

O CAPITALISMO HUMANISTA NO BRASIL¹

Doutor Ricardo Hasson Sayeg

Professor de Direito Econômico da Graduação, da Especialização, do Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

EMENTA: A globalização econômica e o Brasil nela inserido. A construção do Estado Brasileiro da Fraternidade a partir da aplicação da Teoria da Análise Econômica do Direito - A satisfação do mínimo vital, como imperativo da dignidade da pessoa humana, para o povo do Brasil, em uma perspectiva de economia de mercado. - A concretização dos direitos humanos de primeira, segunda e terceira dimensão no capitalismo.

Minha vocação de pesquisador da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo impõe ao meu estudo reflexivo do Direito a ótica da compaixão de Cristo. Sou um neotomista. Melhor esclarecendo, pesquiso sob a égide da matriz filosófica do humanismo integral, pensamento Cristão, neotomista, concreto, para o Direito, como enunciam as palavras de Jaques Maritain² “si, em opinión de algunos, um humanismo auténtico no podría ser, por definición, sino antirreligioso, nosotros pensamos todo pelo contrário ... este novo humanismo, sin comum medida con el humanismo burguês y tanto más humano cuanto no adora al hombre, sino que respeta, real y efectivamente, la dignidad humana y reconoce derecho a las exigências integrales de la persona, lo concebimos orientado hacia una realización social-temporal de aquella atención

¹ *Estudos preliminares para elaboração de nossa tese de livre docência;*

² *Maritain, Jacques, Humanismo Integral, ed. Palabra, Madrid, 1999, 2ª.ed, p. 29, p. 32;*

evangélica a lo humano que debe no sólo existir em el ordem espiritual, sino encarnarse, tendiendo al ideal de uma comunidade fraterna.”

Nesta perspectiva do humanismo integral, uma problematização que se apresenta é que, como Norberto Bobbio enfatiza, “a relação entre liberalismo e democracia sempre foi uma relação difícil: *nec cum te nec sine te*. Hoje que o liberalismo paira mais uma vez ancorado, de resto coerentemente com a sua melhor tradição, na teoria do Estado mínimo, a relação tornou-se mais difícil do que nunca.”³

Em poucas linhas, segundo Bobbio, “para quem examina essa constante dialética de liberalismo e democracia de um ponto de vista de teoria política geral, fica claro que o contraste contínuo e jamais definitivamente resolvido (ao contrário, sempre destinado a se colocar em níveis mais altos) entre a exigência dos liberais de um Estado que governe o menos possível e a dos democratas de um Estado no qual o governo esteja o mais possível nas mãos dos cidadãos, reflete o contraste entre os dois modos de entender a liberdade, costumeiramente chamados de liberdade negativa e positiva, e em relação aos quais se dão, conforme as condições históricas, mas sobretudo conforme o posto que cada um ocupa na sociedade, juízos de valor opostos: os que estão no alto preferem habitualmente a primeira, os que estão embaixo preferem habitualmente a segunda.”⁴

Porém, Bobbio, em seguida, adverte que não é possível um liberalismo sem limites, muito menos uma democracia com a ditadura da maioria e, daí, conclui que “liberalismo e democracia se transformaram necessariamente de irmãos inimigos em aliados.”⁵

Para nós brasileiros neo-tomistas, nessa trilha de pensamento, não se escapa da indagação: como se construir no Brasil, sob nossa plataforma cultural nacional, político-sociologicamente, um Estado Capitalista estruturado sob a economia

³ Bobbio, Norberto, *Liberalismo e Democracia*, tradução – Marco Aurélio Nogueira, ed. Brasiliense, SP, 2006, p. 92;

⁴ *idem autor e obra*, p. 97;

⁵ *idem autor, obra e p*;

de mercado, conforme a Constituição Federal, nessa perspectiva do humanismo integral, de valorização da dignidade da pessoa humana, sob a ótica da compaixão de Cristo, gerador de um capitalismo fraterno?

Senão vejamos.

A atividade econômica é o exercício, ativo ou passivo, de disposição, total ou parcial, do patrimônio, entendida não só como a transferência da propriedade mas também como outras esferas de poderes inerentes ao domínio, a de usar e a de gozar.

Vê-se, então, que a atividade econômica está, no plano dos fatos, estruturada por dois elementos. Um, o exercício da disposição; outro, o patrimônio. O primeiro refere-se à conduta e o segundo, às coisas.

O primeiro elemento, consistindo na conduta, corresponde a uma ação específica de dispor das coisas, ou seja, fazê-las circular, o que é ordinariamente conhecido, na economia, como a troca de mãos.

Nessa troca de mãos, há quem entrega e quem recebe; via de consequência, nela se estabelecem dois sujeitos, juridicamente considerados, na respectiva relação: o sujeito ativo, que é quem entrega; e o passivo, que é quem recebe. *E. g.*, o fornecedor é o sujeito ativo; e o consumidor, o sujeito passivo da atividade econômica de fornecimento de produtos ou serviços. Detalhe: numa relação patrimonial, há geralmente bilateralidade ou até mesmo multilateralidade de obrigações entre os centros de interesses que a compõem.

Ela – a conduta econômica - independe de caráter definitivo, bastando que haja a dita circulação das coisas, isto é, a troca de mãos. Também independe de onerosidade, muito menos, de empresarialidade, posto que todo ato oneroso ou empresarial de disposição da coisa é um ato econômico, porém, não o inverso. *E. g.*, assim como a venda de produtos por uma empresa ao consumidor, também é ato econômico a oferta financeira dos fiéis no culto da missa etc.

Essa conduta econômica classifica-se em: conduta econômica por natureza; e conduta econômica por conexão ou dependência. A primeira corresponde ao ato de circulação, ou seja, de troca de mãos propriamente dita; enquanto a segunda, aos atos que são promovidos por conta da prática da primeira conduta, mas que com ela não se confundem, como, *e.g.*, em face do consumidor, a industrialização, a publicidade etc⁶.

Sendo uma conduta, por óbvio, que a ação de fazer circular patrimônio, frise-se, a mencionada troca de mãos tem como pressuposto a possibilidade por parte do seu respectivo titular de promovê-la, no que se compreende o direito à iniciativa de troca, que em nossa ordem jurídica nacional é livre, consagrado como a livre iniciativa, fundamento da ordem econômica, conforme o art. 170, *caput*, da Constituição Federal, que é pormenorizada, ainda, como direito de liberdade econômica, no respectivo parágrafo único.

O outro e segundo elemento estruturante da atividade econômica, o patrimônio, é considerado como o complexo das relações patrimoniais sobre as coisas, positivas e negativas, de seu titular. Daí que, não somente os direitos patrimoniais positivos, conhecidos, na linguagem econômica como ativos, mas, também, as obrigações patrimoniais negativas, conhecidas como passivos, compõem o patrimônio. Somente para ilustrar e facilitar o entendimento, lembre-se que em um balanço patrimonial de uma empresa se externa tanto o ativo quanto o passivo sendo sempre considerada no seu todo a expressão do respectivo patrimônio, ainda que o patrimônio líquido seja negativo.

O patrimônio e seus itens – ativos e passivos - são sempre expressos em valores de moeda, pois representam a respectiva relação econômica de troca com o mundo, ou seja, a suscetibilidade econômica.

Tendo o patrimônio a natureza jurídica de coisa; e, sobre ela, sempre havendo o respectivo titular, de seu turno, seu pressuposto é a propriedade; sendo certo

⁶ aproveitamos a idéia central da definição e enumeração de J.X. Carvalho de Mendonça, aos atos de comércio, para logarmos a enumeração e definição de atos de fornecimento; *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, RJ, 1953, v. I, p. 454 e p. 460;

que em nossa ordem jurídica nacional consagra-se a figura da propriedade privada como princípio da ordem econômica, conforme o art. 170, II, da Constituição Federal.

Em decorrência disso, a atividade econômica está estruturada no permissivo jurídico, em corolário, entre o direito de iniciativa e a propriedade.

Por sua vez, a economia é a universalidade da atividade econômica, na sua integralidade, nos seus âmbitos – material, espacial e temporal; logo, igualmente estruturada no referido permissivo jurídico do corolário entre o direito de iniciativa, direito de dispor livremente, e a propriedade.

Assim sendo, a economia, sendo fruto do conjunto das condutas de disposição do patrimônio, a princípio, conduta das gentes sobre os respectivos interesses patrimoniais, indubitavelmente, que, por origem, há de ser privada, pois está assim na esfera de direitos individuais das pessoas, não sendo por acaso que a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa; e, a Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas, de 1948, reconhecem a liberdade e o direito de propriedade como direitos humanos individuais das pessoas em face do Estado, constando entre as chamadas liberdades negativas.

John Locke, na segunda metade do século XVII, em sua Carta Sobre a Tolerância, já pregava serem a liberdade, a propriedade e o enfrentamento contra governos tirânicos que não as assegurassem direitos naturais de todos os homens⁷, o que em nossos dias respaldou a doutrina dos direitos humanos civis e políticos, amplamente aceita como a própria plataforma das liberdades negativas, integrantes da primeira dimensão de tais direitos.

Deste ângulo, a liberdade de iniciativa e a propriedade privada estão estritamente compreendidas na natureza humana; e a supressão jurídica delas é uma indiscutível mutilação da existência humana, que autoriza até mesmo o enfrentamento da respectiva ordem de autoridade.

⁷ Locke, John, *Carta sobre la Tolerancia*, 5ª ed. Tecnos: Madrid, 2005, ps. 53, 58, 60;

Contudo, é somente o direito que lhes dá a respectiva dimensão; logo, se sustenta a liberdade e a propriedade nesta natureza privada, por conta de seu reconhecimento jurídico como tal, admitindo-se, como princípios fundamentais, a liberdade de iniciativa e a propriedade privada, a exemplo da Constituição Federal do Brasil.

Portanto, o direito acaba interferindo na economia para impor seu caráter deontológico ao direito de iniciativa e à propriedade, transformando o ser econômico, naturalmente inerente à pessoa humana, no dever-ser econômico, dando-lhe contornos próprios, a ponto de, no limite, não tolerar a propriedade privada (comunismo) até reconhecê-la como direito natural (liberalismo).

Disto se instalam o capitalismo ou o socialismo, como regimes econômicos fundados, respectivamente, no reconhecimento ou não pela ordem jurídica da liberdade de iniciativa e da propriedade privada, frise-se, em seus diversos níveis, para até torná-los absolutos, de um lado (Estado mínimo); ou, suprimi-los, de outro (Estado comunista).

Entretanto, não se deve esquecer que não é mera coincidência o capitalismo haver prevalecido, dada a eficiência dos agentes econômicos privados, na busca de seus próprios interesses, inerentes, como dito, à natureza humana, em contrapartida à ineficiência enquanto agente econômico do Estado, diante da sua natureza de busca dos interesses coletivos.

Em decorrência, foi o capitalismo o regime econômico a prevalecer na pós-modernidade planetária, que se baseia na liberdade de iniciativa, na propriedade privada e no direito à herança.

O Brasil é capitalista⁸, como a maioria do mundo globalizado; sendo isto tão nítido na nossa Constituição Federal, que enuncia a liberdade de iniciativa como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, no artigo 1º, inciso IV, e fundamento da ordem econômica, no caput do art. 170, e, aliás, se explicita a liberdade

⁸ Sayeg, Ricardo Hasson, *Práticas Comerciais Abusivas*, ed. Edipro, Bauru, 1995, p. 41.

de atividade econômica, no respectivo parágrafo único; bem como se reconhece à propriedade privada seu princípio, no inciso II do citado artigo 170; e, ainda, a liberdade e a propriedade, também, estão consagradas como direitos fundamentais individuais, no *caput* do art. 5º, como também se consagra neste relevantíssimo artigo constitucional, no inciso XIII, a liberdade de trabalho, ofício ou profissão; no inciso XXII, a garantia do direito de propriedade; nos incisos XXVII, XXVIII e XXIX, a propriedade intelectual; no inciso XXX, o direito à herança, eternizando a propriedade; e, no inciso XXXVI, a inviolabilidade do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada.

O regime capitalista comporta existir tanto sem intervenção do Estado no exercício destes direitos de livre iniciativa e propriedade privada, o qual estrutura o liberalismo econômico; quanto, com intervenção do Estado, inclusive, como agente econômico direto, em nome próprio e por conta própria, o qual estrutura o dirigismo econômico, igualmente capitalista.

O produto do liberalismo econômico é a economia capitalista de mercado em que se assenta o Estado liberal, o Estado mínimo, com a menor intervenção possível na economia; enquanto o dirigismo econômico capitalista é a economia capitalista de comando central em que se identifica o Estado do bem estar social, o Estado Interventor. Cada qual delas, com o reconhecimento da liberdade de iniciativa e da propriedade privada; no entanto, a segunda com intervenção do Estado, coordenando ostensivamente a atividade econômica e até mesmo exercitando-a diretamente.

A economia de mercado, a do Estado liberal, conforme Rossetti⁹, fundamenta-se em quatro bases, de ordem natural, quais sejam: “a racionalidade do homem econômico [... como] presunção de que os agentes econômicos, individualmente considerados, sempre se conduzem de forma racional [... com objetivo de] maximização de seus próprios rendimentos e, na aplicação dos rendimentos, a maximização dos graus possíveis de satisfação”; “as virtudes do individualismo [... sustentada na] concepção de que a soma dos interesses individuais, resultante da racionalidade de cada agente econômico, é a expressão própria dos interesses coletivos. Cada qual, ao buscar seu próprio interesse, está convergindo para a realização do

⁹ Rossetti, José Cabral, *Introdução à Economia*, ed. Atlas, SP, 2006, 20ª ed., p. 312 e seg;

interesse social”; “o automatismo da força de mercado [... pois] os mercados são assim dotados internamente de forças que os mantêm em bom funcionamento”, ou seja, possuem mecanismo impessoal promotor da harmonização entre os interesses dos diferentes agentes econômicos; e “os ajustamentos pela concorrência”, como instrumento de competição entre os agentes econômicos que impõe a transferência das eficiências produtivas aos respectivos sujeitos passivos da atividade econômica.

Dela, economia de mercado, percebe-se que suas bases estão fundadas em verificações de ordem natural, a famosa mão invisível de Adam Smith^{10 11}, que assim propõe o *laissez-faire* – que, numa tradução livre, significa deixe-nos em paz - definindo uma ordem econômica, ainda conforme Rossetti¹², com os seguintes traços dominantes: Estado mínimo; propriedade privada; livre iniciativa; e o mercado como centro de coordenação da economia.

Noutro pólo do capitalismo, a economia de comando central que, também conforme Rossetti¹³, com os reparos de estarmos tratando apenas da inserida em um regime econômico capitalista, a do Estado do bem-estar social, fundamenta-se nas seguintes bases: posse ou controle ostensivo, pelo governo, dos meios de produção da economia, afetando o direito de propriedade privada dos recursos produtivos, mas sem negar-lhe; “a justaposição dos poderes políticos e econômico [pela qual] o governo, a um só tempo, centraliza o poder” político e o poder econômico, via de conseqüência, dispondo politicamente dos recursos econômicos; “a soberania do planejador” como imperativo de determinismo das diretrizes econômicas a serem observadas no mercado, nela compreendida “a supremacia de medidas compulsórias de gestão, comparativamente a sistemas de incentivos fundamentados na busca do interesse próprio”.

¹⁰ Smith, Adam, *Investigación sobre la Natureza y Causas de la Riqueza de las Naciones*, ed. Fondo Mexicano de Cultura, México, 1990, p.402;

¹¹ Sandroni, Paulo, *Dicionário de Economia do Século XXI*, ed. Record, RJ, 2005, p. 511: “Mão invisível. Conceito desenvolvido por Adam Smith em seu livro *a Riqueza das Nações*, significando uma coordenação invisível que assegura a consistência dos planos individuais numa sociedade onde predomina um sistema de mercado. De acordo com Smith, um indivíduo que busca apenas o seu próprio interesse é na verdade conduzido por uma mão invisível a obter um resultado que não estava originalmente em seus planos. Esse resultado obtido corresponderia ao interesse da sociedade”;

¹² Rossetti, José Cabral, *Introdução à Economia*, ed. Atlas, SP, 2006, 20ª ed., p. 313;

¹³ *idem* autor e obra, p. 327;

E, assim, define-se essa outra ordem econômica capitalista, a de comando central, em contraposição à economia de mercado, com os seguintes traços dominantes: Estado interventor; relativização da liberdade de iniciativa e da propriedade privada; e o Estado como centro de coordenação da economia em nome do bem-estar social.

Sucedem que, seja qual for o regime econômico capitalista, verifica-se que o fato econômico, produto do ato econômico, necessariamente provoca repercussões, positivas ou negativas, em relação a terceiros, de caráter privado e de caráter social, tendo em vista que sempre acabam de alguma forma pigmentando o respectivo colorido da economia seja no Estado liberal, no do bem-estar social ou em algum meio-termo entre eles. Repercussões em caráter privado, quando atingem a esfera de direitos de outra pessoa determinada, restritamente a ela, nos seus direitos individuais; e, em caráter social, a coletividade em sua esfera de direitos coletivos e difusos; ficando o Estado por vezes entre uma, por vezes entre outra esfera. A essas repercussões, denominamos externalidades, positivas ou negativas, as primeiras úteis e as segundas indesejáveis.

E.g. de externalidades de repercussão negativa de caráter privado: quando uma empresa vende um produto para o consumidor, este ato econômico repercute na empresa concorrente que não promoveu a respectiva atividade em face daquele consumidor; de repercussão negativa de caráter social: quando uma empresa, no seu processo de industrialização, lança resíduos químicos no solo, poluindo o meio ambiente, e este ato econômico repercute em toda a comunidade.

Não obstante as externalidades negativas geradas pelo fato econômico, estas são, em princípio, compensadas pelas externalidades positivas que eventualmente venham a se verificar, principalmente no que tange às externalidades, negativas e positivas, de caráter social. *E.g.*, enquanto um agente econômico, na industrialização de um produto produz a externalidade negativa de estar poluindo o meio ambiente, simultaneamente produz a externalidade positiva de geração de postos de emprego.

Não compensadas as externalidades sociais, positivas ou negativas, segundo Brue¹⁴, teóricos conhecidos como economistas do bem-estar, dentre eles, o mais proeminente, Arthur Cecil Pigou, professor da cadeira de Economia Política da Universidade de Cambridge, entre 1908 a 1943, entendiam que a tarefa do governo quanto ao bem-estar social seria igualar os respectivos custos e benefícios marginais sociais; defendiam, assim, uma economia capitalista de relativo controle central, em decorrência, o dirigismo econômico governamental para solução das externalidades, via de conseqüência, fundamentando o Estado do bem-estar social.

O governo deve, segundo o pensamento desses economistas do bem-estar, atuar em face das externalidades para compensá-las ou resolvê-las, mediante a tributação, subsídios ou controle legal, em desfavor do agente econômico, se gerador de externalidades sociais negativas; e, em favor dele, se gerador de positivas.

Como não poderia deixar de ser, houve a reação dos defensores da economia de mercado, por conseguinte, do Estado liberal, promotor do liberalismo econômico, eis que, conforme narra Brue¹⁵, em 1959, o professor da Universidade da Virgínia, Ronald Coase, Prêmio Nobel em 1991, publicou artigo confrontando as análises de Pigou sobre as externalidades, entendendo que o papel do governo restringe-se a definir os direitos de propriedade e reduzir os custos de transação.

Transcrevendo-o, Brue¹⁶ informa que Coase afirmou que as externalidades são recíprocas, assim, dizendo “a abordagem [de Pigou] tendia a questionar a natureza da escolha que precisa ser feita. A questão normalmente considerada é aquela em que A impõe prejuízo a B, que precisa decidir como conter A. Mas isso está errado. Estamos lidando com um problema de natureza recíproca. Evitar prejuízos a B importaria prejuízos a A. A pergunta real que precisa ser resolvida é: A poderia prejudicar B ou B poderia prejudicar A? O problema é evitar os prejuízos mais sérios.”

¹⁴ Brue, Stanley, *Historia do Pensamento Econômico*, ed. Thomson, SP, 2005, 6ª ed., p. 393 e segs;

¹⁵ *idem autor e obra*, p. 402;

¹⁶ *idem autor, obra e p.*;

Concluindo, narra Brue¹⁷, que Coase defende, que “quando um dos lados tem direitos de propriedade que são adversamente afetados pela ação do outro, ambas as partes terão uma motivação para negociar um resultado aceitável”.

Lembram Pinheiro e Saddi que a contribuição de Coase - conhecida como Teorema de Coase - “introduziu um modo de pensar em que existe um princípio de eficiência por trás de cada regra dada.”¹⁸ A propósito, em recente precedente com Acórdão ainda não publicado, mas já noticiado pela imprensa especializada¹⁹, o nosso Supremo Tribunal Federal, na ADI 855, quanto à Lei estadual paranaense 10.248/93, que obriga a presença do consumidor no momento da pesagem de botijões de gás a sua porta, além de outro fundamento formal, também aplicou a regra de eficiência e razoabilidade para considerá-la inviável e danosa, e a julgou inconstitucional, via de consequência, sugere o pensamento do Teorema de Coase.

A partir daí, prescindível, conforme tais pensamentos teóricos, a presença estatal na solução das externalidades recíprocas, apenas para definir os direitos de propriedade e reduzir os custos de transação, deixando dita solução à mercê dos interessados por conta do livre mercado, diante da racionalidade do homem econômico, que maximizará a respectiva eficiência em prol de seu interesse individual, posto que se compreende nas virtudes do individualismo o decorrente benefício social, pelo fato de cada um, singularmente motivado por seus próprios interesses individuais, fazer a sua parte do todo coletivo.

Esta teoria econômica acabou propiciando o desenvolvimento da corrente de pensamento conhecida como Análise Econômica do Direito, em especial na Escola de Chicago, defendendo que cabe ao Estado exclusivamente definir o direito de propriedade e reduzir os custos de transação, promovendo apenas o ambiente e os instrumentos da negociação entre os interessados em face das externalidades, ficando dali em diante por conta deles, cuja solução, que harmonizará os respectivos interesses

¹⁷ *idem autor, obra e p;*

¹⁸ Pinheiro, Armando Castelar e Saddi, Jairo, *Direito, Economia e Mercados*, ed. Elsevier, RJ, 2005, p. 143;

¹⁹ www.conjur.com.br, reportagem de 07.03.2008;

privados, certamente provocará benefícios sociais, sem impor custos adicionais à população ou ao Estado.

Passou-se a perceber e apregoar que o Estado do bem-estar social não era mais necessário naqueles países em que, apesar de no passado ter havido o restabelecimento de estrutura e conjuntura de higidez econômica capaz de sustentar pela própria ordem natural da dinâmica da economia as demandas sociais, mediante a geração de riqueza, emprego e receita tributária, como, *e. g.*, nos membros da União Européia, no Japão e nos próprios Estados Unidos da América.

Na Europa e Japão, o Estado do bem-estar social instalado por ocasião da situação de terra arrasada em decorrência da 2ª Grande Guerra, somente se foi recolhendo e migrando para o Estado liberal à medida que a economia vinha proporcionalmente restabelecendo a sustentação perdida, retomando a sua consistência, para fazer frente, pela sua ordem natural, às demandas sociais, ao ponto em que iam resgatando o liberalismo econômico e, em 1975, formando o G-7, Grupo dos Sete, que, composto por [Alemanha](#), [Reino Unido](#), [França](#), [Itália](#) e Japão com os [Estados Unidos](#) da América e [Canadá](#), atualmente chamado de G-8, Grupo dos Oito, por conta da inclusão da [Rússia](#), iniciou e liderou o atual fenômeno da globalização econômica. Ou seja, a Europa e o Japão somente deixaram a economia e as naturais soluções sociais nas mãos de sua ordem natural, a famosa mão invisível de Adam Smith, após o restabelecimento da maturidade destas mesmas economias e com reservas. Veja-se a prova disso no protecionismo agrícola europeu, que vem sistematicamente travando as negociações multilaterais do comércio global na Organização Mundial do Comércio.

De outro lado, passou-se a perceber e propalar que o Estado do bem-estar social também era insustentável nos países periféricos justamente por falta de riqueza e receita tributária suficiente para fazer frente a seus compromissos externos e internos simultaneamente às demandas sociais, como no México, na Argentina, no Brasil etc. - daí, não por acaso, manifestou-se o poder de pressão dos organismos internacionais de financiamento, notadamente do Fundo Monetário Internacional – FMI - sobre estes países para impor o pensamento neoliberal.

Conforme Osvaldo Barreneche, dando ênfase à América Latina, “el Estado de Bienestar, la matriz de desarrollo estado-céntrica, se agotó en la década de 1980. No fue el ocaso de las experiencias autoritarias y de gobierno de excepción en Latinoamérica lo que apuró su fin: fue la crisis de la deuda externa en 1982. Ese mismo año, después de endeudarse significadamente, México comunicó al mundo que no podía seguir haciendo frente a sus compromisos externos. Otros países latinoamericanos pronto siguieron sus pasos. Mientras tanto, una combinación de nuevas ideais económicas preponderantes y el alumbramiento de otro orden internacional posguerra fría se unieron para proclamar al mundo que la nivelación de las cuentas fiscales de los países latinoamericanos, el pago de sus compromisos externos, y una nueva plataforma para su crecimiento económico, jamás se realizarían si los estados de la región continuaban con su política intervencionista, expansiva e asfixiante de la iniciativa privada. Se crearon así las condiciones, ideológicas primero y políticas después, para el lento pero firme predominio del paradigma neo-liberal que reinó durante la década de 1990.”²⁰

Enfim, o pensamento do Estado do bem-estar social perdeu para a idéia neoliberal nas décadas finais do século XX, por dois fatores distintos - nos Estados centrais do capitalismo, porque a pujança econômica permitiu o encolhimento do Estado, provocando naturalmente os benefícios sociais reclamados em prol da população, na linha do que classicamente pregava Adam Smith; e, nos Estados periféricos, conjugado com essa onda neoliberal imposta pelos países centrais, porque as obrigações assumidas pelo Estado quanto aos seus compromissos de pagamento da dívida pública externa e interna e, simultaneamente, às demandas sociais, eram superiores a sua própria capacidade de satisfazê-las.

“O estado de bem-estar está morto” e “precisamos pegar o cadáver e enterrá-lo antes que o fedor se torne insuportável”, estas são as palavras de “um importante porta-voz da direita americana que afirma ser, e cada vez mais parece isso, a maioria americana”, como dá notícia Zygmunt Bauman²¹.

²⁰ Barreneche, Osvaldo, in *El principio olvidado: la fraternidad*, ed. Ciudad Nueva, Buenos Aires, 2006, p. 19;

²¹ Bauman, Zygmunt, *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*, ed. Zahar, RJ, 1998, p. 60;

Assim que, promovendo a profusão do liberalismo econômico sob a plataforma do Estado liberal, segundo narra Brue²², “os defensores das idéias de Chicago ajudaram a convencer a população geral e os oficiais eleitos de que o sistema de mercado concorrente, se deixado relativamente livre da intervenção do governo, produz liberdade econômica máxima, que, por sua vez, gera bem-estar individual e coletivo máximo”; pois, conforme Mandeville, os desejos e interesses privados, à medida que são satisfeitos ou buscam ser, acabam provocando benefícios coletivos. Para Mandeville “são do interesse público a cobiça, a ambição individual e a procura do benefício próprio; esses três aparentes vícios de comportamento constituem condições essenciais para sustentação das atividades econômicas”²³; e, ainda, segundo Adam Smith, “no es la benevolencia del carnicero, del cervejeiro o del panadero la que nos procura el alimento, sino la consideración de su propio interes. No invocamos sus sentimientos humanitários sino su egoísmo; ni les hablamos de nuestras necesidades, sino de sus ventajas”²⁴.

Richard Posner, reconhecido membro da Escola de Chicago, em 1972, lançou sua obra *Análise Econômica do Direito*²⁵, dizendo ter a convicção de que a economia é uma ferramenta poderosa para analisar um vasto conjunto de questões legais e propondo-se a basear a análise da teoria econômica em questões jurídicas concretas, numerosas e variadas. Contudo o faz, evidentemente, sob a ótica da Escola de Chicago do liberalismo econômico, em especial, logo de início, afirmando que o interesse próprio não deve confundir-se com o egoísmo, e a felicidade ou a miséria de outras pessoas pode formar parte de nossas satisfações.

Basicamente, nesta teoria da *Análise Econômica do Direito de Chicago*, prega-se que o direito deve estar convergente com a racionalidade econômica, definindo a propriedade e reduzindo os custos de transação, numa perspectiva do interesse próprio do indivíduo, base da atividade econômica, que na busca incessante da satisfação de

²² *idem autor e obra, p. 485;*

²³ *apud, Rossetti, José Cabral, Introdução à Economia, ed. Atlas, SP, 2006, 20ª ed., p. 311;*

²⁴ *Smith, Adam, Investigación sobre la Natureza y Causas de la Riqueza de las Naciones, ed. Fondo Mexicano de Cultura, México, 1990, p.17;*

²⁵ *Posner, Richard A., El Análisis Económico del Derecho, ed. Fondo Mexicano de Cultura, México, 2000, p. 11 e segs.;*

seus desejos e interesses irá fazer sua parte no cenário social e harmonizar-se com os interesses alheios, gerando os respectivos benefícios coletivos.

Por essa teoria, o direito dentro da racionalidade econômica, intervindo além da definição clara dos direitos de propriedade e redução dos custos de transação, gera, na solução das externalidades, um custo privado e social que, segundo ela, certamente, será significativamente injusto, seja na perspectiva do benefício, em razão da natural ineficiência econômica da intervenção, seja pela incapacidade de pagamento, pelo que sustenta o liberalismo econômico com suas características marcantes de Estado mínimo, propriedade privada, livre-iniciativa e o mercado como centro da coordenação da economia e sua ordem natural como solucionadora das externalidades.

Entretanto, apesar de os teóricos da Escola de Chicago serem brilhantes na sustentação dessa forma de Análise Econômica do Direito, num colorido de liberalismo econômico, ela certamente serve à cultura, conjuntura e estrutura econômica dos Estados Unidos da América, como exemplo marcante, dentre os demais países centrais do capitalismo global, que: 1 - possui a maior riqueza mundial, expressa pelo Produto Interno Bruto, com recursos próprios para fomentar a economia; 2 - a riqueza privada está sob a gestão de uma iniciativa privada profissionalizada e experiente; 3 - sua população está incluída socialmente, detentora individualmente do mínimo vital, sob o monitoramento firme do Estado, onde, por exemplo, pela falta de albergues municipais e lotação nos hotéis de preços intermediários, certa vez a prefeitura de Nova Iorque hospedou os indigentes em hotéis de luxo, ou seja, onde são toleráveis os índices de distribuição da renda e o Estado tem recursos para reparar as distorções que surgirem; 4 - possui mercado interno competitivo, em que há diversidade de agentes econômicos nos vários segmentos da economia, com consistência simétrica suficiente para manterem-se independentes de seus concorrentes e a salvo de serem encampados, bem como com um rígido monitoramento antitruste e, na insuficiência deste, solidez institucional de regulação, assegurando a transferência das eficiências produtivas para o povo norte-americano e ao país em geral, bem como a preservação da base de empregabilidade das pessoas economicamente ativas etc.

Enfim, é fácil ser defensor do Estado liberal promotor do liberalismo econômico nos Estados Unidos da América, pois, não obstante a racionalidade

econômica de busca do interesse individual gerador da riqueza, ela, naquele país, provoca um bem-estar global, atendendo implicitamente à preocupação de evolução econômica, política, social e cultural e à concretização dos direitos humanos de segunda e terceira dimensão.

Porém, a economia de mercado em que se baseia o Estado liberal também tem um lado perverso, marcado pelo individualismo, que não leva em consideração, diretamente, as necessidades do próximo ao arrepio da consciência de se observar a compaixão de Cristo, fomentando uma comunidade de fraternidade; por essa razão, ela – economia de mercado - é como o mito de Iemanjá, a rainha do mar, pois, tal como a Professora Doutora Teresinha Bernardo²⁶ coloca a respeito da Deusa, ela é sedutora, linda, nutriente e generosa; mas, de outro lado, vingativa e fatal; concluindo, “é o mar, é a mãe-d’água, a dona do mar, temida e desejada; mãe e ao mesmo tempo esposa; furiosa e calma”²⁷ e, como adiante complementa, “ela ama os homens do mar e os protege. Mas quando os deseja, ela os mata e torna-os seus esposos no fundo do mar.”²⁸

Justamente por conta disso, na aplicação da teoria da Análise Econômica do Direito, no caso brasileiro, não podemos nos socorrer dos pensamentos de liberalismo econômico de Chicago, pois a adesão incondicional provoca os efeitos indesejáveis de severos danos à concretização dos direitos humanos de segunda e terceira dimensão, nomeadamente, os direitos sociais e do desenvolvimento nacional, uma vez que, como é nosso caso, a economia afetada não possui a cultura, estrutura e conjuntura necessária para suportar dito liberalismo promovido por um Estado brasileiro liberal, como adverte o também Prêmio Nobel Stiglitz²⁹, chefe do Conselho de Economia do Governo Bill Clinton e, após, vice-presidente sênior do Banco Mundial.

²⁶ Bernardo, Teresinha, *Mulheres das águas, in Ciências Sociais na Atualidade, ed. Cortez, SP, 2004, p. 287 e segs.*;

²⁷ *idem autor e obra, p. 288;*

²⁸ *idem autor, obra e p.*;

²⁹ Stiglitz, Joseph E., *A Globalização e seus malefícios, ed. Futura, SP, 2002, 3ª ed.*;

Diante do recorrente exemplo da vitória do capitalismo, em face da ineficiência econômica da antiga URSS, cabe pinçar o caso da Rússia na sua transformação para a economia de mercado capitalista, narrado por Stiglitz³⁰, informando que o Fundo Monetário Internacional, numa clara imposição de liberalismo econômico, ordenou que se promovessem as reformas necessárias ao estabelecimento de uma economia de mercado; em especial, a privatização das empresas estatais e da atividade econômica, o mais rápido possível; porém, isso importou em severo fracasso, com a queda da renda nacional e aumento das desigualdades, evidentemente provocando exclusão social e forçando aquele país a se reorganizar para atender suas peculiaridades.

Oswaldo Barreneche, dando ênfase à América Latina, por conta disso, arremata seu posicionamento anterior referido, para afirmar que, apesar da profusão na região do paradigma neoliberal, “sus resultados no fueron los mejores. La exclusión social, dentro del predomnio de democracias formales en la región, se acentuó notablemente.”

Sem a respectiva coletividade possuir um ambiente propício à economia de mercado, as pessoas ficam à mercê de seriíssimos riscos de exclusão social no bojo de um Estado liberal, ou seja, uns ficam naturalmente dentro da sociedade civil, outros fora, por se encontrarem a par “dos circuitos vivos das trocas sociais”³¹, enfim, em isolamento social; que na história da humanidade chegou a justificar a barbárie relatada por Geremek, citado por Castel³², de que um mendigo parisiense no século XV foi tido como “digno de morrer como inútil ao mundo” e, assim, condenado a “ser enforcado como um criminoso”.

O terrível é que isso não é história do passado. O atualíssimo sociólogo pós-moderno Zygmunt Bauman, referindo-se ao Estado liberal, sob o paradigma norte-americano, nitidamente assombrado, conta que, “cada vez mais, ser pobre é encarado

³⁰ *idem autor e obra, p. 209 e segs.*;

³¹ Castel, Robert, *As Armadilhas da Exclusão, in Desigualdade e a Questão Social, ed. Educ, SP, 2007, 2ª ed., p. 22;*

³² *idem autor e obra, p. 44;*

como um crime; empobrecer, como o produto de pré-disposições ou intenções criminosas – abuso de álcool, jogos de azar, drogas, vadiagem e vagabundagem. Os pobres, longe de fazer jus a cuidado e assistência, merecem ódio e condenação – como a própria encarnação do pecado.”³³ E, ainda, arremata que, “como expressou o New York Herald Tribune, em 25 de dezembro de 1994, os americanos – conservadores, moderados e republicanos – consideram direito seu culpar os pobres pelo seu destino e, simultaneamente, condenar milhões de seus filhos à pobreza, fome e desespero.”³⁴

Em decorrência, cumpre trazer o fundamento científico da Escola Americana de Antropologia, que, como se vê em Geertz, um de seus principais expoentes, sustenta a existência de um multiculturalismo global e, assim, que cada povo tem suas particularidades culturais, portanto, devendo ser analisadas conforme elas³⁵, pois, como o ilustrado antropólogo sustenta “a noção de que a essência do que significa ser humano é revelada mais claramente nesses aspectos da cultura humana que são universais do que naqueles que são típicos deste ou daquele povo, é um preconceito do qual não somos obrigados a compartilhar.”³⁶

Apesar de o Brasil estar entre os dez maiores Produtos Internos Brutos do mundo, não temos condições de suportar o liberalismo econômico, pelo fato da pobreza da nossa população; da concentração de renda; do ingente endividamento nacional; dos enormes déficits na concretização dos direitos humanos de segunda e terceira dimensão, em destaque, dos direitos sociais do emprego, da saúde, da moradia, da educação, da previdência e assistência social; da economia oligopolizada e de pequena base industrial. Mencionem-se, ainda, os fatos de sermos importadores de tecnologia e de nossas instituições serem marcadas pela inconsistência, falta de recursos materiais e despreparo de seus quadros, com sobrecarga de tarefas, denúncias de abusos de autoridades de um lado, e corrupção, prevaricação e favorecimento de outro.

³³ Bauman, Zygmunt, *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*, ed. Zahar, RJ, 1998, p. 59 e seg.;

³⁴ *idem*, autor e obra, p. 60;

³⁵ Geertz, Clifford, *A Interpretação das Culturas*, ed. LTC, RJ, 1990, p. 37: “Se queremos descobrir quanto vale o homem, só podemos descobri-lo naquilo que os homens são: e o que são, acima de todas as outras coisas, é variado”;

³⁶ *idem* autor e obra, p. 31;

Basta ver os números da miséria em nosso país na pesquisa da Fundação Getúlio Vargas de 2005, “Miséria, Desigualdade e Estabilidade: O segundo real”³⁷, a qual, conquanto demonstre a melhoria da situação nacional no atual momento histórico da globalização, ainda é avassaladora ao revelar que a população brasileira de 2005, estimada em 184,1 milhões de pessoas³⁸, na proporção de 22,77% - 41,9 milhões de pessoas - está abaixo da linha de miséria; na proporção de 5,32% - 9,7 milhões de pessoas - está em situação de pobreza extrema; e, finalmente, quanto à concentração da renda nacional, na proporção dos 50% mais pobres – 92 milhões de pessoas – concentram-se somente 14,1% da renda; enquanto que, na proporção dos 10% mais ricos – apenas 18,4 milhões de pessoas – concentram-se 45,1%; restando à classe média, na proporção pífia de 40% da população, a parte de 40% da renda nacional.

Não é à toa que, no Relatório de Desenvolvimento Humano de 2007 do PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento)³⁹, o Brasil é listado no índice de desenvolvimento humano (IDH) do Relatório de Desenvolvimento Humano de 2007, enquadrado como País de alto desenvolvimento humano, mas, na última posição dentre eles, 70º colocado, em pior situação que os demais países do Mercosul – Argentina, 38ª colocada; Chile, 40º colocado; e, Uruguai, 46º colocado; salvo para o Paraguai, 95º colocado.

Portanto, é imprestável para as relações jurídicas econômicas no Brasil a teoria da Análise Econômica do Direito de Chicago, aplicada cirurgicamente sob um colorido de liberalismo econômico⁴⁰; não por conta da impropriedade de seus argumentos, mas em razão da diversidade de cultura, história, conjuntura e estrutura econômica, política, social do nosso país comparado com os Estados Unidos da América.

³⁷ A fonte foi o site do Instituto Brasileiro de Economia (IBRE) da FGV, no Centro de políticas Públicas, no endereço www.ibre.fgv.br, aos 7.7.07;

³⁸ A fonte desta estimativa em 2005 foram Os Indicadores e Dados Básicos – Brasil do site do Ministério da Saúde, no endereço <http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/tabcgi.exe?idb2006/a01.def>, aos 7.7.07;

³⁹ Informação obtida no site do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, no endereço http://www.pnud.org.br/pobreza_desigualdade/reportagens/index.php?id01=2827&lay=pde, aos 10.3.08;

⁴⁰

Sayeg, Ricardo Hasson, *Aspectos Contratuais da Exclusividade no Fornecimento de Combustíveis Automotivos*, ed. Edipro, SP, 2002, p. 224;

Provocando severos danos à concretização dos direitos humanos de segunda e terceira dimensão, em especial, dos direitos sociais, por mais que a Análise Econômica do Direito, conforme a Escola de Chicago, eventualmente possa aumentar nosso crescimento de riqueza, reduzindo o chamado custo-Brasil, isto não serve como indicador de desenvolvimento, uma vez que desenvolvidos são os países em que todas as pessoas do povo estão inseridas no processo de evolução política, econômica, social e cultural em níveis que venham a atender o mínimo vital.

Os franceses Gadrey e Jany-Catrice, professores de economia da Universidade de Lille-1, propõem “contrabalançar as avaliações de progresso puramente econômico [... com] indicadores ‘sócio-econômicos’, aqueles que buscam levar em conta ao mesmo tempo critérios econômicos, critérios humanos e sociais e, como ocorre com muitos deles, critérios ambientais”⁴¹, ou seja, substituir o Produto Interno Bruto – PIB - por um indicador deste último tipo, *e. g.*, o índice de desenvolvimento humano – IDH - no qual, repita-se, o Brasil possui uma vergonhosa colocação em face do mundo desenvolvido.

Ainda, os Belgas Vanderborght e Van Parijs defendem a renda básica de cidadania⁴², de modo que a exclusão econômica violenta os princípios mais mezinhos de dignidade da pessoa humana e da proibição da exclusão social, o que equivale à pena de banimento, e, pior, apesar de nenhum crime o excluído haver cometido.

Em suma, não podemos cair na armadilha de aplicar no Brasil a Análise Econômica do Direito conforme a Escola de Chicago, pois sua implementação implicará um Estado liberal promotor de um liberalismo econômico sem os freios e calibragem sociopolíticos, provocando um desmantelamento das nossas, ainda insuficientes, contudo concretas, realizações dos objetivos fundamentais da República e das decorrentes conquistas políticas, sociais e culturais, ao arrepio do princípio constitucional implícito da proibição de retrocesso social, consagrado no artigo 5º, inciso XLI, c.c. os arts. 3º e 6º, todos da Constituição Federal.

⁴¹ Gadrey, Jean e Jany-Catrice, Florence, *Os Novos Indicadores de Riqueza*, ed. Senac, SP, 2006, p. 17;

⁴² Vanderborght, Yannick e Van Parijs, Philippe, *Renda Básica de Cidadania*, ed. Civilização Brasileira, RJ, 2006, p. 35;

Os professores fluminenses da UFRJ José Paulo Netto e Marcelo Brás estudam esse tema com profundidade e confirmam a verificação desses efeitos do liberalismo econômico puro no Brasil, defendendo que o grande capital continua demandando as dimensões democráticas da intervenção do Estado na economia⁴³.

Cabendo citar Rajan, cuja opinião é legitimada pelo de ser diretor e consultor econômico do Fundo Monetário Internacional, em obra de co-autoria com Zingales, o qual defende que após duas décadas de maciça privatização, radical desregulamentação e liberação generalizada, existem evidências de que os mercados ficaram livres demais e o capitalismo deve ser salvo dos capitalistas⁴⁴, apesar de, concomitantemente, também defender o livre mercado.

Com efeito, percebe-se que o Brasil, não obstante seja incapaz de fazer frente às suas obrigações já consolidadas de pagamento da dívida pública e, ainda, simultaneamente, às demandas sociais em um ambiente de Estado do bem-estar social, também não tem condições de sustentabilidade democrática e jurídica para manter um ambiente neoliberal num Estado liberal com seus efeitos perversos de exclusão social, negando os direitos humanos de segunda e terceira dimensão.

Assim sendo, por ser o Brasil um Estado Democrático, na forma do artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal, nenhum dos dois modelos se sustenta diante do ideal democrático de inclusão total da população, ainda que tenha perfil liberal. O primeiro – Estado do bem-estar social -, pela falta de recursos para atender universalmente a toda a população, fato que implica a exclusão social pela ruína econômica e decorrente carência de disponibilidades e, pior, asfixiando a livre-iniciativa capitalista, presumidamente, a categoria apta a gerar essa sustentabilidade econômica necessária ao meio de vida do povo; mas, de outro lado, o segundo – Estado liberal -, pelo mesmo efeito excludente, todavia, pela razão de deixar à mercê da própria competitividade, dureza e insensibilidade do mercado a inclusão social das gentes, nessa nossa inóspita economia brasileira, que não têm dimensão suficiente para atender a todos.

⁴³ Netto, José Paulo e Braz, Marcelo, *Economia Política*, ed. Cortez, SP, 2007, 2ª ed., p. 227;

⁴⁴ Rujan, Raghuram G. e Zingales, Luigi, *Salvando o Capitalismo dos Capitalistas*, ed. Elsevier, RJ, 2004, p. 339;

E não resolvem o problema as promessas neoliberais de prosperidade futura do povo, em face da economia de mercado, pois as necessidades humanas presentes e iminentes não têm como aguardar eventos futuros de prosperidade econômica, ainda que sejam eventualmente factíveis. As necessidades da população são cotidianas. (excluí esse trecho por ser extremamente coloquial para um artigo científico)

Inaceitável o Governo brasileiro confiar cegamente o modo de vida de nossa população na economia de mercado, posicionando-se como um Estado liberal; ser o que atualmente é, grande aliado dos banqueiros, como transcreve Davison de Lucas, (falta conexão entre esses dois trechos) “a declaração do industrial americano Howard Hughes de que ‘é óbvio que não se pode ter, ao mesmo tempo, princípios nobres e lucros elevados’ e a afirmação do filósofo alemão Rupert Lay (falta conexão entre esses dois trechos) ‘parece que na economia não existe nada mais frágil que a moral’.”⁴⁵

“A pobreza é vista como não-cidadania” - essas são as cirúrgicas e absolutamente precisas palavras de Safira Bezerra Ammann⁴⁶; e os números da miséria no Brasil, como se viu, são alarmantes para que fiquemos inertes, sob uma perspectiva neoliberal de economia de mercado, diante da massa de excluídos, já que somos um Estado democrático, ainda que de perfil liberal.

Enfim, a nossa Constituição Federal, por sua vez, se não estabelece um Estado liberal promotor do liberalismo econômico de pura economia de mercado, também não desenha um regime econômico de dirigismo estatal para o nosso País, com uma economia de comando central, com o Estado intervencionista do bem-estar social, mediante supressão desmedida da liberdade de iniciativa e da propriedade privada e o governo como coordenador determinante de toda a atividade econômica, seja no setor público ou privado, num ambiente socializante de igualdade material.

Pelo contrário, no Brasil, nos termos da Constituição Federal, o regime econômico deve observar o balizamento estruturante do artigo 170, que determina que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem

⁴⁵ Lucas, Davison de, *Por um Mundo Melhor*, ed. *Qualidade Total*, SP, 1998, 2ª ed., p. 39;

⁴⁶ Ammann, Safira Bezerra, in *Cidadania e Exclusão Social: o mundo desenvolvido em questão*, Revista *Serviço Social & Sociedade*, n. 76, ano XXIV, ed. Cortez, SP, 2003, p. 133;

por fim assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social, que consideramos a consecução dos objetivos fundamentais arrolados no artigo 3º [de construir uma sociedade livre, justa e solidária, de desenvolvimento nacional, de erradicação da pobreza e marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais, e promover o bem de todos sem preconceitos ou discriminação], tudo com vistas a concretizar para toda a população os direitos sociais relacionados no artigo 6º [a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados], observados os princípios da: soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego; e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas pelas leis brasileiras e que tenham sede de administração no País.

Esse balizamento serve para resolver a questão primordial da gestão econômica de nosso País, que é a solução da relação da disponibilidade dos recursos econômicos escassos diante das necessidades brasileiras, não se resumindo à economia individualista de mercado, monetarista e utilitarista, de geração da riqueza ou formação da poupança individual.

A escassez de recursos econômicos, diante dos nossos déficits sociais enormes, tendo em vista o quadro retromencionado, em especial, com quase um quarto da população abaixo da linha de miséria e uma vergonhosa concentração de renda, impõe um indispensável juízo axiológico na alocação eficiente destes recursos e na, sempre que necessária, regência jurídica da ordem econômica, com vistas à satisfatividade dos direitos humanos de segunda e terceira dimensão do povo do Brasil.

Até porque não podemos esquecer que o Estado brasileiro tem limites nesse intervencionismo de redistribuição forçada da riqueza nacional, ou seja, nem tudo que temos são recursos disponíveis à satisfação das demandas sociais, daí o descompasso entre nosso produto interno bruto, que está na 8ª colocação mundial, com

R\$ 2,148 trilhões⁴⁷, e nossa posição vergonhosa de 70º colocado no índice de desenvolvimento humano do Relatório de Desenvolvimento Humano de 2007, das Nações Unidas, pois, lembre-se, reconhecemos como fundamento da ordem econômica a liberdade de iniciativa, a qual, inclusive, compreende necessariamente a propriedade privada, que, aliás, além de estar consagrada como princípio constitucional da própria ordem econômica, ainda está arrolada dentre os direitos fundamentais individuais, o que assegura constitucionalmente a concentração de renda e de riqueza, como concretização dos direitos humanos de primeira dimensão.

Somos um País onde a maioria, que é a detentora do poder, conforme o artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, é pobre e, assim, de forma paradoxal, excluída socialmente, a qual, contudo, não pode tyrannizar a minoria rica. Temos perfil liberal-democrático e devemos satisfazer também os direitos humanos de primeira dimensão, quais sejam, os civis e políticos.

Claro está, assim, nos termos da Constituição Brasileira, que se preservou a economia de mercado, mas temperada pelos ditames da justiça social, como expressamente está consignado no artigo 170, *caput*, de modo que o regime econômico eleito pela Carta Magna, via de consequência, o princípio axiológico a ser observado na alocação eficiente dos recursos econômicos escassos e na regência jurídica da economia, não é o do Estado liberal, mas o correspondente ao neoliberalismo de economia social de mercado, observados os fundamentos, finalidade, conformação e princípios consignados no referido dispositivo constitucional; daí porque o artigo 219 da Carta atribui ao mercado interno a natureza de patrimônio nacional e este será

⁴⁷ A fonte foi O Globo on line, de 22.3.07, às 17h46, endereço <http://oglobo.globo.com/economia/mat/2007/03/22/295045546.asp>, consultado aos 10.3.08, sob o título *Ministério da Fazenda: PIB do Brasil é o 8º do mundo, e conteúdo a saber: O Ministério da Fazenda informou que o Brasil está em oitavo na colocação do ranking mundial do Produto Interno Bruto (PIB), após a revisão do Sistema de Contas Nacionais realizadas pelo IBGE. A notícia vai de encontro com a colocação divulgada ontem pela maioria das consultorias que informaram na quarta-feira, que economia brasileira estaria na 10ª posição no ranking das maiores do mundo*. Segundo explicação do Ministério, [o PIB nominal do Brasil em 2005 passou de R\\$ 1,937 bilhão para R\\$ 2,147 bilhões](#), o que representa um aumento de 10,9% e situaria o país em 9º lugar, atrás da Itália (R\$ 1,667 bilhão) e à frente da Rússia (R\$ 1,559 bilhão). No entanto, considerando que as taxas de câmbio utilizadas para calcular o PIB, segundo uma paridade (igualização) do poder de compra, não se alterem após os novos cálculos do IBGE, o Brasil passaria a ter um produto de US\$ 1,803 bilhão, o que levaria o país a ultrapassar a Itália (US\$ 1,667 bilhão) e a ocupar o 8º lugar;

incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

Id est, nossa Constituição Federal sustenta o capitalismo como regime econômico, contudo, longe de ser sórdido e selvagem, muito menos de um Estado centralizador, mas sim indutor da livre iniciativa e da propriedade privada, com vista à consecução dos objetivos fundamentais da República e concretizador dos direitos humanos de segunda e terceira dimensão, em especial, os direitos sociais, que assegurem a toda a população existência digna, mediante a alocação eficiente dos recursos econômicos escassos e regência jurídica, quando necessária, da economia, implementando o cumprimento pelo Estado de seu papel de agente normativo e regulador, na fiscalização, fomento e planejamento da atividade econômica, sendo este último indicativo para o setor privado e determinante para o setor público, na forma do artigo 174, sempre em consonância com a efetividade dos direitos humanos de primeira dimensão, particularmente a liberdade e a propriedade privadas, bem como o poder de enfrentamento contra o Estado tirânico, como postulava Locke - entretanto, no nosso caso, pelas vias próprias, a saber, aquelas que levam ao Judiciário.

Portanto, é possível aplicar no Brasil a teoria da Análise Econômica do Direito, no entanto, não propriamente segundo a Escola de Chicago, mas sim sob um colorido do regime econômico neoliberal relativo da economia social de mercado, ou seja, a liberdade de iniciativa, a propriedade privada, o mercado como coordenador da atividade econômica e o Estado encolhido, salvo se, para a consecução dos objetivos fundamentais da República e concretização dos direitos humanos de segunda e terceira dimensão, com ênfase aos direitos sociais, que assegure a toda a população existência digna, for necessário coordenar ou induzir impositivamente a alocação eficiente dos recursos econômicos escassos e a regência jurídica da economia.

Forçoso entender, assim sendo, que a aplicação da Análise Econômica do Direito sob o colorido nacional brasileiro da economia social de mercado, orienta que, ocorrendo externalidade social positiva, cumpre ao Estado apropriar-se da respectiva vantagem sem dever de compensação em favor do seu agente; enquanto que, se negativa, por ser contrária ao desenvolvimento nacional e à concretização dos direitos humanos de segunda e terceira dimensão, e, ao ficar ao sabor do mercado, esta

externalidade, caso não se resolva, enfim, importe um custo social relevante, deve o Governo brasileiro solucioná-la mediante a coordenação impositiva da alocação eficiente de seus escassos recursos econômicos, a tributação ou o controle jurídico, conforme os princípios axiológicos parametrizados na Constituição Federal.

Essa alocação eficiente, então, cabe ser definida pelo pacto social, estruturado conforme a Constituição Federal, mas necessariamente por meio do controle social dessa nossa liberal-democracia, em que há exigência das liberdades das pessoas, numa economia social de mercado, de um Estado que governe o menos possível, contudo, simultaneamente, da democracia, de que as rédeas estejam nas mãos dos cidadãos, cuja maioria é a massa da população que não é rica, buscando, por consequência, a consecução dos objetivos da República com vista à concretização dos seus direitos individuais e sociais fundamentais, o que, em última *ratio*, significa a satisfatividade dos direitos humanos de primeira, segunda e terceira dimensão no Brasil, quais sejam, as liberdades individuais e coletivas, além do direito ao desenvolvimento político, econômico, social e cultural, numa perspectiva coletiva de afirmação da cidadania formal e material, ou seja, da inclusão social de todos, sempre realçando que isto tudo sem abrir mão dos limites intransponíveis de reconhecimento sustentável das liberdades individuais, para não se tornar um sistema de opressão ao indivíduo, como advertiu Locke.

Eis o que chamamos de Estado Brasileiro da Fraternidade, que tem como missão precípua garantia a todos do mínimo vital, pautado dentro da perspectiva de direitos humanos de primeira, segunda e terceira geração, conforme a Constituição Federal do Brasil.

CONCLUSÃO

Pensamos que, entre nós, somente é juridicamente defensável solução econômica sob o tríptico ideal de liberdade, igualdade e fraternidade, sim, mas não o da Revolução Francesa, que na verdade foi um ideal de liberalismo clássico burguês; nem se diga da Revolução Socialista, cujo ideal marxista suprime a liberdade; porém, no ideal em que se consagram a liberdade e a igualdade, na medida da proporcionalidade fixada pela fraternidade, numa cadeia de adensamento entre elas, pela qual, em respeito

à dignidade da pessoa humana, todos devem ser incluídos socialmente mediante a inserção numa economia de mercado, em que predomine o relativo individualismo entre as pessoas, condicionado a que o povo, no seu todo, tenha indistintamente acesso ao mínimo vital, consoante a condição humana biocultural explicada por Edgard Morin⁴⁸, para garantir a todos existência digna conforme as conquistas de desenvolvimento político, econômico, social e cultural, bem como a concretização básica dos direitos sociais (educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e a infância, assistência aos desamparados), o que, sem dúvida, é o critério objetivo de igualdade mínima para a população, que atende à liberal-democrática Constituição da República brasileira.

Usando as palavras de Geertz⁴⁹, o que os homens têm em comum é que todos são diferentes. Entretanto, evidentemente, todos têm a identidade no próprio traço de humanidade, via de conseqüência, é possível se identificar o mínimo vital para todos, sem exclusão, associando as idéias do humanismo integral de Jacques Maritain⁵⁰ e do Personalismo de Emmanuel Mounier⁵¹.

Logo, não obstante predomine no presente momento histórico da pós-modernidade o regime econômico do capitalismo e, vivendo ao seu modo dentro da economia de mercado, todos devam seguir com liberdade, por conta e risco de cada um, seu próprio destino; ele não deve ser sórdido e selvagem, isto é, o ser humano não deve ser abandonado numa espécie de savana africana, diariamente lutando selvagememente pela existência, sua e das pessoas que ama.

Id est, apesar de o modo de vida das pessoas estar inserido numa economia de mercado, impõe-se que seja indistintamente assegurado a cada um o mínimo necessário à dignidade humana, no que tange à: educação, saúde, trabalho,

⁴⁸ Morin, Edgard, *Paradigma Perdido*, ed. Europa-America, Portugal, 1975, 5ª. ed.;

⁴⁹ Geertz, Clifford, *A Interpretação das Culturas*, ed. LTC, RJ, 1990, p. 37: “Se queremos descobrir quanto vale o homem, só podemos descobri-lo naquilo que os homens são: e o que são, acima de todas as outras coisas, é variado.”

⁵⁰ Maritain, Jacques, *Humanismo Integral*, ed. Palabra,, Madrid, 1999, 2ª.ed.;

⁵¹ Mounier, Emmanuel, *O Personalismo*, ed. Centauro, SP, 2004;

moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e a infância, assistência aos desamparados; tudo isso na exata medida do que venha a preservar a inclusão social, conforme o desenvolvimento nacional, político, econômico, social e cultural.

“Assim, podemos afirmar, à guisa de resumo, que a ordem constitucional brasileira confere ampla proteção à liberdade, preocupando-se com a efetiva garantia aos excluídos das condições necessárias ao seu gozo. Ela protege a autonomia pública do cidadão, fortalecendo a democracia, mas também a autonomia privada. Em relação a essa, a tutela constitucional abrange tanto a dimensão existencial como a econômica, mas, no primeiro caso, ela se mostra mais intensa. Essa diferença se deve ao fato de que, pela concepção de pessoa e de sociedade adotadas pelo constituinte, as liberdades existenciais são consideradas mais relevantes para o livre desenvolvimento da personalidade humana do que as econômicas, que só beneficiam diretamente uma minoria. Já a autonomia negocial, que tem lastro no princípio da livre iniciativa, foi não apenas relativizada pelo Texto Magno, em razão da preocupação constitucional com a igualdade material e a solidariedade, como também instrumentalizada, em favor da proteção da dignidade da pessoa humana e da justiça social.”⁵²

Nesse diapasão, em recentíssimo e histórico precedente, aos 28.2.2008, do Pleno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sob a relatoria de seu Presidente, Desembargador Roberto Vallim Bellocchi, por votação unânime, dos Desembargadores Jarbas Mazzoni, Ruy Camilo, Marcio César, Munhoz Soares, Walter de Almeida Guilherme, Souza Lima, Cangaçu de Almeida, Celso Limongi, Viana Santos, Penteado Navarro, Ivan Sartori, Oscarlino Moeller, Palma Bisson, Ribeiro dos Santos, Armando Toledo, Aloísio de Toledo César, Mário Devienne Ferraz, Henrique Nelson Calandra, Renato Sartorelli, Debatin Cardoso, Paulo Travain, AC Mathias Coltro e Souza Nery, de importante referência por, dentre suas competências, ser a Corte de Direito Privado do geocentro econômico nacional, a jurisprudência reconhece e aplica, no AgRg n. 152.229 0/1-01, o direito fundamental ao mínimo existencial em

⁵² Sarmiento, Daniel, *Os princípios Constitucionais da liberdade e da autonomia privada*, Revista Recampi Digital 1/2006, in http://prodj2ee.mjusticia.es/pdf/Revista_RECAMPI_N1.pdf, p. 84, aos 16.3.2008.

prol de um do povo do Brasil, como expressão do hiperprincípio constitucional da dignidade da pessoa humana, orientando que cabe ao Poder Judiciário outorgar-lhe concretização e efetividade.

Evidentemente, este não é o modelo de um Estado liberal clássico pautado na liberdade e na propriedade privada, bem como no exercício delas por conta e risco de cada um; muito menos, é o Estado do bem-estar social pautado na utópica igualdade material; mas sim uma terceira via, que chamamos de Estado Fraternal, com regime júrís-econômico do Capitalismo Humanista construído sobre a idéia de que predomina a liberdade calibrada pela igualdade estritamente naquilo que seja inadmissível à fraternidade tolerar, dentro de uma perspectiva de direitos humanos que concretize o mínimo vital do povo do Brasil; em poucas palavras, onde a fraternidade será o maestro que orquestrará o coro entre a primeira voz – a da liberdade – e a segunda voz – a da igualdade; e, daí, produzirá a melodia constitucional da igualdade básica, que corresponde a todos terem direito e condições mínimas materiais à liberdade e sua própria diversidade biocultural.

É essa construção do Estado Brasileiro Fraternal, com regime júrís-econômico do Capitalismo Humanista, que desenha com traços firmes a nossa Constituição Federal, por uma ordem de regência jurídica sobre uma economia social de mercado, com a definição antropológica social do que seja o mínimo vital para o povo Brasil, dentro da perspectiva de satisfatividade dos direitos humanos da população de primeira, segunda e terceira dimensão, em cadeia de adensamento.

Entretanto, como assevera o Acórdão n. 509/2002 do Tribunal Constitucional Português, “importa, porém, distinguir entre o reconhecimento de um direito a não ser privado do que se considera *essencial* à conservação de um rendimento indispensável a uma existência minimamente condigna, como aconteceu nos referidos arestos, e um direito a *exigir* do Estado esse *mínimo de existência condigna*, designadamente através de *prestações*, como resulta da doutrina e da jurisprudência alemãs. É que esta última considera que «do princípio da dignidade humana, em conjugação com o princípio do Estado social decorre uma pretensão a prestações que garantam a existência», sendo de incluir na *garantia do mínimo de existência* «as prestações sociais suficientes», nos termos da legislação sobre auxílio social (Horst

Dreier, *Grundgesetz Kommentar*, Band I, Mohr Siebeck, Tübingen, 1996, págs. 62 e 125-126); ou seja, que «o Estado está obrigado a garantir ao cidadão desprovido de meios, através de prestações sociais» os «pressupostos mínimos» para «uma existência humanamente digna» (*BverfGE*, 82, 60 (85) ”.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

AMMANN, Safira Bezerra, in *Cidadania e Exclusão Social: o mundo desenvolvido em questão*. Revista Serviço Social & Sociedade, n. 76, ano XXIV, ed. Cortez, SP, 2003;

BARRENECHE, Osvaldo, in *El principio olvidado: la fraternidad*, ed. Ciudad Nueva, Buenos Aires, 2006;

BAUMAN, Zygmunt, *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*, ed. Zahar, RJ, 1998;

BERNARDO, Teresinha, *Mulheres das águas*, Ciências Sociais na Atualidade, ed. Cortez, SP, 2004;

BOBBIO, Norberto, *Liberalismo e Democracia*, ed. Brasiliense, SP, 2006;

BULGARELLI, WALDÍRIO, *Direito Comercial*, 10ª ed., SP, Ed. Atlas, 1993

BRUE, Stanley, *Historia do Pensamento Econômico*, ed. Thomson, SP, 2005, 6ª ed.;

CASTEL, Robert, *As Armadilhas da Exclusão*, tradução Cleisa Moreno Maffei Rosa e Mariangela Belfiore-Wanderley, in *Desigualdade e a Questão Social*, ed. Educ, SP, 2007, 2ª ed.;

ESTRELLA, HERNANI, *Curso de Direito Comercial*, s.ed., RJ, Ed. José Konfino, 1973

GADREY, Jean e Jany-Catrice, Florence, *Os Novos Indicadores de Riqueza*, ed. Senac, SP, 2006;

GEERTZ, Clifford, A Interpretação das Culturas, ed. LTC, RJ, 1990;

LOCKE, John. Carta sobre la Tolerância. 5ª ed. Tecnos: Madrid, 2005.

LUCAS, Davison de, Por um Mundo Melhor, ed. Qualidade Total, SP, 1998, 2ª ed;

MARITAIN, Jacques, Humanismo Integral, ed. Palabra, Madrid, 1999, 2ª.ed.;

MENDONÇA, J.X. Carvalho de, Tratado de Direito Comercial Brasileiro, v. I, 5ª ed., RJ, Ed. Freitas Bastos, 1953

MORIN, Edgar, Paradigma Perdido, ed. Europa-America, Portugal, 1975, 5ª. ed.;

MOUNIER, Emmanuel, O Personalismo, ed. Centauro, SP, 2004;

NETTO, José Paulo e BRAZ, Marcelo, Economia Política, ed. Cortez, SP, 2007, 2ª ed.;

PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo, Direito, Economia e Mercados, ed. Elsevier, RJ, 2005;

POSNER, Richard A., El Análisis Económico del Derecho, ed. Fondo Mexicano de Cultura, México, 2000;

REQUIÃO, RUBENS, Curso de Direito Comercial, v. 1, 16ª ed., SP, Ed. Saraiva, 1985

ROSSETTI, José Cabral, Introdução à Economia, ed. Atlas, SP, 2006, 20ª ed.;

RUJAN, Raghuram G. e ZINGALES, Luigi, Salvando o Capitalismo dos Capitalistas, ed. Elsevier, RJ, 2004;

SANDRONI, Paulo, Dicionário de Economia do Século XXI, ed. Record, RJ, 2005;

SARMENTO, Daniel, Os princípios Constitucionais da liberdade e da autonomia privada, Revista Recampi Digital 1/2006, in http://prodj2ee.mjusticia.es/pdf/Revista_RECAMPI_N1.pdf, p. 84, aos 16.3.2008;

SAYEG, Ricardo Hasson, Aspectos Contratuais da Exclusividade no Fornecimento de Combustíveis Automotivos, ed. Edipro, SP, 2002;

_____. Práticas Comerciais Abusivas, ed. Edipro, Bauru, 1995;

SMITH, Adam, Investigación sobre la Natureza y Causas de la Riqueza de las Naciones, ed. Fundo Mexicano de Cultura, México, 1990, p.17;

STIGLITZ, Joseph E., A Globalização e seus malefícios, ed. Futura, SP, 2002, 3ª ed.;

VAN DERBORGHT, Yannick e VAN PARIJS, Philippe, Renda Básica de Cidadania, ed. Civilização Brasileira, RJ, 2006.