurso a uma identidade coletiva ou organização formal.⁵⁵¹ É precisamente por isso que Teubner vê a possibilidade de que eles sejam constitucionalizados (pela emergência de constituições societárias), e é isso que ele propõe em relação aos regimes transnacionais – como a OMC e a ICANN. Nas suas palavras:

Nós faríamos melhor se nos referíssemos não a uma comunidade, mas ao sistema político da sociedade mundial. Isso não indica um grupo de pessoas ou uma comunidade fictícia, e tampouco a humanidade como tal, mas apenas as comunicações globais que se concentram em construir poder e consenso para decisões coletivas.⁵⁵²

Mesmo Wolfgang Streeck, que integra uma tradição teórica bastante diferente da de Teubner, parece também reconhecer os desafios que a globalização econômica e a ascensão do capitalismo financeiro exercem sobre a democracia. Segundo Streeck, as tensões entre o capitalismo e a democracia vêm sendo sucessivamente deslocadas para diferentes foros institucionais desde o fim da era de ouro do capitalismo. Na década de 1970, esta tensão ocorria primordialmente nos mercados de trabalho nacionais, em que a pressão dos sindicatos pelo aumento da fatia dos trabalhadores no produto nacional associava-se à garantia política do pleno emprego como forma de obtenção de apoio popular, o que causou a aceleração da inflação. Posteriormente, este conflito ressurgiu na arena eleitoral, onde ensejou uma crescente disparidade entre as *despesas públicas* necessárias para o atendimento das demandas eleitorais por serviços e benefícios e as *receitas fiscais*, aumentando o déficit público. Quando a contenção do crescimento desse déficit público se tornou inevitável, foi acompanhada de um movimento de desregulação financeira, que facilitou o acesso ao crédito privado (como visto anteriormente), como alternativa para acomodar as demandas sociais por segurança e prosperidade não atendidas por um Estado deficitário e constrangido pelas reformas neoliberais.⁵⁵³

Para Streeck, a tolerância à inflação, a aceitação do déficit público e a desregulação financeira são apenas diferentes estágios de um conflito irreprimível entre dois diferentes

⁵⁵¹ *Ibid.*, p. 66-67.

⁵⁵² *Ibid.*, p. 68.

⁵⁵³ STREECK (2011), *op. cit.*, p. 23-24.

princípios de alocação no capitalismo democrático: direitos sociais, de um lado, e meritocracia de livre-mercado, do outro. Cada estágio acomoda e compatibiliza o conflito por algum tempo, mas logo começa a criar mais problemas do que soluciona, indicando que uma reconciliação entre estabilidade social e econômica no capitalismo democrático é uma utopia: “[t]udo o que os governos conseguiram alcançar ao lidar com as crises de sua época foi deslocá-las para novas arenas, onde elas reaparecem de novas formas”.⁵⁵⁴

Em vista disso, Streeck conclui que a *controlabilidade* política do capitalismo democrático vem sendo erodida nos últimos anos, o que implica o aumento de riscos para o capitalismo e a democracia. Neste contexto, ele afirma que:

Ademais, com crescente interdependência global, não é mais possível fingir que as tensões entre economia e sociedade, entre capitalismo e democracia, podem ser resolvidas dentro das comunidades políticas nacionais. Nenhum governo pode hoje governar sem prestar bastante atenção às imposições e obrigações internacionais, incluindo aquelas dos mercados financeiros que forçam o Estado a impor sacrifícios à sua população. As crises e contradições do capitalismo democrático finalmente se internacionalizaram, estruturando-se não apenas dentro dos Estados, mas também entre eles, em combinações e permutas ainda inexploradas.⁵⁵⁵

Ainda que representando visões bastante diferentes sobre uma agenda regulatória para o século XXI que previna crises e promova o desenvolvimento econômico para todas as parcelas da população, Streeck e Teubner parecem concordar no diagnóstico de que a democracia típica do século XX, incrustada na política institucionalizada do Estado, perdeu muito de sua capacidade de representar os interesses coletivos, o que sugere a necessidade de mudança.

2.1.9 Conclusões

Em síntese conclusiva, vimos como a reprodução autopoiética do subsistema econômico gera tendências expansionistas. No sistema capitalista, isso é representado pela necessidade de que o capital circule constantemente. Esta dinâmica levou o subsistema econômico a buscar, principalmente a partir do último quarto do século XX, não apenas uma expansão sobre os demais subsistemas sociais, como também para fora dos limites territoriais dos Estados, o que por fim levou a uma profunda *financeirização* da economia real.

⁵⁵⁴ *Ibid.*, p. 24.

⁵⁵⁵ *Ibid.*, p. 26.

O sistema de regulação financeira internacional desenvolvido para coordenar este mercado foi caracterizado pela sua natureza reativa – isto é, pela mera identificação de fatores supostamente desestabilizadores do mercado e instituição de contrafatos regulatórios – e pela sua composição elitista – uma vez que a principal entidade transnacional desenvolvida para esta finalidade, o Comitê da Basileia, sofria um déficit de legitimidade nos níveis nacional e mundial, na medida em que, respectivamente, (a) era composto por tecnocratas com poder de definir os rumos da regulação financeira mundial e (b) tinha como integrantes apenas alguns países desenvolvidos, deixando aos demais países – principalmente aqueles em desenvolvimento – a opção de adotar estruturas regulatórias sobre as quais tiveram pouco ou nenhum input ou se ver tacitamente marginalizados do mercado financeiro globalizado.

As dinâmicas que levaram à crise econômica e a sua eclosão demonstraram como a globalização tornou os subsistemas econômico e financeiro extremamente complexos, o que reduz a capacidade dos subsistemas político e jurídico – ainda bastante ligados às estruturas e fronteiras dos Estados – de controlar as tendências autodestrutivas daqueles. É neste cenário que o constitucionalismo societal de Teubner pode ser defendido. Os desenvolvimentos do final do século XX e a eclosão da crise econômica sugerem que a democracia do século XXI não deve permanecer restrita às estruturas do Estado e da política institucionalizada; ela precisa ser reproduzida dentro dos subsistemas sociais globalizados, através do reconhecimento, desenvolvimento e fortalecimento de centros de poder autônomo na sociedade nos quais possa se exercer a razão pública.

Não se trata, no entanto, de deixar a regulação exclusivamente nas mãos dos mesmos agentes que devem ser regulados e supervisionados pela coletividade (numa visão restritiva de autorregulação), e sim de desenvolver esferas para o exercício da política fora do subsistema político institucionalizado, mas dentro do seio dos demais subsistemas sociais – como ocorre na ICANN. Daí, portanto, o conceito de *constitucionalismo societal*, ou seja, de fundação e limitação dos subsistemas sociais a partir de uma perspectiva interna de cada um deles, respeitando-se o desenvolvimento autorreferencial de seus elementos e de suas estruturas ao mesmo tempo em que se permite a sua co-ordenação (e não coordenação) pelo interesse coletivo.

2.2 Crise econômica e poderes de Estado: o controle possível do poder executivo em situações de crise

2.2.1 Crise e o papel dos Poderes de Estado

Como visto nas Seções anteriores, as crises econômicas e financeiras geralmente testam as relações e as fronteiras entre direito, política e economia. Os limites e as estruturas de funcionamento desses subsistemas sociais são saturados pelos inúmeros problemas gerados pelas crises econômicas, tais como a redução da atividade econômica geral, que causa perdas econômicas reais (e não apenas transferência de riquezas)⁵⁵⁶ e o consequente aumento da pobreza, e a redução dos gastos governamentais em decorrência de medidas de austeridade fiscal, que resultam na retração ou eliminação de estruturas do Estado de bem-estar social anteriormente à disposição dos cidadãos. Frequentemente essas crises resultam em novos arranjos e configurações do papel de cada um dos Poderes de Estado (assim como de diversas instituições públicas). Como sustenta David Harvey, “[a]s crises financeiras servem para racionalizar as irracionalidades do capitalismo. Geralmente levam a reconfigurações, novos modelos de desenvolvimento, novos campos de investimento e novas formas de poder de classe”.⁵⁵⁷

Também vimos na última Seção um padrão observado nos Estados Unidos e no Reino Unido na reação estatal à crise de 2008: o protagonismo do Poder Executivo nas medidas emergenciais de combate à debacle, com participação reduzida do Poder Legislativo e a abstenção do Poder Judiciário (normalmente limitada a uma revisão *ex post*). Nesta Seção, veremos que isso não é obra do acaso, mas uma característica dos subsistemas político e jurídico: ante uma catástrofe ou quase catástrofe, seja nos subsistemas sociais – como a causada pela *turbo-autopoiiese* do subsistema econômico – seja no mundo da vida – como a ocorrência de ataques terroristas –, os riscos em jogo são tão elevados que a lógica que prevalece é aquela ligada à capacidade de ação imediata, típica do Poder Executivo. Com efeito, as crises são uma boa ocasião para a reavaliação do Estado democrático de direito em geral, e da separação de poderes em particular.

Assim como ocorre em relação aos *direitos fundamentais*, a teoria dos sistemas vê a separação de poderes como uma garantia contra o risco de *desdiferenciação* entre direito e

⁵⁵⁶ Do ponto de vista econômico, os *crashes* – reduções abruptas e repentinas do valor de mercado de ativos – representam problemas de ineficiência na alocação de recursos (uma vez que os novos preços não refletem os chamados valores fundamentais de tais ativos) e causam perdas líquidas, pois a estabilidade financeira e o nível de atividade econômica são fatores intimamente relacionados, e a fragilidade daquela pode contaminar diversos setores econômicos. Sobre o tema, cf. PARTNOY, *op. cit.*

⁵⁵⁷ HARVEY, *op.cit.*, p. 18.

política.⁵⁵⁸ A inserção de procedimentos funcionalmente diferenciados no âmbito do Estado (legislativo, executivo e judiciário) por meio da institucionalização da divisão de poderes aumenta a capacidade dos subsistemas político e jurídico de responder às complexas e plurais (e por vezes contraditórias) exigências de seu ambiente, o que leva Marcelo Neves a afirmar que sua ausência ou deformação permite uma politização abrangente, o que é, como já visto, incompatível com a sociedade hipercomplexa contemporânea.⁵⁵⁹ A separação de poderes permite ainda a associação do código jurídico ao código do poder (subsistema político), de modo que procedimentos de decisão política sejam conduzidos pelo direito, mas ela também vincula procedimentos primariamente jurídicos a processos de decisão política, criando uma “*realimentação circulação entre legislação e jurisdição*”.⁵⁶⁰

Embora à primeira vista a constatação de queo combate às crises requer uma destacada preponderância do Poder Executivo pareça conflitar com a visão sistêmico-teórica sobre separação de poderes, cremos ser possível evitar esta colisão por meio de duas proposições simples, ligadas ao constitucional societal, que pretendemos demonstrar ao longo da presente Seção: (a) os subsistemas político e jurídico reconhecem de antemão e preveem a possibilidade de uma maior proeminência do Executivo em situações de crise (através dos chamados buracos negros e cinzentos, como veremos a seguir); e (b) o reconhecimento de diversos centros de poder nos subsistemas sociais além da política permite a manutenção de um sistema de freios e contrapesos adequado no nível *societal*.

2.2.2 Buracos negros e cinzentos no direito dos Estados Unidos

A resposta estatal às situações de crise – não apenas econômicas e financeiras, mas também outras que envolvem assuntos de segurança nacional, tais como ameaças militares ou terroristas⁵⁶¹ – muitas vezes se vale do que a doutrina anglo-americana vem chamando de buracos negros (*black holes*) ou cinzentos (*grey holes*) em relação ao devido processo legal (*rule of law*) e ao princípio da legalidade. Tais conceitos remontam às críticas dirigidas por

⁵⁵⁸ NEVES (2011), *op. cit.*, p. 80.

⁵⁵⁹ *Ibid.*, p. 81.

⁵⁶⁰ NEVES (2012), *op. cit.*, p. 105.

⁵⁶¹ No Brasil, a decretação do estado de sítio pelo Presidente da República em caso de guerra (após ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional e mediante autorização do Congresso Nacional) tem o condão de suspender a aplicação de diversos direitos e garantias fundamentais, tais como o direito de propriedade, a inviolabilidade de correspondência, a liberdade de imprensa, o direito de reunião, etc., como preveem os artigos 137 a 139 da Constituição Brasileira.

Carl Schmitt, jurista da República de Weimar e do Estado nazista alemão, aos fundamentos da democracia liberal, em especial a crítica segundo a qual a aspiração da democracia liberal de submeter a atuação do Estado ao devido processo legal esbarraria na insuperável barreira das situações emergenciais e excepcionais, uma vez que nenhuma norma é capaz de prever todas as situações futuras que poderão ser enquadradas ou deixadas de fora de suas determinações.

Em extenso artigo sobre o tema,⁵⁶² Adrian Vermeule parte do que chama de *versão modesta* (e menos controversa) da teoria schmittiana, em que apenas as teorias institucionais ou empíricas são consideradas, para defender que o direito em geral (e o direito administrativo em particular) contém muito mais buracos negros e cinzentos do que as explicações tradicionais do Estado democrático de direito costumam admitir:

As emergências não podem ser realisticamente respondidas por normas *ex ante* altamente específicas, quando muito apenas por vagos padrões *ex post*; situa-se além da capacidade institucional dos criadores de normas especificar e alocar poderes emergenciais para todas as contingências futuras; em termos práticos, os legisladores, em particular, sofrem enorme pressão para criar padrões vagos e válvulas de escape – para emergências e outras situações – nas normas e nos procedimentos legais que regulam a maioria das questões comuns do Estado Administrativo, porque os legisladores sabem que não podem sujeitar a imensidão de distintas autarquias a regras especificadas minuciosamente, e porque temem as consequências das emergências futuras caso o Poder Executivo seja amarrado de forma demasiadamente apertada ao mastro.⁵⁶³

Neste contexto, “*situações de emergência são um limbo normativo, um buraco negro jurídico, em que a ação estatal não se submete ao Direito*”.⁵⁶⁴ Os buracos cinzentos, por outro lado, seriam aqueles verificados quando a lei impõe restrições aos atos do Poder Executivo em determinado assunto, “*mas tais restrições são tão tênues que acabam permitindo que o Poder Executivo proceda de acordo com seus próprios interesses*”.⁵⁶⁵ Vermeule critica a proposta de David Dyzenhaus de que os buracos negros e, principalmente, os cinzentos devem ser eliminados do direito, demonstrando diversos casos em que tais fenômenos são verificados no direito estadunidense em situações de crise.

Um relevante exemplo de buraco negro estaria na norma que rege o processo e os procedimentos administrativos nos Estados Unidos (*Administrative Procedure Act– APA*), cujas principais funções envolvem o controle dos poderes e deveres das autarquias federais

⁵⁶² VERMEULE, Adrian. Our Schmittian Administrative Law. *Harvard Law Review*, vol. 122, 2009. O tema foi posteriormente desenvolvido em POSNER; VERMEULE, *op. cit.*

⁵⁶³ VERMEULE, *cit.*, p. 1.101. Tradução livre.

⁵⁶⁴ DYZENHAUS, David. Schmitt v. Dicey: Are States of Emergency Inside or Outside the Legal Order? *Cardozo Law Review*, vol. 27, p. 2.006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1244562>>, acesso em: janeiro de 2014. Tradução livre.

⁵⁶⁵ *Ibid.*, p. 2.018.

(agencies) daquele país, definidas como “*cada autoridade do governo dos Estados Unidos, esteja ou não vinculada ou sujeita a revisão por outra autarquia*”.⁵⁶⁶ O texto do APA expressamente exclui da definição de autarquia— e logo dos controles estabelecidos — alguns órgãos específicos. Vermeule mostra, contudo, que os tribunais vêm expandindo tais exceções, afastando a aplicação do APA em relação a diversos órgãos do Poder Executivo federal dos Estados Unidos que não são expressamente ressalvados pela norma.

No julgamento dos casos *Dalton v. Specter* (1994) e *Franklin v. Massachusetts* (1992), a Suprema Corte dos Estados Unidos definiu que a Presidência não é uma autarquia e logo não está sujeita ao APA, embora tal conclusão não decorra diretamente do texto da norma.⁵⁶⁷ Além disso, ainda que uma autarquia esteja sujeita ao APA, nem todos os seus atos estão sujeitos à revisão judicial. No julgamento do caso *Norton v. Southern Utah Wilderness Alliance*, o voto do Justice Antonin Scalia, ao escrever a opinião da Suprema Corte, acabou por limitar a abrangência do conceito de atos administrativos de tais autarquias, de modo que “*há coisas que as autarquias administrativas [agencies] podem fazer – de fato, programas administrativos [agency programs] inteiros – que não são considerados ‘atos administrativos’ [‘agency action’] e portanto não são abrangidos pelo APA*”.⁵⁶⁸

Por fim, mesmo que determinado órgão seja considerado, sob o APA, uma autarquia, e que tal órgão tenha levado a cabo atos administrativos sujeitos à incidência do APA, os tribunais podem se recusar a revisá-los para averiguação de sua conformidade com o APA, pois este prevê o afastamento da revisão judicial quando outras normas expressamente impedirem o controle jurisdicional ou quando os atos de tais autarquias forem discricionários, de acordo com a lei.⁵⁶⁹ Após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, tais exceções passaram a ser utilizadas pelos juízes de forma bastante ampla em questões ligadas à segurança nacional, como demonstra o caso *Merida Delgado v. Gonzales*.⁵⁷⁰

⁵⁶⁶ §551, item 1 do APA. Disponível em: <http://www.archives.gov/federal-register/laws/administrative-procedure/>, acesso em: janeiro de 2014.

⁵⁶⁷ VERMEULE, *op.cit.*, p. 1.108.

⁵⁶⁸ *Ibid.*, p. 1.110.

⁵⁶⁹ § 701 do U.S. Code: “(a) *Este capítulo aplica-se de acordo com suas previsões, exceto quando (1) normas legais afastem a revisão judicial; ou (2) os atos das autarquias são identificados como discricionários pela lei*”. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/5/701>, acesso em: janeiro de 2014.

⁵⁷⁰ No julgamento de *Merida Delgado v. Gonzales*, o Tribunal do Décimo Circuito dos Estados Unidos manteve decisão do Advogado Geral que declarou um cidadão panamenho suspeito – impedindo-o de frequentar aulas de aviação, sob o *Aviation and Transportation Security Act* – apenas por ele ter frequentado a mesma escola de aviação que um dos terroristas envolvidos nos atentados de 11/09/2001. Um dos motivos, provavelmente o mais importante, para justificar a decisão da Corte foi o de que “*raramente é cabível que tribunais intervenham em assuntos estreitamente relacionados à segurança nacional*”. Decisão disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-10th-circuit/1046171.html>>, acesso em: março de 2014.

Os buracos cinzentos, por sua vez, seriam ameaças ainda mais perigosas ao devido processo legal, para alguns críticos como David Dyzenhaus, uma vez que eles “*conferem um verniz de legalidade à supressão oficial do Estado democrático de Direito*”,⁵⁷¹ enquanto são, em substância, idênticos aos buracos negros. Seria melhor, portanto, descortinar e exibir aos cidadãos a ausência de controles sobre o Poder Executivo.⁵⁷² Vermeule indica que no direito administrativo dos Estados Unidos, buracos cinzentos são representados por conceitos tradicionais – como a possibilidade de revisão judicial de atos arbitrários e caprichosos⁵⁷³ proferidos por autarquias. Tais conceitos são nada mais do que parâmetros ajustáveis, os quais o Poder Judiciário pode alterar de modo a aumentar ou reduzir a intensidade do controle judicial conforme ocorram ou sejam debelados eventos emergenciais (tais como guerras ou ameaças à segurança nacional). O que os torna buracos cinzentos é que mesmo quando tais parâmetros são ajustados próximos de zero (ou seja, próximos da absoluta ausência de controle), mantêm-se o verniz de legalidade.⁵⁷⁴

Embora também questione a ideia de que os buracos cinzentos são mais ameaçadores para o Estado democrático de direito do que os buracos negros,⁵⁷⁵ o ponto central – e mais controverso – da tese de Vermeule é que os buracos negros e cinzentos são inevitáveis no direito administrativo dos Estados Unidos. Buracos negros existem porque a imprevisibilidade e complexidade do Estado Administrativo impedem que se exija a estrita e absoluta observância de comandos legais por todos os atos do Poder Executivo, bem como porque os juízes não querem levar o princípio da legalidade tão longe, por reconhecerem seu déficit informacional em relação ao Poder Executivo e temerem os riscos e as consequências adversas associados à tomada de decisões em assuntos tão relevantes como crises econômicas e segurança nacional.⁵⁷⁶ Já os buracos cinzentos surgiriam em decorrência da forma como o direito administrativo estadunidense está estruturado, repleto de parâmetros ajustáveis que

⁵⁷¹ DYZENHAUS, *op. cit.*, p. 2.039.

⁵⁷² VERMEULE, *op. cit.*, p. 1.118.

⁵⁷³ § 706 do U.S. Code: “*Na medida do necessário para a decisão e quando suscitadas, a corte revisora deverá decidir todas as questões jurídicas e de interpretação constitucional e legal relevantes, e determinar o sentido ou aplicação dos termos de um ato administrativo. A Corte revisora deverá – (1) compelir a ação das autarquias que tenha sido ilegalmente omitida ou injustificavelmente atrasada; e (2) prevenir e excluir atos administrativos, entendimentos e conclusões que sejam: (A) arbitrários, caprichosos, que abusem da discricionariedade ou que de qualquer outra forma não se coadunem com a lei.*”

⁵⁷⁴ VERMEULE, *op.cit.*, p. 1.118.

⁵⁷⁵ “*Melhor preservar a fachada de direito para que, um dia, quando a crise tiver passado, um verdadeiro edifício possa ser construído detrás dela – uma opção que pode ser perdida para sempre se a fachada for demolida em nome da transparência.*” VERMEULE, *op. cit.*, p. 1.132-1.133. Tradução livre.

⁵⁷⁶ *Ibid.*, p. 1.133.

permitem aos juízes reduzir a intensidade do controle judicial dos atos administrativos quando estão em jogo questões ligadas a crises econômicas ou de segurança.⁵⁷⁷

2.2.3 Buracos negros e cinzentos no direito brasileiro

Aplicar a visão de Vermeule sobre a inevitabilidade dos buracos negros e cinzentos no Brasil não é uma tarefa fácil nem confortável. Em nossa tradição, o Poder Executivo sempre teve prevalência sobre os demais poderes do Estado,⁵⁷⁸ e a Constituição vigente foi promulgada para dar fim a mais de vinte anos de regime ditatorial, durante o qual os demais poderes de Estado se tornaram apêndices do Executivo, com o fechamento do Congresso Nacional, o aumento do número de cadeiras no Supremo Tribunal Federal e a suspensão das garantias de estabilidade e vitaliciedade dos Ministros. Não obstante, além de o nosso sistema político ser, assim como o dos Estados Unidos, caracterizado pelo protagonismo do Poder Executivo,⁵⁷⁹ também é possível afirmar que o sistema jurídico brasileiro contém buracos negros e cinzentos.

Tal afirmação não deve ser motivo para surpresa em nenhum Estado: já na Roma antiga, durante o período republicano, diante da incapacidade demonstrada pela organização estatal de superar graves crises decorrentes de ameaças militares externas ou de facções internas, optou-se por uma solução em que poderes mais amplos eram reconhecidos à autoridade responsável por debelar tais ameaças (o ditador), restabelecendo ou mantendo a ordem constitucional. Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que a decretação da ditadura era limitada ao período máximo de seis meses e deliberada pelos cônsules e pelo senado, sendo então ratificada pelo povo.⁵⁸⁰ Eram observados, portanto, alguns limites à liberdade do ditador, sem os quais haveria o “*perecimento da própria ordem constitucional que se almejava salvar. Isto é, conduziria à tirania*”.⁵⁸¹

⁵⁷⁷ *Ibid.*, p. 1.134-1.135.

⁵⁷⁸ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: A Quem Cabe a Última Palavra sobre o Sentido da Constituição?*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 201-202.

⁵⁷⁹ “*É verdade que existe no Brasil, como em muitos outros Países, certo domínio do Executivo sobre a atividade legislativa, pois por meio de medidas provisórias, e mesmo pelo mecanismo da iniciativa reservada de lei, ele acaba determinando a agenda do Legislativo.*” SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 153.

⁵⁸⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A disciplina constitucional das crises econômico-financeiras. *Revista de Informação Legislativa*, ano 27, n. 108, 1990, p. 33.

⁵⁸¹ *Loc. cit.*

Ferreira Filho⁵⁸² baseia-se em ampla pesquisa histórica de direito comparado para mostrar que diversos Estados adotaram, dentro da ordem jurídica neles vigente, soluções de incremento das competências do Poder Executivo (ou, para os mesmos efeitos, redução das exigências e dos controles a ele impostos) para combater situações de crises econômicas ou ameaças militares externas.⁵⁸³ No caso brasileiro, ele mostra que algumas Constituições anteriores à Carta de 1988 já continham normas emergenciais de caráter econômico, inclusive a constituição democrática de 1946.⁵⁸⁴ Diante da ausência de tais dispositivos na Constituição de 1988, Ferreira Filho propôs o seguinte para a preservação da ordem jurídico-constitucional:

Seria certamente melhor, para a eficiência das medidas e para a preservação da ordem jurídica, mormente do império da Constituição, que houvesse um sistema prefixado de ações de resposta a crises econômico-financeiras, como há, em relação à comoção interna grave e a guerra, estado de sítio.

[...]

Ademais, a constitucionalização de tal estado de emergência evitaria que as medidas de saneamento ou recuperação econômica sofressem, nos países de constituição rígida, com controle de constitucionalidade eficaz, as dificuldades acarretadas pela declaração de inconstitucionalidade de algumas delas.⁵⁸⁵

Ocorre que a possível declaração de inconstitucionalidade de medidas econômicas já parece ser obstada por diversos buracos negros e cinzentos presentes no ordenamento jurídico brasileiro ou criados pela jurisprudência, mormente em situações de crise. Como a crise de 2008 não afetou o Brasil com a mesma intensidade com que se abateu sobre os países desenvolvidos, é necessário buscar exemplos do que se afirma em outras crises. cremos que as crises econômicas do início dos anos 1990 fornecem bons elementos para ilustrar o argumento.

⁵⁸² É importante registrar a conhecida associação entre o autor, sua obra e o regime autoritário instalado com o golpe militar de 1964. Sobre essa relação, v. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A Democracia Possível*. São Paulo: Saraiva, 1972. Para a presente análise, buscou-se filtrar, na medida do possível, as posições de caráter mais nitidamente partidário, aproveitando-se apenas as contribuições históricas e teóricas do autor.

⁵⁸³ FERREIRA FILHO (1990), *op.cit.*, p. 34-40.

⁵⁸⁴ “[...] sob a Constituição de 1946, o art. 146 era invocado como fundamento para uma larga atuação interventiva do Estado no plano econômico. Com efeito, esse artigo é expressamente referido no preâmbulo da Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962 (que autoriza o tabelamento de preços, o racionamento de bens e serviços nos casos de guerra, calamidade ou necessidade pública, a disciplina da produção, distribuição e consumo de matérias-primas, etc.). A esta – recorde-se – seguiu-se a de nº 5, de 26 de setembro do mesmo ano (que criou a Superintendência Nacional de Abastecimento – Sunab), destinada a aplicar a legislação de intervenção no domínio econômico.” FERREIRA FILHO (1990), *op. cit.*, p. 44

⁵⁸⁵ *Ibid.*, p. 46-47. No combate à crise financeira de 2008, a necessidade de proteger as medidas de recuperação da possibilidade de revisão judicial também foi proposta ao Congresso dos Estados Unidos pelo Secretário de Tesouro Henry Paulson. Embora a proposta tenha sofrido diversas críticas e tenha sido alterada na tramitação do projeto no Congresso, o *Emergency Economic Stabilization Act* finalmente promulgado “estabeleceu limites à revisão judicial e criou diversos mecanismos de supervisão que, no entanto, careciam de força coercitiva”. POSNER; VERMEULE, *op. cit.*, p. 39-40.

A utilização de buracos negros e cinzentos parece ter desempenhado um papel importante na análise, pelo Supremo Tribunal Federal, da constitucionalidade do chamado *Plano Collor*. Um dos primeiros atos do Governo Fernando Collor de Mello na área econômica foi a promulgação da Medida Provisória nº 168 (posteriormente convertida na Lei nº 8.024/1990). Entendendo-se respaldado pelo apoio popular na primeira eleição direta para a Presidência da República em mais de 25 anos,⁵⁸⁶ o Governo Collor estabeleceu que a moeda nacional passaria a ser o Cruzeiro, em substituição ao Cruzado Novo, e impôs, como medida de combate à hiperinflação, o congelamento de 80% dos depósitos bancários e investimentos em ativos financeiros em valores superiores a 50 mil cruzados novos mantidos por pessoas físicas e jurídicas, pelo prazo máximo de 18 meses.

À época, a doutrina jurídica brasileira debateu diversos pontos possivelmente inconstitucionais do Plano Collor, entre os quais destacam-se: (a) violação do direito adquirido e do ato jurídico perfeito; (b) caracterização de confisco (ainda que temporário) e consequente violação ao direito de propriedade; e (c) caracterização de empréstimo compulsório por via inadequada.⁵⁸⁷ O Partido Socialista Brasileiro escolheu este último ponto como fundamento para impetrar a ADIn nº 534 contra o Plano Collor, arguindo, em síntese, que o congelamento de recursos era, na sua substância, um verdadeiro empréstimo compulsório criado sem a observância do disposto no *caput* do artigo 148 da Constituição de 1988, que estabelecia a obrigatoriedade de veiculação mediante Lei Complementar.⁵⁸⁸ Na apreciação da medida cautelar requerida, o voto do relator, Min. Celso de Mello, destacou que:

O poder normativo reconhecido à União Federal para atuar, legislativamente, sobre a disciplina da moeda, quer para adaptar o volume dos meios de pagamento às reais necessidades da economia nacional, quer para regular o seu valor intrínseco, prevenindo ou corrigindo os surtos inflacionários ou deflacionários, de origem interna ou externa, quer para impedir situações de anormalidade e outros desequilíbrios oriundos de fenômenos conjunturais, não dispensa e nem exonera o

⁵⁸⁶ “[...] representada por um presidente da República cuja eleição pelo voto direto, em dois turnos, o estimulava a se apresentar como o fiel intérprete da ‘vontade geral’. Trata-se de uma vontade que, por aspirar ao interesse geral e por corresponder à máxima utilidade pública, e ‘não o que possa ser desejado por cada vontade particular’, estaria sempre certa, agiria de modo sempre correto e seria plenamente capaz de mostrar ao povo seus verdadeiros interesses, protegendo-o da sedução das vontades particulares [...]”. FARIA, José Eduardo. *Direito e Economia na Democratização Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 38.

⁵⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. A crise econômica e o direito constitucional. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, vol. 58, 1993, p. 137.

⁵⁸⁸ “Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios: I - para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência; II - no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, “b”. Parágrafo único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição.”

Estado, na formulação e na execução de sua política econômico-financeira, inclusive monetária, de observar e de respeitar os limites impostos pela Constituição.

Opondo-se à constitucionalidade do Plano Collor no julgamento da Medida Cautelar, o Min. Celso Mello acolheu os argumentos do impetrante para concluir, com base em extensa análise doutrinária, que o congelamento de recursos era, sim, um empréstimo compulsório disfarçado, de modo que o Plano seria dotado de vício de formalidade por ignorar a via adequada (Lei Complementar). A maioria da Corte, contudo, indeferiu a Medida Cautelar requerida por entender que não havia *periculum in mora* na manutenção do Plano Collor. Também sustentou-se que as medidas do Plano Collor foram expedidas no desempenho da *competência monetária* do Poder Executivo,⁵⁸⁹ e não de uma *competência tributária*. De qualquer modo, como o congelamento tinha o prazo máximo de 18 meses, o mérito da ADIn nº 534 acabou restando prejudicado após a cessação de efeitos do Plano Collor, como decidiu o STF em Questão de Ordem alguns meses depois do julgamento da Cautelar.

No caso em questão, a grave crise econômica causada pela hiperinflação e possivelmente alguns outros fatores circunstanciais⁵⁹⁰ levaram o STF a utilizar conceitos indeterminados e ajustáveis para evitar ter que aferir a constitucionalidade do Plano Collor, convenientemente aguardando o fim do prazo de 18 meses para então declarar a ADIn prejudicada. Trata-se, portanto, de buracos cinzentos utilizados não apenas pelo Poder Judiciário,⁵⁹¹ mas também pelo Legislativo (que aprovou a conversão da Medida Provisória nº

⁵⁸⁹ Opondo-se a tal entendimento, Luís Roberto Barroso questionou à época: “*Mas o Estado age com base no princípio da legalidade. Qual figura jurídica teria legitimado tão drástica interferência no direito de propriedade? Em nome do exercício do poder monetário, a pretexto de ‘redefinir o estatuto jurídico da moeda’, é possível ir a qualquer extremo?*”. BARROSO (1993), *op.cit.*, p. 138. Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 32/2001, o art. 62, §1º da Constituição de 1988 passou a conter vedações expressas à edição de Medida Provisória sobre matéria “*que vise a detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro*” (inciso II) ou “*reservada a lei complementar*” (inciso III).

⁵⁹⁰ Entre os quais especulamos estarem incluídos (i) o fato de o Plano Collor ser patrocinado pelo primeiro governo eleito pelo voto popular em quase trinta anos; (ii) a composição da Corte, cujos cinco ministros decanos haviam sido empossados anteriormente à promulgação da Constituição de 1988; (iii) o fato de que o regime constitucional de 1988 ainda estava em sua infância; e (iv) a então ainda mais latente tradição de elevada deferência do Poder Judiciário ao Poder Executivo.

⁵⁹¹ Não se descuida, entretanto, que outros tribunais tenham declarado a inconstitucionalidade de pontos do Plano Collor: “*Outros Tribunais, todavia, pronunciaram-se pela inconstitucionalidade de diversas disposições da Lei nº 8.024/90. O TRF da 3ª Região, com sede em São Paulo, proferiu acórdão cujas conclusões assim se resumem: ‘1) a serem consideradas requisição, as medidas de bloqueio serão inconstitucionais, por não ter ocorrido o pressuposto do iminente perigo público, previsto no inc. XXV do art. 5º, e por inexistir lei que discipline a medida; 2) a serem consideradas confisco, serão inconstitucionais, visto que, em primeiro lugar, o art. 150, IV, veda inclusive o efeito do confisco nos tributos, e, em segundo lugar, conforme o inc. LIV, do art. 5º, ‘ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’; 3) a serem consideradas servidão de uso, serão inconstitucionais, por não terem sido instituídas por acordo ou sentença judicial, violando ainda a disposição acima que exige o devido processo legal; 4) a serem consideradas empréstimo compulsório, as medidas serão inconstitucionais porque: a) não foram criadas por lei complementar; b) violaram o princípio da anterioridade; c) não poderiam ser veiculadas por medida*

168 na Lei nº 8.024/1990), para permitir que o Poder Executivo promulgasse e se valesse de norma possivelmente inconstitucional no combate à crise de hiperinflação. É ilustrativo nesse sentido o voto do Min. Ilmar Galvão, que curiosamente inverteu a análise do *periculum in mora* no julgamento da Medida Cautelar. Estão presentes no referido voto (a) o reconhecimento do déficit informacional em relação ao Poder Executivo, (b) o temor de riscos e consequências adversas associados à tomada de decisões relacionadas a questões econômicas complexas e (c) a utilização de conceitos indeterminados e ajustáveis (interesse público e *periculum in mora*) como válvulas de escape para situações de crise:

[...] Com efeito, na apreciação do alegado “*periculum in mora*”, há que examinar-se a situação de ambas as partes envolvidas na relação jurídica. Há que atentar-se, com efeito, não apenas para o dano que a execução da lei impugnada está causando aos depositantes, mas também para o prejuízo que a suspensão da execução desta poderá acarretar para o interesse público.

[...]

Comparadas, entretanto, as duas situações, ninguém poderá hesitar em concluir no sentido de que a reparação do dano, no caso, seria muito mais difícil para o Estado, ou, melhor dizendo, para a sociedade, onde se inclui o universo dos depositantes, se devidamente avaliado o risco de precipitação do retorno do processo de aviltamento da moeda, em ritmo de hiperinflação, proclamado pelos entendidos como o mais temido fator de desintegração da economia, e do próprio Estado.

É possível afirmar, portanto, que a proposta de Ferreira Filho de criação de tal *estado de sítio econômico* é redundante na medida em que ignora que a Constituição de 1988 – como, aliás, qualquer sistema jurídico – poderá produzir buracos negros e cinzentos em situações de crise econômica (e outras), seja através da voluntária retração dos Poderes Legislativo e Judiciário em favor do Poder Executivo, seja através da identificação e utilização de argumentos e textos normativos que permitam uma interpretação favorável às medidas propostas pelo Poder Executivo – como os conceitos jurídicos indeterminados. Ambos os fatores podem ser verificados no julgamento da ADIn nº 534.

Além disso, a Constituição de 1988 contém um relevante mecanismo de atuação estatal emergencial na seara econômica (ou outras), herdado da tradição brasileira de constitucionalismo autoritário, que é a possibilidade de que, em caso de *relevância e urgência*, a Presidência da República publique Medidas Provisórias válidas com força de lei. Esta possibilidade subverte (ainda que temporariamente) o conceito tradicional de divisão de poderes,⁵⁹² um dos princípios fundamentais da República,⁵⁹³ na medida em que permite ao

provisória, por faltar o pressuposto da urgência e por ser este veículo normativo impróprio para iniciar procedimento legislativo de matéria própria e específica de lei complementar; d) foi violado o princípio da capacidade contributiva”. BARROSO (1993), *op. cit.*, p. 137-138.

⁵⁹² “É inquestionável que as medidas provisórias traduzem, no plano da organização do Estado e na esfera das relações institucionais entre os Poderes Executivo e Legislativo, um instrumento de uso excepcional. A

Poder Executivo promulgar atos com força de lei. Paralelamente, a vasta jurisprudência do STF no sentido de que os requisitos de *relevância* e *urgência* para a edição de Medidas Provisórias somente poderão ser revistos pelo Judiciário em situações excepcionais⁵⁹⁴ demonstra que o instituto é repleto de buracos negros e cinzentos dos quais o Poder Executivo poderá se valer em situações de crise econômica.

A inevitável existência dos buracos negros e cinzentos não significa, contudo, que não existam controles ao Poder Executivo em situações de crise, mas tão somente que tais controles são diferentes daqueles sustentados pela doutrina tradicional da separação de poderes.

2.2.4 Crise e separação de poderes

Embora Carl Schmitt fosse um conhecido crítico da jurisdição constitucional⁵⁹⁵ e tivesse conhecidas inclinações autoritárias, o contemporâneo reconhecimento da existência de buracos negros e cinzentos no sistema jurídico não equivale ao reconhecimento de um poder imperial ao Executivo, tampouco nega a importância da existência de limites representados pelo sistema de freios e contrapesos. Entretanto, tais limites ao arbítrio do Poder Executivo não coincidem com o verdadeiro funcionamento do Estado em situação de crise.

Em sua crítica à separação de poderes, Jeb Barnes afirma que alguns a veem como um princípio jurídico que delimita o papel de cada Poder de Estado; outros associam-na à especialização funcional de cada um dos Poderes, que teriam as ferramentas específicas para a sua própria atuação e deveriam, por isso, evitar se imiscuir nas atividades dos outros Poderes; há ainda os que a veem como uma garantia democrática na forma de um compromisso com o majoritarismo, na medida em que devem ser os representantes democraticamente eleitos

emanação desses atos, pelo Presidente da República, configura, em função da natureza mesma de que se revestem, momentânea derrogação ao princípio constitucional da separação dos poderes.” STF, julgamento de Medida Cautelar na ADIn nº 293-7, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 16/04/1993, p. 8 (do relatório/voto).

⁵⁹³ Constituição de 1988: “Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

⁵⁹⁴ “Conforme entendimento consolidado da Corte, os requisitos constitucionais legitimadores da edição de medidas provisórias, vertidos nos conceitos jurídicos indeterminados de ‘relevância’ e ‘urgência’ (art. 62 da CF), apenas em caráter excepcional se submetem ao crivo do Poder Judiciário, por força da regra da separação de poderes (art. 2º da CF).” STF, julgamento de Medida Cautelar na ADC nº 11, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 29/06/2007, p. 3 (do relatório/voto).

⁵⁹⁵ “Para sustentar a tese de que o presidente do Reich seria o guardião da Constituição, Schmitt tem que se voltar contra a instituição, frequentemente reclamada e em muitos Estados também concretizada, de uma jurisdição constitucional, ou seja, contra a atribuição da função de garantia da Constituição a um tribunal independente.” KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição?..*Jurisdição Constitucional*. Trad. de Alexandre Krug. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 243-244.

(Executivo e Legislativo) os protagonistas das políticas públicas, e não os juízes.⁵⁹⁶ O ponto de interseção entre cada uma dessas visões está na delimitação de nichos específicos de atuação para cada um dos Poderes, com a supremacia do Poder Legislativo no processo legiferante. No entanto, nenhuma dessas visões seria, de acordo com Barnes, capaz de explicar a ascensão do *legalismo adversarial*,⁵⁹⁷ conceito que contesta as ideias de especialização funcional e supremacia do Legislativo.

Bruce Ackerman também critica a abordagem canônica do princípio da separação de poderes ao afirmar que suas limitações vêm nos cegando para a ascensão, no mundo todo, de novas formas institucionais que não se enquadram na *santíssima trindade* do conceito. Em sugestivo ensaio intitulado *Goodbye, Montesquieu*, o professor de Yale afirma que “*Montesquieu não tinha a menor ideia de partidos políticos, política democrática, desenhos constitucionais modernos, técnicas burocráticas contemporâneas e as características ambições do moderno Estado regulador*”.⁵⁹⁸⁵⁹⁹

Partindo da concepção madisoniana de república, a doutrina do chamado *legalismo liberal* defende que a separação de poderes é a melhor maneira de evitar a tirania: os interesses e ambições individuais incentivam os ocupantes de cargos públicos a promover o poder das instituições às quais eles estão vinculados, de modo que as ambições das instituições acabam se anulando mutuamente. Adrian Vermeule e Eric Posner mostram, contudo, que esta visão é falha e não mais explica (se é que já explicou) as relações entre os Poderes no Estado Regulador.⁶⁰⁰ Não há nenhum mecanismo capaz de consistentemente produzir equilíbrio nas relações entre os Poderes de Estado. Um primeiro motivo para tanto decorre de um problema de direito intergeracional: as gerações futuras não estão

⁵⁹⁶ BARNES, Jeb. Adversarial legalism, the rise of judicial policymaking, and the separation-of-powers doctrine. In: MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb (Ed.). *Making Policy, Making Law: an Interbranch Perspective*. Washington DC: Georgetown University Press, 2004, p. 37.

⁵⁹⁷ “*Os limites e as relações entre o Poder Legislativo, Executivo e Judiciário tornaram-se menos nítidos. Através de ações e recursos processuais, grupos de interesse organizados pressionam os juízes para que atuem como elaboradores e executores de políticas públicas, e os juízes frequentemente o fazem. Grupos de interesse organizado desfavorecidos nos tribunais frequentemente tentam devolver o assunto em questão ao Poder Legislativo, exigindo que as decisões judiciais sejam superadas. Mesmo assim, questões de políticas públicas frequentemente retornam aos tribunais. [...] Durante o processo, as regras básicas do jogo estão perpetuamente sujeitas à contestação jurídica e à revisão política. [...] Eu chamo esse modo de governança de ‘legalismo adversarial’ [...].*” KAGAN, Robert A. American courts and the policy dialogue: the role of adversarial legalism. In: MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb (Ed.). *Making Policy, Making Law: an Interbranch Perspective*, Washington DC: Georgetown University Press, 2004, p. 13-14.

⁵⁹⁸ ACKERMAN, Bruce. Good-bye, Montesquieu. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. (Ed.). *Comparative Administrative Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2010, p. 128.

⁵⁹⁹ Para uma análise mais profunda do tema pelo mesmo autor, v. ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Trad. de Isabelle M. C. Vasconcelos e Eliana V. Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁶⁰⁰ POSNER; VERMEULE, *op. cit.*, p. 19.

representadas no processo político atual. Explica-se: as instituições contemporâneas não têm os mesmos incentivos para controlar a expansão de um dos Poderes de Estado que teriam as gerações futuras, que são, entretanto, as mais propensas a sofrer os efeitos nefastos de um desequilíbrio nas relações entre os Poderes. Nas palavras de Posner e Vermeule, “[s]uponha que alguém pense que o atual poder da presidência é excessivo [...] Esta pessoa provavelmente lamentará as diversas ocasiões nas duas últimas gerações em que o Congresso e a Suprema Corte deixaram de contestar o poder presidencial [...]”.⁶⁰¹ É possível supor que algo semelhante tenha ocorrido no Brasil com o golpe militar de 1964: a oposição mais intensa ao regime militar, inclusive na forma de luta armada, veio apenas alguns anos após o golpe, quando os opositores, ao entenderem que o regime de exceção não tinha pretensão de abrir mão do poder e que a suspensão do Estado democrático não era medida passageira, começaram a se articular contra o governo militar.⁶⁰²

Além disso, um problema de ação coletiva pode enfraquecer o controle mútuo exercido entre os Poderes se aquele com posição mais forte (digamos, o Executivo) exercer uma estratégia de dividir e conquistar os outros Poderes, alternando alianças com o circunstancialmente mais fraco entre eles até que possa efetivamente dominar ambos.⁶⁰³ Isso ocorre em virtude de uma externalidade negativa, caracterizada pela incapacidade de cada um dos Poderes mais fracos (o Legislativo e o Judiciário) de considerar os efeitos de longo prazo que o seu oportunismo imediatista causa ao outro Poder mais fraco e a todo o equilíbrio do sistema. No Brasil, um possível exemplo dessa prática é a Proposta de Emenda à Constituição nº 33/2011, de autoria do deputado Nazareno Fonteles, do Partido dos Trabalhadores, o mesmo da então Presidente da República, que “*altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição*”. Considerando a ascensão institucional do Poder Judiciário nos últimos anos⁶⁰⁴ e o momento em que a PEC foi proposta,⁶⁰⁵ não parece exagero imaginar que

⁶⁰¹ *Ibid.*, p. 21.

⁶⁰² A Aliança Libertadora Nacional (ALN) e a Vanguarda Armada Revolucionária Palmares (VAR-Palmares) iniciaram suas atividades contra o regime em meados de 1967 e 1969, respectivamente. Registre-se, contudo, que a oposição ao regime intensificou-se após a edição do Ato Institucional nº 5, em dezembro de 1968, que autorizou o recrudescimento da perseguição estatal aos opositores e as sistemáticas violações de direitos humanos.

⁶⁰³ POSNER; VERMEULE, *op. cit.*, p. 21.

⁶⁰⁴ BRANDÃO, *op. cit.*, p. 117-142.

o Legislativo – Poder do Estado com menos credibilidade junto à opinião pública – tenha se associado ao Executivo (o Poder mais forte) para contestar o Judiciário, o que ilustra o mencionado problema de ação coletiva que Legislativo e Judiciário enfrentam para controlar o Executivo.

Sob esta perspectiva, a tese madisoniana de que a atuação independente dos Poderes de Estado vai necessariamente resultar num equilíbrio adequado revela-se uma falácia da *mão invisível*, na medida em que sugere que um resultado socialmente desejado – os *checks and balances* entre os Poderes e a proteção contra a tirania – será alcançado ainda que nenhum dos agentes ou instituições estatais busque individualmente este fim, tal como ocorre na tese smithiana de funcionamento econômico dos mercados perfeitos.⁶⁰⁶ No entanto, na tese de Adam Smith, o mecanismo de preços assegura (em mercados perfeitos) que o interesse individual de cada agente transmita informações sobre consumo e demanda que se propagam por todo o sistema econômico. No sistema da separação de poderes, não existe nenhum mecanismo que, tal como o sistema de preços, seja capaz de explicar a conexão entre o interesse individual de cada agente ou instituição e os *checks and balances* socialmente desejados.⁶⁰⁷

Ainda de acordo com a visão madisoniana, a função jurídica da supervisão exercida pelos demais Poderes sobre o Executivo é garantir que este exerça o seu mandato de acordo com os limites da Constituição e das leis. Esta explicação, contudo, não é mais adequada no Estado Regulador, pois os juízes e legisladores são, em grande parte, incapazes de efetivamente supervisionar o Executivo no exercício dos seus vastos poderes. De acordo com Posner e Vermeule,⁶⁰⁸ no que respeita ao Poder Legislativo, a efetiva supervisão pode ser ineficaz em decorrência das assimetrias de informações em relação ao Poder Executivo, que dispõe de maior *expertise* sobre os temas de sua competência.⁶⁰⁹ Além disso, as atividades legislativas são caracterizadas pela necessidade de amplos debates e busca de consenso entre diversos participantes, o que dificulta a supervisão de um Poder com uma estrutura mais centralizada e caracterizada pela hierarquia, como é o Executivo. Além disso, o Legislativo é

⁶⁰⁵ Em que o STF julgava a Ação Penal 470, que terminou por condenar e mandar prender políticos do alto escalão da base aliada do Governo.

⁶⁰⁶ Para uma análise mais aprofundada sobre teorias da mão invisível no direito público, v. VERMEULE (2011), *op. cit.*

⁶⁰⁷ POSNER; VERMEULE, *op. cit.*, p. 23.

⁶⁰⁸ *Ibid.*, p. 25-29.

⁶⁰⁹ Embora os comitês legislativos sejam uma tentativa de superar a assimetria e outros problemas que reduzem a capacidade de supervisão exercida pelo Legislativo, os mesmos não são suficientes para reduzir o abismo em relação ao Executivo. Sobre o tema, v. POSNER; VERMEULE, *op. cit.*, p. 28-29.

obviamente uma instituição partidária, do que resulta que governos que possuam maioria no parlamento certamente sofrerão menos restrições e controle do que governos que enfrentem maiorias de oposição, não obstante o alinhamento partidário entre Executivo e maioria no Legislativo seja o momento em que a supervisão daquele é mais necessária,⁶¹⁰ como se pode imaginar.

Sobre o mesmo tema, mas com foco na administração pública, Bruce Ackerman afirma que:

O conflito entre presidentes e legislaturas é mediado pelas regras e estruturas erigidas pelos diferentes regimes constitucionais. Se os presidentes precisam obter apoio para suas indicações, será mais difícil colonizar a administração com partidários fiéis. [...]

[...] Sistemas presidencialistas encorajam a politização da administração pública, resultando no deslocamento de servidores públicos de carreira para um nível inferior à medida que os presidentes, na sua contínua disputa com o Congresso, continuam indicando partidários fiéis para posições-chave.

Esta dinâmica básica levanta uma questão normativa fundamental. Colocando de forma simples, a politização da administração pública cria um desafio fundamental à *Rule of Law*. Partidários fiéis ao presidente sofrerão a tentação de ignorar as leis se isso expandir os interesses políticos de seu líder. O Direito Administrativo nos sistemas presidencialistas deve ser especialmente atento a esta ameaça.⁶¹¹

Se normalmente o Poder Legislativo já enfrenta tais dificuldades para supervisionar o Executivo, nas situações de crise o quadro se agrava. Antes que as crises ocorram, o cotidiano de barganhas políticas do Poder Legislativo relega ao segundo plano as motivações que os legisladores porventura tenham para tratar de problemas estruturais ou de longo prazo. Os amplos consensos que tais assuntos invariavelmente requerem dificilmente podem ser alcançados quando o foco do congresso é o *toma lá dá cá* do dia a dia. Por outro lado, quando as crises irrompem, a quantidade de membros, os complexos procedimentos de deliberação, as estruturas internas (tais como o bicameralismo e os comitês específicos) e os problemas de ação coletiva impedem que o Poder Legislativo adote as amplas e rápidas mudanças de políticas públicas que as crises reclamam.⁶¹²

O pós-crise, contudo, poderia ser a oportunidade para que o Poder Legislativo exercesse um controle *ex post*, que buscasse evitar que eventuais abusos do Poder Executivo tornassem a ocorrer no futuro. No entanto, Posner e Vermeule mostram que, nas duas maiores crises enfrentadas pelos Estados Unidos no século XXI – os ataques terroristas de 11/09/2001

⁶¹⁰ *Ibid.*, p. 30.

⁶¹¹ ACKERMAN (2010), *op.cit.*, p. 131.

⁶¹² POSNER; VERMEULE, *op. cit.*, p. 42-45.

e a crise financeira de 2008 –, o Congresso estadunidense pouco exerceu controle efetivo prévio, concomitante ou posterior sobre o Executivo.⁶¹³

Tampouco o Poder Judiciário consegue exercer controle efetivo do Executivo nas situações de crise, como já visto anteriormente. Um primeiro problema enfrentado é o fato de que os juízes somente podem agir mediante provocação, ao contrário dos demais Poderes de Estado. Consequentemente, o Judiciário em geral exerce uma análise *ex post*, em que a reversão de *faits accomplis* levados a cabo pelo Executivo pode restaurar as condições pré-crise e jogar a opinião pública contra o Judiciário, caso as medidas adotadas pelo Executivo tenham alcançado sucesso no combate à crise ou sejam ao menos vistas como necessárias pela população. Além destas questões de *timing*, a revisão judicial também tem um problema da *intensidade*, pois o Judiciário tende a se retrair e adotar uma postura deferente ao Executivo quando o assunto é crise, somente se reerguendo após o abrandamento do caos. Para Posner e Vermeule, o denominador comum das limitações do Poder Judiciário seria a *dificuldade contramajoritária*, que é agravada em tempos de crise pelo descolamento entre *legalidade e legitimidade*, levando os tribunais a assumir um papel mais modesto.⁶¹⁴

2.2.5 Outros freios e contrapesos à atuação do Poder Executivo

Ao contrário do que a doutrina tradicional sobre separação de poderes normalmente sugere, este relaxamento nos freios e contrapesos erigidos ao Poder Executivo não significa nem necessariamente resultará em tirania ou ditadura. O sistema político-eleitoral e a opinião pública podem representar limites tão ou mais intensos à atuação de um Poder do que a supervisão dos demais Poderes de Estado.

Para demonstrar isso, será útil recorrer à análise das relações entre outorgante-mandatário (*principal-agent framework*), comum na teoria política e constitucional dos Estados Unidos, segundo a qual uma entidade – o outorgante – delega poderes de que dispõe ao mandatário esperando, com isso, auferir maiores benefícios (ou reduzir os custos) do que aqueles que teria mantendo e exercendo tais poderes por conta própria.⁶¹⁵ São diversas as aplicações da teoria e definições dos conceitos de outorgantes e mandatários, mas para os presentes fins interessa-nos manter uma definição ampla do outorgante, identificando-o com o

⁶¹³ *Ibid.*, p. 48-49.

⁶¹⁴ *Ibid.*, p. 52-55.

⁶¹⁵ PRADO, Mariana Mota. Presidential dominance from a comparative perspective: the relationship between the executive branch and regulatory agencies in Brazil. In: ACKERMAN; LINDSETH, *op. cit.*, p. 228.

conjunto dos eleitores, e uma definição específica do mandatário, identificando-o com o Poder Executivo. Sob esta perspectiva, é possível definir a relação entre outorgante-mandatário da seguinte maneira:

A relação outorgante-mandatário sugere que os políticos podem obter benefícios [*rents*] de seus mandatos. Os eleitores podem desejar limitar tais benefícios através da sujeição de tais políticos a regras específicas. No entanto, a incerteza e complexidade dos desenvolvimentos políticos e econômicos impede a celebração de contratos completos. Portanto, a relação outorgante-mandatário assemelha-se a um contrato incompleto, deixando os políticos com consideráveis poderes residuais [...]. Quanto maiores tais poderes, maior a divergência entre as preferências dos eleitores e as leis e políticas públicas implementadas.⁶¹⁶

A divergência entre os interesses do mandatário e os dos outorgantes somente é possível porque existe uma imensa assimetria de informações entre o Poder Executivo, de um lado, e os eleitores, de outro, na medida em que estes enfrentam dificuldades significativas para obter informações sobre as ações do mandatário.⁶¹⁷ Este último, por sua vez, possui melhores informações sobre suas ações e, portanto, pode agir de forma a alcançar objetivos que favoreçam seu interesse individual (ou partidário), e não necessariamente o interesse dos eleitores.

Neste cenário, o desafio enfrentado pelas teorias de desenho institucional é o de minimizar os “custos” desta relação para os outorgantes (*agency costs*), criando estruturas que reduzam os incentivos que o mandatário tem para favorecer seus próprios interesses, em detrimento dos interesses dos eleitores. A mais importante ferramenta institucional para a redução de tais custos são as eleições, como se pode inferir de sua ubiquidade no mundo contemporâneo (na política, nas sociedades comerciais, nas instituições de ensino e pesquisa, etc.). No entanto, o justificado receio de que apenas o sistema eleitoral fosse incapaz de proteger a liberdade de minorias impôs historicamente a necessidade de criação de institutos adicionais para compensar suas deficiências – como a separação de poderes, o federalismo e os direitos fundamentais.⁶¹⁸

No que respeita especificamente à separação de poderes, diversas teorias buscam explicar como ela pode reduzir os *agency costs*. Uma delas sustenta que a competição entre agentes é tão importante para o sistema político quanto é para o econômico; outra defende a

⁶¹⁶VON HAGEN, Jürgen. Political Economy of Fiscal Institutions. In: WEINGAST, Barry R.; WITTMAN, Donald A. (Ed.). *The Oxford Handbook of Political Economy*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 464-465. Tradução livre.

⁶¹⁷Sobre o tema, v. POSNER, Richard A. *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 150-157.

⁶¹⁸ POSNER; VERMEULE, *op.cit.*, p. 114-116.

tese de que a separação gera informações úteis para que os eleitores possam avaliar os políticos eleitos. Ambas, no entanto, são falhas: a teoria da competição ignora que, na separação de poderes tradicional, os Poderes Executivo e Legislativo precisam agir em certa sintonia para conseguir implementar qualquer política pública, de modo que a analogia mais adequada não seria com um mercado perfeito em que há ampla competição entre agentes, e sim com um mercado em que duas empresas têm o monopólio de diferentes etapas num mesmo setor produtivo (por exemplo, produção e distribuição de um determinado bem), o que pode na verdade piorar a situação dos eleitores.⁶¹⁹

Já a tese de que a separação de poderes gera informações úteis aos eleitores mascara o fato de que a multiplicidade de competências sobrepostas ou interdependentes entre as instituições políticas dificulta a clara identificação de responsabilidades, prejudicando a *accountability* política e eleitoral. Além disso, tais informações parecem prescindíveis num sistema em que a elevada concorrência entre candidatos aos cargos já cria fortes incentivos para que adversários políticos descubram e divulguem informações negativas uns sobre os outros,⁶²⁰ o que na política brasileira contemporânea vem ganhando contornos prosaicos com a constante produção de dossiês (não raro apócrifos) sobre determinados políticos ou partidos.

Posner e Vermeule sustentam que a doutrina tradicional da separação de poderes tal como desenvolvida nos séculos XVIII e XIX, assim como os supostos benefícios dela decorrentes, funcionam apenas em hipóteses muito específicas, impossíveis de serem verificadas empiricamente. Além disso, a *tiranofobia* que acomete os defensores dessas visões tradicionais não seria capaz de explicar como um sistema político em que há larga preponderância do Poder Executivo – caso dos Estados Unidos contemporâneo – alcançou e tem mantido elevados níveis de respeito às liberdades individuais⁶²¹ e bem-estar da população. Portanto, “*eleitores e legisladores outorgam discricionariedade ao Executivo, por ação ou omissão, e aumentam tal discricionariedade em situações de crise porque acreditam que os benefícios dessa delegação superam os riscos de abuso*”.⁶²²

⁶¹⁹*Ibid.*, p. 118-119

⁶²⁰*Loc. cit.*

⁶²¹ Uma crítica contemporânea à posição de Posner e Vermeule poderia se basear no escândalo desencadeado pelas denúncias de que a National Security Agency (NSA) vem monitorando indiscriminadamente comunicações eletrônicas no mundo inteiro, em possível violação dos direitos à privacidade e ao sigilo nas comunicações. No entanto, os poderes da NSA são profeticamente discutidos e politicamente justificados – do ponto de vista dos autores – no livro *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic* (p. 129-150), publicado em 2010, alguns anos antes de referido monitoramento se tornar de conhecimento público.

⁶²²POSNER; VERMEULE, *op. cit.*, p. 122.

Sob este ângulo, o problema reside não em reconhecer maiores poderes ao Executivo, mas sim em saber se este não está *mal intencionado*, ou seja, se pretende utilizar seus poderes para fins compatíveis com os desejos dos eleitores ou para promover interesses pessoais ou partidários. Os eleitores e as instituições não têm à sua disposição maneiras simples de saber se o presidente⁶²³ é bem-intencionado ou não, o que pode acabar impedindo que uma delegação de poderes no interesse dos eleitores (como aquelas verificadas em situações de crise) seja realizada por desconfiança das intenções do presidente, o que é tão problemático quanto a delegação de maiores poderes a um presidente mal-intencionado. Trata-se, portanto, de um *problema de credibilidade*, que pode ser mais bem superado por sinais e compromissos do Executivo do que por uma rígida estrutura de separação de poderes.

Em regimes democráticos presidencialistas, presidentes normalmente iniciam seus mandatos com um elevado capital de credibilidade dos eleitores, representado pela votação majoritária obtida nas eleições. Este capital pode variar positiva ou negativamente ao longo do mandato, e os sinais e compromissos formais ou informais do presidente podem ajudar a diferenciar um Executivo bem-intencionado (*i.e.* que pretende utilizar seu poder para implementar medidas no interesse da média ou da maioria dos eleitores) de um mal-intencionado (*i.e.* que pretende utilizar seus poderes para fins pessoais ou partidários). Tais sinais podem até mesmo ser emitidos antes de um Presidente assumir o cargo: na *Carta aos Brasileiros*, publicada durante a campanha das eleições presidenciais de 2002, o então candidato Luiz Inácio Lula da Silva assumiu compromissos com a manutenção de contratos e com o diálogo com todos os setores da sociedade, compromissos estes que ajudaram a afastar desconfianças de setores mais conservadores e das elites em relação à sua política econômica.⁶²⁴ No mesmo sentido pode ser explicada a nomeação de um respeitado executivo do setor financeiro (Henrique Meirelles) para a presidência do Banco Central no primeiro mandato do Governo Lula, ou ainda a promessa feita em meio à crise econômica de 2008 pelo então candidato democrata à presidência dos Estados Unidos, Barack Obama, de manter Ben

⁶²³ Utilizaremos a referência ao presidente como sinônimo do conceito de Poder Executivo exclusivamente para fins de simplificação do argumento.

⁶²⁴ “O novo modelo não poderá ser produto de decisões unilaterais do governo, tal como ocorre hoje, nem será implementado por decreto, de modo voluntarista. Será fruto de uma ampla negociação nacional, que deve conduzir a uma autêntica aliança pelo país, a um novo contrato social, capaz de assegurar o crescimento com estabilidade. Premissa dessa transição será naturalmente o respeito aos contratos e obrigações do país. As recentes turbulências do mercado financeiro devem ser compreendidas nesse contexto de fragilidade do atual modelo e de clamor popular pela sua superação. [...] Estamos conscientes da gravidade da crise econômica. Para resolvê-la, o PT está disposto a dialogar com todos os segmentos da sociedade e com o próprio governo, de modo a evitar que a crise se agrave e traga mais aflição ao povo brasileiro.” Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u33908.shtml>>, acesso em: março de 2014.

Bernanke (economista nomeado pelo Presidente republicano George W. Bush) na presidência do Federal Reserve, o banco central dos Estados Unidos.

As teorias do outorgante-mandatário permitem uma visão analítica interessante do problema da credibilidade e podem ajudar a entender como funcionam outros mecanismos de controle presidencial que não os freios e contrapesos decorrentes da separação de poderes. Recorrendo mais uma vez ao exemplo de Posner e Vermeule sobre a segurança nacional:

Os eleitores se preocupam com a segurança nacional, mas também se preocupam com liberdades individuais e com o bem-estar de alvos potenciais da guerra ao terror; uma política pública ótima equilibra estes dois fatores. No entanto, os eleitores não escolhem as políticas diretamente; eles delegam poderes ao governo e, em particular, ao presidente. O presidente conhece o leque de políticas públicas possíveis, seus efeitos, seus custos e benefícios estimados (graças aos recursos e à *expertise* do Poder Executivo), de forma que, se ele for bem motivado, escolherá a política pública ótima.⁶²⁵

Assumindo que as preferências dos eleitores são fixas, mas podem variar em função da redução da assimetria de informações que eles enfrentam em relação ao Poder Executivo, Posner e Vermeule defendem que um presidente bem motivado poderá eventualmente ter que escolher medidas que são consistentes com as preferências fixas dos eleitores, mas que conflitam com as preferências equivocadamente manifestadas num cenário de informação limitada. Em outras palavras, um eleitorado que condenaria uma política pública X pode, reduzida a assimetria de informações, passar a apoiar a política pública X. Até que isso ocorra, contudo, se o Executivo bem-intencionado tentar adotar tal política pública X, será confrontado com o problema da credibilidade, o que pode levá-lo a abandonar escolhas políticas consistentes com as preferências dos eleitores em virtude dos riscos de resistência pública e ataques de adversários políticos.⁶²⁶

As teorias das relações entre outorgante e mandatário fornecem basicamente duas soluções possíveis para este problema da credibilidade: o *alinhamento de preferências* e mecanismos de *recompensa e punição*. Enquanto esta última é de pouca relevância para a presente análise, o *alinhamento de preferências* é representado, no sistema político, pelo sistema eleitoral, na medida em que este impede que as preferências políticas do presidente divirjam significativamente daquelas da média ou da maioria dos eleitores (uma vez que candidatos que manifestem preferências muito afastadas daquelas preferidas pelos eleitores dificilmente serão eleitos). No entanto, apenas as eleições não são suficientes para esta finalidade, como já visto anteriormente, razão pela qual os *sinais e compromissos*

⁶²⁵ POSNER; VERMEULE, *op. cit.*, p. 130.

⁶²⁶ *Ibid.*, p. 131-132.

mencionados podem ajudar a distinguir os candidatos e presidentes bem-intencionados dos mal-intencionados.

Para aumentar sua credibilidade, presidentes bem-intencionados podem emitir sinais e assumir compromissos cujos custos dificilmente seriam suportados por políticos mal-intencionados. Posner e Vermeule dão diversos exemplos teóricos e empíricos de tais situações.⁶²⁷ O primeiro deles é a criação de *comissões independentes* para revisão de políticas públicas e medidas em geral do Poder Executivo, o que pode demonstrar um caráter republicano do presidente, especialmente se as mesmas dispuserem de poder de veto ou punitivo e forem integradas por pessoas de elevada reputação e/ou por representantes de diferentes orientações político-partidárias. No sistema político brasileiro, uma medida semelhante foi a criação da Comissão de Ética da Presidência da República pelo Governo Fernando Henrique Cardoso,⁶²⁸ reformada durante o Governo Luiz Inácio Lula da Silva,⁶²⁹ muito embora a mesma exerça apenas função consultiva da Presidência da República e não tenha poderes de veto ou punição. De qualquer modo, a ideia é que os custos políticos decorrentes do desacato das conclusões públicas de tais comissões transmitam aos eleitores e demais instituições políticas a mensagem de que um Executivo não republicano jamais criaria tal mecanismo de controle.

Algo semelhante pode ocorrer na relação entre o Executivo e *agências reguladoras independentes* com reputação de experiência e integridade, quando aquele demonstra deferência às decisões destas. Nos Estados Unidos, durante a crise de 2008, os Governos de George W. Bush e Barack Obama optaram por trabalhar em conjunto com o *Federal Reserve*, embora a Casa Branca tivesse competência constitucional para agir exclusivamente por meio da Secretaria do Tesouro, autarquia do Poder Executivo. No Brasil, um exemplo inverso pode ser extraído dos constantes mandos e desmandos presidenciais nas agências reguladoras independentes,⁶³⁰ o que possivelmente demonstra a existência de interesses partidários nesta relação.

⁶²⁷ POSNER; VERMEULE, *op.cit.*, p. 141-150.

⁶²⁸ Decreto presidencial sem número de 26/05/1999.

⁶²⁹ Decreto nº 6.029/2007.

⁶³⁰ “*Todos estes poderes foram usados em detrimento das agências. Em 2003, por exemplo, R\$ 202 milhões requeridos no orçamento da ANEEL foram reduzidos para R\$ 162 milhões por uma proposta da Presidência que foi posteriormente aprovada pelo Congresso. [...] No mesmo ano, a ANEEL teve seu orçamento reduzido em 50% na fase de execução: os R\$ 162 milhões aprovados no orçamento pelo Congresso foram reduzidos para R\$ 70 milhões por decreto presidencial.*” PRADO, *op.cit.*, p. 234.

Outro exemplo seria a nomeação de pessoas de elevada reputação em determinada área, ou ainda de orientações político-partidárias distintas daquelas do presidente, para o exercício de cargos importantes (tais como ministérios, direção de agências independentes, etc.). Ao convidar um delator em potencial para dividir a coordenação de políticas públicas, o presidente pode demonstrar que tem objetivos republicanos. Embora a nomeação de pessoas de orientações político-partidárias distintas (notadamente de partidos de oposição) para cargos no Executivo seja mais rara na política nacional, é possível elencar, como casos de indicação de pessoas de elevada reputação, a já citada nomeação de Henrique Meirelles para a presidência do Banco Central pelo presidente Lula; ou ainda a nomeação de Marina Silva, política de trajetória bastante associada a questões ambientais, para o Ministério do Meio Ambiente do mesmo Governo.⁶³¹

O chamado *contrapartidarismo* também seria uma maneira de o Executivo sinalizar suas intenções; o termo refere-se à adoção de políticas públicas pelo Executivo que contrariem as conhecidas preferências partidárias do presidente, e a lógica subjacente seria a de que, se um presidente decide adotar medida que claramente contraria suas próprias preferências políticas, ou as de seu partido, é porque tais medidas devem ser necessárias. Para Posner e Vermeule, este seria um motivo que poderia justificar, para o eleitorado dos Estados Unidos, por que o presidente Barack Obama – cujo Partido Democrata tem trajetória ligada à afirmação das liberdades civis e dos direitos individuais – não apenas manteve controversas medidas implementadas pelo Governo Bush na *guerra ao terror* (como a prisão de Guantánamo), como adotou novas medidas (como o monitoramento de telecomunicações).⁶³²

Outro compromisso ou sinal que um Executivo republicano pode adotar são medidas de transparência, uma vez que elas reduzem as dificuldades que os *outorgantes* (eleitores) enfrentam para reduzir sua assimetria de informação em relação ao Poder Executivo. Na medida em que políticos com intenções escusas (*i.e.* que divergem das preferências dos eleitores) têm forte incentivos para evitar que as mesmas sejam tornadas públicas, a adoção de políticas de transparência pode incrementar a credibilidade de presidentes bem-intencionados junto aos eleitores.

⁶³¹ Num eloquente exemplo dos riscos que presidentes podem sofrer com tais indicações, Marina Silva pediu exoneração do cargo em 2008, após um longo embate público com a então Ministra da Casa Civil, Dilma Rousseff, sobre o atraso que a necessidade de licenciamento ambiental estaria causando às obras do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC). Ao deixar o governo, atraindo enorme atenção para sua própria carreira política e para os problemas enfrentados pelo Ministério do Meio Ambiente na relação com o Palácio do Planalto, Marina cunhou a célebre frase “*perco a cabeça, mas não perco o juízo*”.

⁶³² Ressalvado novamente o fato de que os comentários foram publicados antes da divulgação das informações sobre as atividades da National Security Agency pelo ex-agente Edward Snowden.

Finalmente, outro mecanismo para obtenção de credibilidade seria a integração voluntária de associações ou organismos internacionais que sujeitam decisões de política externa à supervisão multilateral, como ocorre no conselho de segurança da Organização das Nações Unidas.

2.2.6 Conclusões

Em síntese conclusiva das ideias apresentadas na presente Seção, é possível afirmar que a administração de crises econômicas pelos subsistemas político e jurídico invariavelmente coloca o Poder Executivo em papel de destaque, ao mesmo tempo em que atribui aos Poderes Legislativo e Judiciário um papel contido durante a crise, mas sem prejuízo da realização de controles *ex post*. Em que pese a abordagem sistêmico-teórica do princípio da separação de poderes como uma garantia contra a *desdiferenciação*, cremos que a deformação de qualquer equilíbrio entre os Poderes de Estado no controle de crises econômicas tende a ser anulada no longo prazo. Assim, é possível conciliar a teoria dos sistemas com a realidade das crises por meio do reconhecimento de que (a) os subsistemas político e jurídico reconhecem de antemão e preveem a possibilidade de uma maior proeminência do Executivo em situações de crise (através dos buracos negros e cinzentos extensamente analisados); e (b) o reconhecimento de diversos centros de poder em outros subsistemas sociais que não apenas o político permite a manutenção, no nível societal, de um sistema de freios e contrapesos adequado à diferenciação funcional e à reprodução autopoietica dos subsistemas jurídico, político e econômico. A análise do sistema eleitoral sob a ótica das teorias de outorgante-mandatário (*principal-agent*) demonstra que, numa democracia, os principais freios e contrapesos exercidos sobre o Poder Executivo podem ser políticos (em sentido amplo), e não necessariamente jurídicos ou constitucionais. Isso ocorre de maneira mais evidente em situações de crise econômica aguda, em que os holofotes da opinião pública se concentram na atuação do Poder Executivo, tornando erros ou acertos na condução da política econômica determinantes para o sucesso eleitoral no próximo certame.

CONCLUSÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho, tentamos demonstrar as inter-relações entre direito, política e economia a partir de uma perspectiva sistêmico-teórica, conforme apresentada na Seção 1.1. Os subsistemas jurídico, político e econômico são frutos do inexorável processo de diferenciação funcional da sociedade. Eles se reproduzem autopoieticamente, desenvolvendo sua própria autonomia e aprofundando sua especialização. São operacionalmente fechados, mas cognitivamente abertos: conseguem se relacionar com o ambiente, influenciando-o e sendo por ele influenciados, desde que tais trocas sejam mediatizadas pela aplicação de seus códigos binários (lícito/ilícito, poder superior/poder inferior e ter/nãoter). Quando precisam se apoiar em elementos e estruturas desenvolvidos em outros subsistemas, realizam acoplamentos operativos e estruturais entre si – a própria Constituição é, nesta perspectiva, um acoplamento estrutural entre o direito e a política, assim como as constituições societárias representam o acoplamento entre o direito e outros subsistemas sociais.

O caráter neutro da constituição econômica brasileira reconhece que a economia, como subsistema social autônomo, é dotada de um código-diferença próprio, tendo o Constituinte evitado sobrepor-lhe um código político que bloqueie a sua reprodução autopoietica. Em vista disso, o mais adequado é caracterizar a constituição econômica a partir de uma perspectiva *material*, que não se restringe às (nem se identifica com) normas constitucionais, incluindo também as normas de segundo grau de direito infraconstitucional. Exemplo disso é o conceito de *contrato*, estabelecido pelo direito civil, mas que, adotado pela *constituição econômica*, orienta a aplicação do código-diferença lícito/ilícito no direito e do código-diferença ter/nãoter na economia, criando um *metacódigo binário híbrido* que permite a coevolução dinâmica dos subsistemas jurídico e econômico, sem que a racionalidade de qualquer um deles tente anular a do outro.

No *welfare state*, a política econômica estatal afigura sua legitimidade da circulação e contracirculação de poder entre povo, política e Estado, processo que pressupõe uma esfera pública pluralista. Essa circulação e contracirculação somente é possível se a Constituição possibilita o influxo das mais diversas expectativas e interesses sociais no debate público – daí dizermos que a democracia imuniza os códigos e programas dos subsistemas político e jurídico, impedindo que eles sejam aprisionados pela racionalidade imperialista de outros subsistemas sociais (especialmente a economia). Neste contexto, as ações do Estado devem

ter sua legitimidade avaliada pela observância de procedimentos preestabelecidos, a partir do que é possível defender um *consenso procedimental* acerca de um *dissenso conteudístico*.

Os direitos fundamentais funcionam, nesta perspectiva, como norte interpretativo da política econômica estatal e como garantias contra o risco de *desdiferenciação* das diferentes esferas de comunicação, permitindo a manutenção de uma comunicação plural adequada à hipercomplexidade social. A *estabilização* duradoura de decisões econômicas na Constituição pode bloquear as capacidades sociais de *variação* e *seleção* dos subsistemas político e jurídico em relação ao subsistema econômico, impedindo a evolução daqueles diante do dinamismo deste. O reconhecimento de alguma discricionariedade estatal em relação à política econômica permite, portanto, que os subsistemas jurídico e político possam acompanhar o dinamismo e a complexidade do subsistema econômico; de modo inverso, quanto mais engessada for a política econômica do Estado, maior será o risco de atritos entre os subsistemas político, jurídico e econômico.

A partir da década de 1970, as contradições internas acumuladas pelo *welfare state* permitiram a emergência do neoliberalismo. Apesar de sua pretensão de permanência, o neoliberalismo não representa, assim como nenhum outro modelo de organização estatal, o fim da história: as *ondas de Kondratieff* mostram que a intervenção estatal na economia observa um movimento pendular, que varia entre mais e menos ação estatal, e que o retorno do pêndulo geralmente decorre de um acúmulo de contradições internas nos subsistemas político, econômico e/ou jurídico, conforme o caso. Após a *era de ouro* do capitalismo do *welfare state*, o retorno neoliberal do pêndulo levou Teubner a reconhecer a superação da racionalidade jurídica substantiva (típica do Estado do bem-estar) pelo desenvolvimento de uma racionalidade reflexiva do direito, que lhe atribui pretensões mais modestas (em comparação com aquelas do *welfare state*) e reconhece a autonomia de todos os subsistemas sociais (em vez de tentar coordená-los). Esta teoria lançou as sementes para o desenvolvimento do constitucionalismo societal ao reconhecer que os sistemas altamente diferenciados são cada vez menos reativos às pretensões de coordenação externas.

Em vista do reconhecimento da autonomia dos subsistemas sociais funcionalmente diferenciados, o constitucionalismo societal defende que eles sejam autorregulados. Não se trata, contudo, de permitir que os subsistemas sociais rejeitem influxos democráticos ou sejam colonizados por interesses particularistas, pois a circulação e contracirculação do poder é essencial para a evolução de tais sistemas. O que essa autorregulação sugere é o desenvolvimento de centros de poder político no interior dos subsistemas, centros estes que não sejam ligados à política institucionalizada do Estado.

Se nos debates sobre a emergência do neoliberalismo as teses de Teubner foram amplamente criticadas por seu suposto caráter neoliberal, a crise econômico-financeira de 2008 traz um ponto de inflexão para o constitucionalismo societal. A globalização e o capitalismo financeiro tornaram a realidade econômica mundial substancialmente mais complexa; a reprodução autopoietica do subsistema econômico liberado das amarras do Estado gera fortes tendências expansionistas, e pode ser associada ao processo de *financeirização* da economia real. As dinâmicas que levaram à eclosão da crise econômica demonstraram como a globalização tornou os subsistemas econômico e financeiro extremamente complexos, o que reduz a capacidade dos subsistemas político e jurídico – ainda bastante ligados às estruturas e fronteiras dos Estados – de controlar as tendências autodestrutivas daqueles.

É neste cenário que o constitucionalismo societal de Teubner pode ser defendido. A democracia do século XXI não deve permanecer restrita às estruturas do Estado e da política institucionalizada; ela precisa ser reproduzida dentro dos subsistemas sociais globalizados, através do reconhecimento, desenvolvimento e fortalecimento de centros de poder autônomo na sociedade nos quais possa se exercer a razão pública. Somente assim os processos de circulação e contracirculação do poder – que permitiram a conciliação entre direito, política e economia, gerando a chamada *era de ouro* do *welfare state* – poderão ser adequadamente reproduzidos no âmbito de uma sociedade economicamente globalizada, mas política e juridicamente limitada aos Estados nacionais.

Por fim, o reconhecimento de que, na administração imediata de crises econômicas, o Poder Executivo assume destacado protagonismo (em contraposição à autocontenção dos Poderes Legislativo e Judiciário, que procuram realizar controles *ex post*) não resulta na desdiferenciação do direito ou da economia pelo subsistema político. Em outras palavras, a deformação de qualquer equilíbrio entre os Poderes de Estado no controle de crises econômicas tende a ser anulada no longo prazo. Os próprios subsistemas político e jurídico reconhecem e preveem a possibilidade de uma maior proeminência do Executivo em situações de crise (através dos buracos negros e cinzentos). Além disso, o reconhecimento de diversos centros de poder nos subsistemas sociais permite a manutenção, no nível societal (em contraposição à política institucionalizada), de um sistema de freios e contrapesos adequado à diferenciação funcional e à reprodução autopoietica entre os subsistemas jurídico, político e econômico.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Tradução de Isabelle M. C. Vasconcelos e Eliana V. Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- _____. Good-bye, Montesquieu. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. (Ed.). *Comparative Administrative Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2010.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha: Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- AMSTUTZ, Marc. Eroding Boundaries: On Financial Crisis and an Evolutionary Concept of Regulatory Reform. In: KJAER, P.; TEUBNER, G.; FEBBRAJO, A. (Coord.). *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation*. Oxford: Hart Publishing, 2011.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M. *Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- BAPTISTA, Patricia. A evolução do Estado Regulador no Brasil: desenvolvimento, globalização, paternalismo e judicialização. In: FREITAS, Daniela B. de; VALLE, Vanice R. L. do (Coord.). *Direito Administrativo e Democracia Econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BARBOSA, Hermano Notaroberto. *O Poder de Não Tributar: Benefícios Fiscais na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARNES, Jeb. Adversarial legalism, the rise of judicial policymaking, and the separation-of-powers doctrine. In: MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb (Ed.). *Making Policy, Making Law: an Interbranch Perspective*. Washington DC: Georgetown University Press, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. A crise econômica e o direito constitucional. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 58, p.105-152, 1993.
- _____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. Neoconstitucionalismo e Transformações do Direito Constitucional Contemporâneo. In: TEMAS de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo IV.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BELLUZZO, Luis Gonzaga de Mello. *Ensaio sobre o Capitalismo no Século XX*. São Paulo: Ed. Unesp, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Política Econômica e Direito Econômico. *Revista da Fundação Brasileira de Direito Econômico*, Belo Horizonte, n. 3, 2010. Disponível em: <<http://www.fbde.org.br/>>. Acesso em: 19 set. 2012.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETO, Luís Fernando. A Constituição Dirigente Invertida: a Blindagem da Constituição Financeira e a Agonia da Constituição Econômica. *Boletim de Ciências Econômicas*, Coimbra, v. XLIX, p. 54-77, 2006.

BINEMBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BLACK, Julia. Procedimentalizando a Regulação: Parte I. In: MATTOS, Paulo T. L. (Coord.). *Regulação Econômica e Democracia: o Debate Europeu*. São Paulo: Singular, 2006.

_____. Managing the Financial Crisis: The Constitutional Dimension. *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 12/2010. Disponível em: <<http://eprints.lse.ac.uk/32895/>>. Acesso em: abr. 2012.

_____. The Rise, Fall and Fate of Principles Based Regulation. *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 17/2010. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1712862>, acesso em: 3 de março de 2012.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: A Quem Cabe a Última Palavra sobre o Sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. O caráter cíclico da intervenção estatal. *Revista de Economia Política*, [S.l.], v. 9, n. 3, p. 115-130, jul./set. 1989.

BUCHANAN, James M. The Domain of Constitutional Economics. *Constitutional Political Economy*, [S.l.] v. 1, n. 1, p. 1-18, 1990.

CABRAL, J. Bernardo. Os 20 Anos da Constituição Federal de 1988 – Avanços e Retrocessos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINEMBOJM, Gustavo (Org.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Direito Econômico, Direito Internacional e Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: Elementos para una Definición. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (Coord.). *20 Anos da Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o Longo Caminho*. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

CARVALHO, Olavo de. *O Jardim das Aflições*. 2. ed. São Paulo: É Realizações, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. O Indispensável Direito Econômico. *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CÓRDOVA, Abby; SELIGSON, Mitchell A. Economic Crisis and Democracy in Latin America. *PS: Political Science & Politics*, v. 42, issue 4, p. 673-678, 2009.

COSTA, Alexandre Araújo. *O Controle de Razoabilidade no Direito Comparado*. Brasília: Thesaurus, 2008.

COUTINHO, Diogo R. A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.

CYRINO, André Rodrigues. *Direito Constitucional Regulatório: Elementos para uma Interpretação Institucionalmente Adequada da Constituição Econômica Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

DAVIES, Howard; GREEN, David. *Global Financial Regulation: The Essential Guide*. Cambridge: Polity Press, 2011.

DAVIES, James C. Toward a Theory of Revolution. *American Sociological Review* 27 (1), 1962, p. 5-19. Disponível em: <<http://www.vanderbilt.edu/econ/faculty/Vrooman/j-curve-theory.pdf>>, acesso em: 12 de outubro de 2012.

DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

DYZENHAUS, David. Schmitt v. Dicey: Are States of Emergency Inside or Outside the Legal Order? *Cardozo Law Review*, v. 27, p. 2.005 – 2.040. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1244562>>,. Acesso em: 8 jan. 2014.

EHMKE, Horst. Economía y Constitución. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 5, p. 329-380, Enero-Junio de 2006.

- ERLING, Marlos Lopes Godinho. *Regulação financeira sistêmica no Brasil: desafios e propostas de aprimoramento Institucional*. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade do Estado do Rio de Janeiro, mimeo, 2013.
- FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 13. ed. São Paulo: Edusp, 2009.
- FARIA, José Eduardo. *Direito e Economia na Democratização Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. *O Estado e o Direito Depois da Crise*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FEBBRAJO, Alberto. The Failure of Regulatory Institutions – a Conceptual Framework. In: KJAER, P.; TEUBNER, G.; FEBBRAJO, A. (Coord.). *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation*. Oxford: Hart Publishing, 2011.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A disciplina constitucional das crises econômico-financeiras. *Revista de Informação Legislativa*, ano 27, n. 108, p. 33-48, 1990.
- FISHER, Len. *Rock, Paper, Scissors: Game Theory in Everyday Life*. New York: Basic Books, 2008.
- FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: Um breve manual de filosofia política*. Trad. de Alonso R. Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.
- GLINAVOS, Ioannis. *Redefining the Market-State Relationship: responses to the financial crisis and the future of regulation*. New York: Routledge, 2014.
- GOLDMANN, Matthias. *The Financial Crisis as a Crisis of Democracy: Towards Prudential Regulation through Public Reasoning*. 2011. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1886518>, acesso em: 13 de agosto de 2012.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Função Social do Contrato e Contrato Social: Análise da Crise Econômica*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- HABERMAS, Jürgen. *Legitimation Crisis*. Trad. de Thomas McCarthy. Cambridge: Polity Press, 1992.
- _____. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge: Polity Press, 2011.
- _____. *Sobre a Constituição da Europa*. Trad. de Denilson L. Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Ed. Unesp, 2012.

HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. *Science Magazine*, vol. 168, December 1968.

HARVEY, David. *Condição Pós-Moderna: Uma Pesquisa sobre as Origens da Mudança Cultural*. 17ª ed. Trad. de Adail U. Sobral e Maria S. Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2008.

_____. *O enigma do capital e as crises do capitalismo*. Trad. de João Alexandre Peschanski. São Paulo: Boitempo, 2011.

HOBBSAWM, Eric. *Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991*. 2ª ed. Trad. de Marcos Santarrita. São Paulo: Cia. das Letras, 1995.

HOOD, Christopher. *Explaining Economic Policy Reversals*. Buckingham: Open University Press, 1994.

HORTA, Raul Machado. Constituição e Ordem Econômica e Financeira. *Revista de Informação Legislativa*, n. 111, p. 5-20, julho-setembro de 1991, Brasília.

IGNACIO, Laura; BAETA, Zínia. Brechas na Lei Anticorrupção preocupam especialistas. *Valor Econômico*, São Paulo, 05/02/2014. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/3419600/brechas-na-lei-anticorruptao-preocupam-especialistas>>, acesso em: 12 de fevereiro de 2014.

KAGAN, Robert A. American courts and the policy dialogue: the role of adversarial legalism. In: MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb (Ed.). *Making Policy, Making Law: an Interbranch Perspective*. Washington DC: Georgetown University Press, 2004.

KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? *Jurisdição Constitucional*. Trad. de Alexandre Krug. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

KLEIN, Naomi. *The Shock Doctrine: The Rise of Disaster Capitalism*. London: Allen Lane, 2007.

KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 5ª ed. Trad. de Beatriz V. Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. *Sociologia do Direito II*. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MAJONICO, Giandomenico. Do Estado Positivo ao Estado Regulador: Causas e Consequências da Mudança no Modo de Governança. In: MATTOS, Paulo Todescan L. (Coord.). *Regulação Econômica e Democracia: o Debate Europeu*. São Paulo: Singular, 2006.

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia*. Trad. de Allan V. Hastings. São Paulo: Thompson Learning, 2007.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Tabelamento de Juros – Juros Reais e sua conformação jurídica. *Revista de Direito Público*, vol. 88, 1988, p. 182.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *A Captura Democrática da Constituição Econômica: Uma Proposta de Releitura das Atividades Públicas de Fomento, Disciplina e Intervenção Direta na Economia à Luz do Pragmatismo e da Razão Pública*. Tese de doutoramento em Direito Público na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, mimeo, 2010.

_____. *A Interpretação do Direito Econômico e o Ideal de Razão Pública: o Caso da Intervenção Direta Monopolística e Concorrencial*. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2442.pdf>, acesso em: 17 de outubro de 2012.

MINSKY, Hyman. *Stabilizing an Unstable Economy*. New York: McGraw-Hill, 2008.

NASCIMENTO, Floriano de Lima. Uma breve história da economia ocidental: do mercantilismo aos dias atuais. *Revista da Fundação Brasileira de Direito Econômico*, n. 3. Disponível em: <<http://www.fbde.org.br/>>, acesso em: 29 de setembro de 2012.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

_____. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. *Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

NÖRR, Knut Wolfgang. “Economic Constitution”: On the Roots of a Legal Concept. *Journal of Law and Religion*, vol. 11, n. 1, p. 343-354 (1994-1995).

OGUS, Anthony I. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2004.

PARTNOY, Frank. *Why markets crash and what Law can do about it*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=183473>, acesso em: 13 de janeiro de 2014.

PICCIOTTO, Sol. *Regulating Global Corporate Capitalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

PIKETTY, Thomas. *Capital in the Twenty-First Century*. Trad. para o inglês de Arthur Goldhammer. Cambridge; London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2014.

PONZI, Charles. *The Rise of Mr. Ponzi*. Domínio público, 1936. Disponível em: <<http://pnzi.com/>>, acesso em: 18 de março de 2014.

POSNER, Eric. A.; VERMEULE, Adrian. *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

POSNER, Richard A. *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

PRADO, Mariana Mota. Presidential dominance from a comparative perspective: the relationship between the executive branch and regulatory agencies in Brazil. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. (Ed.). *Comparative Administrative Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2010.

RAGAZZO, Carlos E. J. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1971.

REICH, Norbert. Intervenção do Estado na Economia (Reflexões sobre a Pós-Modernidade na Teoria Jurídica). *Revista de Direito Público* 94, p. 265-282, 1990, trad. de Fernando H. Aguillar.

RENNER, Moritz. Death by Complexity: The Financial Crisis and the Crisis of Law in World Society. In: KJAER, P.; TEUBNER, G.; FEBBRAJO, A. (Coord.). *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation*. Oxford: Hart Publishing, 2011.

ROBERTSON, James. *National and International Financial Architecture: Two Proposals*. Inquiry into the Banking Crisis: Evidence Submitted to the House of Commons Select Committee on the Treasury, 2009. Disponível em: <<http://www.jamesrobertson.com/article/nationalandinternationalfinancialarchitecture.pdf>>, acesso em: 11 de agosto de 2014.

SADDY, A. *Formas de Atuação e Intervenção do Estado Brasileiro na Economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Trad. de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado. In: *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. In: *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: *Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHAPIRO, Mario Gomes. *Novos Parâmetros para a Intervenção do Estado na Economia*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SELZNICK, Philip. Focusing Organizational Research on Regulation. In: NOLL, Roger (Ed.). *Regulatory Policy and the Social Sciences*. Berkeley: University of California Press, 1985.

SEN, Amartya. Rational Fools: A Critique of the Behavioral Foundations of Economic Theory. *Philosophy and Public Affairs*, vol. 6, n. 4 (Summer, 1977).

_____. *Sobre Ética e Economia*. Trad. de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Cia. das Letras, 1999.

_____. *El valor de la democracia*. Trad. para o espanhol de Javier L. Ponce. Barcelona: El Viejo Topo, 2006.

_____. *A ideia de justiça*. Trad. de Denise Bottmann e Ricardo D. Mendes. São Paulo: Cia. das Letras, 2011.

SMITH, Adam. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Project Gutenberg, 2009. Disponível em: <www.gutenberg.org>, acesso em: 22 de outubro de 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e Fundamentalismo na Interpretação do Princípio Constitucional da Livre Iniciativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

STICHWEH, Rudolf. Toward a General Theory of Function System Crises. In: KJAER, P.; TEUBNER, G.; FEBBRAJO, A. (Coord.). *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation*. Oxford: Hart Publishing, 2011.

STIGLER, George J. A Teoria da Regulação Econômica. In: MATTOS, Paulo (Coord.). *Regulação Econômica e Democracia: o Debate Norte-Americano*. São Paulo: Ed. 34, 2004.

STIGLITZ, Joseph E. On the Economic Role of the State. In: HEERTJE, Arnold (Ed.). *The Economic Role of the State*. Oxford: Basil Blackwell, 1989.

_____. *Economics of the Public Sector*. Third Edition. New York: W.W. Norton & Company, 2000.

_____. Government Failure vs. Market Failure. In: BALLEISEN, E. J.; MOSS, D. A. *Government and Markets: Toward a New Theory of Regulation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

STREECK, Wolfgang. The Crises of Democratic Capitalism. *New Left Review* 71, September/October 2011.

_____. O cidadão como consumidor: considerações sobre a invasão da política pelo mercado. *Piauí*, n. 79, p. 42-48, abril de 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.

SUNSTEIN, Cass. R. *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*. Cambridge: Harvard University Press, 1990

_____. *The Partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

_____. O Constitucionalismo após o New Deal. In: MATTOS, Paulo (Coord.). *Regulação Econômica e Democracia: O Debate Norte-Americano*. São Paulo: Ed. 34, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. *Revista de Direito do Estado*, Ano 2, n. 7, jul./set. 2007.

TEUBNER, Gunther. Substantive and Reflexive Elements in Modern Law. *Law & Society Review*, vol. 17, n. 2, p. 239-285, 1983.

_____. A Constitutional Moment? The Logics of “Hitting the Bottom”. In: KJAER, P.; TEUBNER, G.; FEBBRAJO, A. (Coord.). *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation*. Oxford: Hart Publishing, 2011.

_____. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Trad. para o inglês de Gareth Norbury. Oxford: Oxford University Press, 2012.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*. New York: Penguin Books, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VALDEZ, Óscar Aguillar. Técnicas del Control Judicial de las Decisiones de La Administración Económica. In: MARTÍNEZ, J.M. de la Cuétara; LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. Martínez; VILLAR, F.J. (Org.). *Derecho Administrativo y Regulación Económica*. Madrid: La Ley, 2011.

VALDEZ, Stephen; MOLINEUX, Philip. *An Introduction to Global Financial Markets*. 6th ed. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2010.

VENANCIO FILHO, Alberto. *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: O Direito Público Econômico no Brasil*. Ed. fac-similar. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

VERMEULE, Adrian. Our Schmittian Administrative Law. *Harvard Law Review*, vol. 122, 2009.

_____. *The System of the Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

VISKOVA TOFF, Alex. Foundations of Niklas Luhmann's Theory of Systems. *Philosophy of the Social Sciences*, vol. 29, p. 481-516, 1999.

VON HAGEN, Jürgen. Political Economy of Fiscal Institutions. In: WEINGAST, Barry R.; WITTMAN, Donald A. (Ed.). *The Oxford Handbook of Political Economy*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

WOODS, Ngaire. As instituições mundiais após a crise. *Valor Econômico*, 19/09/2013. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/opiniao/3265960/instituicoes-mundiais-apos-cri-se>>, acesso em: 29 set. 2013.