# MERCADO: UMA QUESTÃO DE SUSTENTABILIDADE DA DEMOCRACIA

Natercia Sampaio Siqueira[†]

Resumo: O presente trabalho trata da relação entre mercado e sustentabilidade da democracia. Para tanto, em um primeiro momento, desenvolve-se o histórico dos diferentes modelos de Estado, com o propósito de caracterizar o Estado Brasileiro. Em segundo lugar, trabalha-se o risco à sustentabilidade da democracia, resultante do ativismo judiciário brasileiro em ambiente da Constituição federal, que alberga uma série de princípios, sem que adote uma hierarquia entre os mesmos. Neste contexto, ressalta-se a necessidade de se reconhecer o lugar estrutural do mercado nas sociedades democráticas, afastando-se da sua percepção como mais um princípio apto a ser livremente afastado, quando em choque com outro princípio constitucional. O mercado, necessário à igualdade de liberdade, é elementar à sustentabilidade da democracia; devendo, por conseguinte, ser compreendido como o normal à sociedade democrática brasileira.

Palavras-chave: sustentabilidade da democracia; mercado; constitucionalismo brasileiro.

## MARKET AND DEMOCRACY: A MATTER OF STABILITY

Abstract: This paper deals with the relationship between democracy's stability and the economic market. This research

[†] Mestre em Direito Tributário pela Faculdade de Direito de Minas gerais. Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professora dos cursos de graduação, mestrado e doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Procuradora Fiscal do Município de Fortaleza.

begins with models of state, to characterize the contemporary Brazil's constitutional order, that summarizes liberalism with welfare state. In this context, is real the risk that judiciary activism brings to democracy's stability, because Brazil's constitution, that protects several principles and interests, don't adopt a hierarchy between the constitutional norms. In these terms, is necessary doesn't understand market like one more principle, that, freely, couldn't applied for judge or law, when they find other principle to explain their decision. The market, that is necessary to equality of liberties, is primordial to democracy stability. It must be accepted like the normal institution in basic structure; don't the exception.

Keywords: democracy stability; economic market; Brazil constitutionalism.

## INTRODUÇÃO

assunto dos mais tratados na prática jurídica, no discurso político e nos debates acadêmicos, das mais diversas áreas – sociologia, ecologia, direito, economia – a sustentabilidade. O direito característico das democracias contemporâneas, das quais o Brasil faz parte, informado por diversos interesses e princípios, mostra-se especialmente sensível ao argumento e às ponderações sobre a sustentabilidade.

Mas o impacto das considerações de sustentabilidade, no contexto de um mosaico constitucional caracterizado pelo ativismo judiciário, traz alguns riscos para a sustentabilidade da democracia brasileira.

Para enfrentar o problema da sustentabilidade da democracia, face ao ativismo judiciário, municiado por uma multiplicidade de princípios e interesses constitucionais, inicia-se pelo histórico sobre os modelos de Estado que informam o Es-

tado democrático de direito.

Neste breve histórico, ressalta-se o desafio da busca da sustentabilidade econômica, na experimentação do livre mercado e do planejamento estatal, com o propósito de se explicar a miscelânea de considerações que caracterizam o modelo de Estado que o Brasil adota.

Em um segundo momento, abordam-se as peculiaridades da história brasileira, frisando a dificuldade do constitucionalismo local de reconhecer o lugar dos vários interesses e princípios albergados pela Constituição federal, na estrutura de uma sociedade democrática.

Ressalta-se, em especial, a dificuldade de se reconhecer o local estruturante do mercado na sociedade democrática, o que é especialmente grave face à proliferação da técnica do balanceamento de princípios. Seguindo referida trilha de considerações, a presente pesquisa detém-se no relacionamento entre mercado e a igualdade de liberdades básicas, imanente às sociedades democráticas contemporâneas, para concluir pela imprescindibilidade do mercado econômico à sustentabilidade da democracia.

Ao final, é feita a advertência de que o mercado não pode ser considerado como mais um dentre tantos interesses e princípios constitucionais, passível de ser afastado sempre que colidir com outro interesse ou princípio constitucional. Razão pela qual o balanceamento de princípios, a envolver o mercado, deve considera-lo como o normal à ordem democrática brasileira. A intervenção – esta sim – deve ser avaliada pelos parâmetros da necessidade, adequação e suficiência da política intervencionista, que é a exceção.

## 1.1. SUSTENTABILIDADE DA ECONOMIA: O DIFÍCIL EQUILÍBRIO ENTRE LIVRE MERCADO E INTERVENCIONISMO PÚBLICO

A palavra de ordem é a sustentabilidade. Após os loucos anos do mercado econômico, seguido do intervencionismo público característico do entre guerras e do pós-segunda guerra mundial, tentou-se recuperar a liberdade de mercado no neoliberalismo, para se reivindicar novo intervencionismo como resposta à grave crise que se tem vivenciando, em escala mundial, desde o ano de 2008.

Mas não se pode esquecer que o momento histórico hoje vivenciado se inicia com o liberalismo burguês e os seus institutos basilares: liberdade, mercado econômico, igualdade, legalidade administrativa, separação dos poderes. Sobre este período, é lugar comum a afirmação de que a liberdade e igualdade se realizavam na ausência do intervencionismo estatal: a pessoa era livre desde que o Estado não interviesse nas relações privadas. Era tratada como igual, desde que o Estado não lhe concedesse mais ou menos direitos do que aos demais integrantes da sociedade.

Daí porque no liberalismo burguês a relação entre Estado e sociedade caracterizava-se pelo não intervencionismo. Referida relação foi realçada desde a filosofia Kantiana até a economia de Adam Smith. Ao que de perto interessa ao presente assunto, é importante ressaltar os escritos de Adam Smith no sentido de que no mercado, o interesse particular na maior geração individual de riqueza convergiria ao interesse geral, consubstanciado na riqueza das nações. O mercado, espontaneamente, ofereceria soluções aos conflitos de forma mais eficiente do que qualquer intervenção estatal.

Em várias ocasiões, Smith trabalha esta relação de espontâneo equilíbrio entre o interesse individual e o interesse geral. Por exemplo: o preço seria composto por três elementos, remuneração pelo trabalho, pelo aluguel e pelo investimento. (SMITH, 2003, p.67-77). Já o preço natural do bem possibilitaria a adequada remuneração pelo uso da terra, pelo trabalho do empregado e pelo investimento do empreendedor. (SMITH,

2003, p.78-79).

Diferenciou, entretanto, Smith (2003, p.78-79), o preço natural do preço de mercado, que seria determinado pela proporção entre a quantidade de produtos postos no mercado e a demanda efetiva, composta pelos que estariam dispostos a pagar o preço natural pelo produto. Referida proporção, por sua vez, afetaria a relação entre o preço natural e o de mercado: acaso a oferta fosse maior do que a demanda, o preço de mercado seria inferior ao preço natural. Na circunstância, entretanto, de a demanda superar a oferta, o preço de mercado ficaria acima do preço natural. (SMITH, 2003, p. 81-82).

Entretanto, a dinâmica natural a que sujeita a economia, levaria ao equilíbrio entre oferta e demanda e à equivalência entre o preço de mercado e o preço natural. No caso de a oferta superar a procura – quando o preço de mercado seria inferior ao preço natural – não haveria a adequada remuneração de um dos elementos do preço. Desta forma, o fator insuficientemente remunerado – seja o senhorio da terra, o trabalhador ou o empreendedor – trataria de investir o seu insumo – terra, trabalho ou capital – em outras atividades, o que levaria à redução da oferta ao nível da demanda e à equivalência entre o preço de mercado e o natural. (SMITH, 2003, p. 82-83).

Já no caso de a oferta ser inferior à demanda, o componente do preço – terra, trabalho ou capital – que fosse remunerado em valor superior à sua natural proporção, atrairia maiores investimentos – seja dos proprietários, dos trabalhadores ou dos empreendedores. Por decorrência, a oferta subiria ao patamar da demanda efetiva, reduzindo o preço de mercado ao nível do preço natural. (SMITH, 2003, p. 82).

As relações econômicas se equilibrariam – é esta a conclusão – pela espontânea composição de conflitos entre os interesses particulares, na busca da maior obtenção individual de riqueza. No primeiro caso, o interesse do fator, insuficientemente remunerado, em direcionar suas atividades para outros

setores, equilibraria a relação entre oferta e procura e entre o preço natural e o de mercado. O mesmo ocorreria no caso oposto, em que o interesse de maiores investimentos, por parte de quem é remunerado acima do valor natural, incrementaria a oferta ao nível de equilibrá-la com a demanda, reduzindo o preço de mercado ao valor do preço natural.

Ainda dentro deste contexto de espontânea convergência entre interesse individual e geral, Smith (2003, p. 430-431) trata do interesse do empreendedor em investir os seus recursos na indústria, o que seria determinante à riqueza de uma nação:

> The proportion between capital and revenue, therefore, seems everywhere to regulate the proportion between industry and idleness. Wherever capital predominates, industry prevails; wherever revenue, idleness. Every increase or diminution of capital therefore, naturally tends to increase or diminish the real quantity of industry, the number of productive hand, and consequently the exchangeable value of the annual produce of the country, the real wealth and revenue of all its inhabitants.
>
> Capitals are increased by parsimony, and diminished by prodigality and misconduct.
>
> Whatever a person saves from his revenue he adds to his capital, and either employs it himself in maintaining an additional number of productive hands, or enables some other person to do so, by lending it to him for an interest, that is, for a share of the profits. As the capital of an individual can be increased only by what he saves from his annual revenue or his annual gains, so the capital of a society, which is the same with that of all the individuals who compose it, can be increased only in same manner.
>
> […]
>
> Parsimony, by increasing the fund which is destined for the maintenance of productive hands, tends to increase the number of those hands whose labour adds to the value of the subject upon which it is bestowed. It tends therefore to increase the exchangeable value of the annual produce of the land and labour of the country. It puts into motion an additional quantity of industry, which gives an additional value to the annual produce.

Eis a regra de ouro à burguesia do séc. XIX: o mais eficiente seria deixar as relações econômicas ao jugo do mercado, uma vez que o interesse do empreendedor na maior obtenção de riqueza individual o levaria a investir na atividade industrial, que ao gerar trabalho incrementaria o valor de troca dos produtos, estimulando a riqueza geral das nações.

Adam Smith intuiu a mentalidade burguesa que se autonomizou da vontade divina e se autorizou como "Eu" realizador da história: a riqueza da nação é uma consequência do agir do homem na busca dos seus interesses. O homem, mediante o seu trabalho, é o que gera a riqueza e não metais preciosos ou intervenções públicas, que carecem da eficiência do mercado para a espontânea solução de conflitos e equilíbrio de interesses.

Mas a abstenção do Estado em intervir nas relações econômicas, falhou em promover um desenvolvimento sustentável da economia. O Crash da Bolsa de Nova York, apontado como o evento que pôs fim à experimentação do Estado liberal de direito, resultou da ineficiência dos postulados do liberalismo econômico para promover o desenvolvimento duradouro da economia; é o que relata Hobsbawm (1995, p.104):

> A segunda perspectiva da depressão se fixa na não geração, pela economia mundial, de demanda suficiente para uma expansão duradoura. As fundações da propriedade da década de 1920, como vimos, eram fracas, mesmo nos EUA, onde a agricultura já se achava praticamente em depressão, e os salários em dinheiro, ao contrário do mito da grande era do jazz, não estavam subindo, mas ao contrário estagnaram nos últimos anos loucos do *boom* (*Historical Statistics of the USA*, I, p. 164, tabela D722-727). O que acontecia, como muitas vezes acontece nos *booms* de mercados livres, era que, com os salários ficando para trás, os lucros cresceram desproporcionalmente, e os prósperos obtiveram uma fatia maior do bolo nacional. Mas como a demanda da massa não podia acompanhar a produtividade em rápido crescimento do sistema industrial nos grandes dias de Henry Ford, o resultado foi superprodução e especulação. Isso, por sua vez, provocou o

> colapso. Também aqui, qualquer que sejam as discussões entre historiadores e economistas, que ainda hoje debatem a questão, os contemporâneos com forte interesse em políticas de governo ficaram profundamente impressionados com a fraqueza da demanda; inclusive John Maynard Keynes.

A ausência de controle estatal sobre as atividades de produção e financeira, bem como a inexistência de políticas públicas de distribuição de riqueza, levaram à superprodução, desacompanhada de uma efetiva base de demanda. Compreendeu-se, por consequência, que a sustentabilidade da economia carece de políticas públicas intervencionistas, que controlem a atividade econômica e realizem uma eficiente distribuição de riqueza, de forma a assegurar-se o equilíbrio entre produção e demanda.

Mas não só as causas do crash convidaram ao exame sobre a sustentabilidade da economia no contexto do 'livre' mercado – nos moldes em que pretendido pela sociedade burguesa; à revitalização da economia, prescreveram-se medidas intervencionistas, inconciliáveis com a relação de não intervenção entre público e privado.

## 1.2. DO NÃO INTERVENCIONISMO AO INTERVENCIONISMO NOS ESTADOS SOCIAIS

Após o crash da Bolsa de Nova York, vários países adotaram políticas intervencionistas, nas quais o Estado atuou como investidor, gerador de empregos e planejador da economia. Novas teorias econômicas, como a de Keynes, afastavam-se das medidas prescritas pelos economistas clássicos, no sentido de que o mercado solucionaria os conflitos de interesses de forma mais eficiente do que qualquer planejamento estatal.

Keynes, ao contrário de Smith, acreditava que a riqueza das nações seria resultado da procura e não do incremento da oferta (HUGON, 1995, p. 409). Ou seja, na teoria Keynesiana, a procura ou demanda assume o papel primordial no estímulo

ao desenvolvimento da economia, o que deu destaque ao problema do desemprego. Ademais, Keynes atribui à moeda uma função ativa no sistema econômico (HUGON, 1995, p. 407). Keynes realça que o "rendimento global pode ser empregado de três maneiras, ou seja: entesourando, investindo, consumindo" (HUGON, 1995, p. 409). Nesta linha de consideração, concluiu que o Estado deve intervir nas relações econômicas, mediante o desestímulo ao entesouramento e o fomento do consumo e do investimento, com o propósito de assegurar o ambiente propício à geração de emprego, que é fundamental à demanda:

> Keynes acha que a intervenção do estado deve-se dar de maneira mais ou menos permanente, principalmente sob a forma de uma política de manipulação monetária com o objetivo de atuar sobre os três elementos variáveis, acima indicados, elementos esses dos quais depende o volume do emprego e da população.
>
> Convém que o Estado exerça sua influência sobre a 'preferência pela liquidez'. Uma política monetária e fiscal adequada não deve fomentar o entesouramento estéril, mas, sim, estimular as despesas suscetíveis de aumentar o emprego. As despesas a fomentar serão, então, as de consumo e, sobretudo, as de investimento (HUGON, 1995, P. 410-411).

Grande receptividade teve a teoria Keynesiana. Ademais, os Estados que adotaram medidas intervencionistas mostraram-se bem sucedidos tanto no entre guerras como no pós segunda guerra mundial. A principal realização do nacional socialismo alemão, por exemplo, "foi acabar com a Grande Depressão mais efetivamente do que qualquer outro governo, pois o anti-liberalismo dos nazistas tinha o lado positivo de não comprometê-lo com uma crença *a priori* no livre mercado" (HOBSBAWN, 1995, p. 131).

Ocorre que os crescentes poderes intervencionistas ao Executivo, em ambiente de instabilidade social e insatisfação, característico do entre guerras, prepararam o cenário para o fascismo e o nazismo. O Estado social, ao empreender políticas

públicas de intervenção nas relações privadas sob a justificativa da dignidade humana e ao deflagrar o processo de unidade entre Estado e comunidade, terminou por abrir as portas aos Estados totalitários. A teoria da constituição material, que fortalecia a democracia ao amalgamar ser e dever-ser, levou ao modelo de Estado justificado pela vontade política absoluta, oponível a qualquer direito fundamental e sem justificativa axiológica.

Calha ainda observar que os regimes totalitários não eram apenas um movimento direitista, mas um movimento direitista que se diferenciava da direita não fascista pelo fato de que:

> [...] existia mobilizando massas de baixo para cima. Pertencia essencialmente à era da política democrática e popular que os reacionários tradicionais deploravam, e que os defensores do 'Estado Orgânico' tentavam contornar. O fascismo rejubilava-se na mobilização das massas, e mantinha-a simbolicamente na forma do teatro público – os comícios de Nuremberg, as massas na *Piazza Venezia* assistindo os gestos de Mussolini lá em cima na sacada – mesmo quando chegava ao poder; como também faziam os movimentos comunistas. Os fascistas eram os revolucionários da contra-revolução: em sua retórica, em seu apelo aos que se consideravam vítimas da sociedade, em sua convocação a uma total transformação da sociedade, e até mesmo em sua deliberada adaptação dos símbolos e nomes dos revolucionários sociais, tão óbvia no Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores de Hitler, com sua bandeira vermelha (modificada) e sua imediata instituição do Primeiro de Maio dos comunistas como feriado oficial). (HOBSBAWN, 1995, p. 121).

Mas a mobilização de massas – é importante frisar – não manteve o regime democrático. Antes, ela conferiu a justificativa constitucional para a vontade política absoluta de um chefe, que se mostrou incontrastável, até mesmo, pela vontade popular e por qualquer poder estatal ou direito fundamental. No auge dos Estados totalitários, é difícil, até mesmo, a concepção de um direito, já que o dever-ser emanava do arbitrário de um

governante. De mecanismo liberal de controle, o direito passa a ser livremente modelado pela vontade do "chefe" – *F*reühü ou *Capo* – com poderes ilimitados sobre o Estado e a sociedade.

Chegou-se, portanto, à ordem das coisas bem diferente do liberalismo. Os regimes totalitários terminaram por impor um modelo de vida boa aos indivíduos, sob a perspectiva da prevalência do público sobre o privado. A esfera privada se viu absorvida pela esfera pública, assim como o indivíduo – que de finalidade do Estado, passou a ser instrumento de consecução do "bem comum":

> O totalitarismo determina que o indivíduo se encontre transformado em simples molécula de um conjunto ou reduzido a mero soldado de um exército, verdadeiro 'carneiro embrutecidamente disciplinado no rebanho dos consumidores', despojado de qualquer garantia de um espaço próprio de autonomia perante o poder público ou de participação política que a sua dignidade pressupõe e impõe ao Estado:
>
> (i) O homem no Estado totalitário não é cidadão, nem pessoa dotada de uma vida privada perante o Estado, antes se assiste à completa absorção do homem pelo Estado;
>
> (ii) O totalitarismo apaga qualquer antiga ideia de direitos fundamentais de natureza pessoal ou de participação política do indivíduo perante o Estado, fazendo antes avultar o direito do estado e, neste preciso âmbito, transformando cada indivíduo num centro de deveres perante o Estado (OTERO, 2007, p. 308-309).

Outra não é a conclusão: o intervencionismo estatal no entre guerras levou, em alguns países, à vivência de um Estado totalitário como pretensões imperialistas, que assombrou os cinco continentes mediante a perspectiva de um império mundial nazista, aniquilador dos mais elementares direitos humanos.

E a segunda guerra, em razão da experiência e ameaça do totalitarismo criminoso com aspirações imperialistas de âmbito global, marcou, significativamente, a sensibilidade das nações vitoriosas. Elas se empenharam em construir um modelo de Estado que, superando as deficiências do liberalismo burguês e

do Estado social totalitário, possibilitasse a construção de uma sociedade sob o parâmetro da dignidade humana.

A dignidade humana, percebeu-se ainda, não se basta na liberdade; mas, tão pouco, dela prescinde. A dignidade não dispensa a vivência conjunta de uma gama de direitos e institutos – liberdades, educação, emprego, moradia, lazer, saúde, previdência, assistência, meio ambiente, livre mercado, democracia – que, por sua vez, demandam a construção de um Estado que resgate algumas das cláusulas do Estado liberal burguês, em ambiente no qual se mantenha a cláusula do Estado social.

Chegou-se, então, ao modelo do Estado democrático de direito, com o propósito de síntese entre o Estado liberal burguês e Estado social (DERZI, 1997, P. 11). Um modelo de Estado que ao tempo que resgata as liberdades básicas, a legalidade administrativa e a separação dos poderes, mantém o intervencionismo estatal em vários setores da vida social, econômica e mesmo cultural, com o propósito de assegurar a dignidade humana.

O intervencionismo, é ainda importante que se ressalte, foi mantido, no pós-segunda guerra, a partir da ruína de dois mitos, até então irreconciliavelmente antagônicos: a liberdade de mercado e o virtuosismo do planejamento estatal. Se o intervencionismo no entre guerras foi eficiente na superação da crise gerada pelo crash da bolsa de Nova York, possibilitando uma melhoria de vida à grande parte da população proletária de países europeus e dos Estados Unidos, o totalitarismo alemão e soviético demonstrou que o planejamento estatal deve ser vivenciado sob a estipulação de limites éticos, de forma que o homem não seja absorvido na sua dignidade e integridade.

Eis o grande desafio das sociedades democráticas contemporâneas: conciliar liberdade e intervenção. Nelas, não mais há consideração linear a uma única ordem de interesses, mas a abrangência de vários interesses que seguem por diferen-

tes vetores. Construir um sistema coerente e, acaso possível, harmónico, que assegure o desenvolvimento sustentável da economia no contexto da justiça social, revela-se, em última análise, o principal objetivo da democracia do séc. XXI.

## 2.1 NO BRASIL: A CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA

Essa miscelânea de considerações se faz sentir no Brasil, não obstante não siga o mesmo roteiro cronológico.

Por exemplo: o livre mercado nunca obteve uma experimentação efetiva no Brasil, como ocorreu na Europa do séc. XIX e do início do séc. XX. Já o regime ditatorial de Vargas, ainda que vivenciado em época concomitante aos regimes totalitários Europeus, não tinha descoberto o eficiente parceiro na grande massa dos trabalhadores, cooptada por políticas populares.

Apenas na década de 1950, quando o Brasil, em sintonia com as aspirações de redemocratização vivenciadas pelos países da Europa ocidental, empenhava-se em construir e experimentar um regime democrático, é que Vargas, reconduzido à Presidência da República, descobriu a força do apoio popular, assim como a eficiência dos direitos sociais e de políticas nacionalistas para obtê-lo.

Mas o período que seguiu à Vargas e JK foi tumultuado pela divisão política entre comunistas e capitalistas – esquerdistas e direitistas – num precário ambiente institucional, ferido por uma pobreza devastadora. A polaridade da guerra fria refletia-se internamente nos países da América latina; nesta queda de braço, saiu vitoriosa a ala direitista no Estado brasileiro, iniciando-se, em 1964, um período de ditadura militar que se viu comprometida com o capitalismo neoliberal.

Não obstante a resistência esquerdista que enfrentou o governo militar, o término da ditadura deu-se de forma pacífi-

ca, com a eleição indireta do presidente e vice presidente, mas com a promulgação de uma Constituição Democrática, que adota o modelo do Estado democrático de direito. Ao tempo que a CF de 1988 recuperou cláusulas liberais – liberdades básicas, legalidade administrativa e separação dos poderes – reconheceu direitos sociais e atribuiu ao poder público uma série de funções, para além de assegurar os direitos referentes ao mínimo existencial: preservação do meio ambiente e do patrimônio artístico, histórico e cultural, fomento à ciência e tecnologia, é exemplo. Mas a atribuição de diferentes funções ao Estado deu-se sob o comando constitucional de institucionalização e processualização das atuações públicas; não apenas do poder judiciário – imanente processualizado – como dos poderes legislativo e administrativo.

Uma Constituição herdeira das ideias mais elevadas produzidas desde o pós segunda guerra: a síntese entre liberalismo e Estado social, no contexto de uma democracia, fortemente institucionalizada. Ou seja, um regime democrático que não se esgota na regra da maioria, mas que demanda a institucionalização e procedimentalização dos poderes públicos, de forma que a democracia não se deteriore no arbítrio do eleito pela maioria.

Ocorre que a institucionalização séria e responsável não é consequência imediata do papel; nem foi o que aconteceu no Brasil. Nos anos que se seguiram ao término da ditadura, decisões amadoras, que punham em risco instituições basilares à democracia, foram tomadas pelos governantes, sem oposição institucional ou mesmo popular: são exemplos o congelamento de preços e o confisco da poupança.

O Brasil enfrentou períodos de grave instabilidade econômica e social, até que se iniciasse a profissionalização institucional, mediante: a lisura na realização de concursos públicos para preenchimento de cargos e empregos públicos; a estruturação e funcionamento de órgãos interno e externo de controle

da Administração pública; a promulgação de leis restritivas de gastos públicos... Neste processo de fortalecimento institucional, ganhou destaque a atuação do judiciário, que, paulatinamente, legitimou-se a uma atuação mais ativa, mediante a substituição da legalidade pela juridicidade.

## 2.2. O PROTAGONISMO DO JUDICIÁRIO

O judiciário adotou uma perspectiva extremamente corajosa no cenário brasileiro. De um direito formalista, que se esgotava na lei, passou a adotar um direito que tinha por origem os princípios e regras constitucionais.

Tal procedimento possibilitou ao judiciário a evolução do direito, assegurando uma gama cada vez maior de direitos aos jurisdicionados. Ademais, chamou o legislativo e o executivo a uma conduta responsável perante os direitos assegurados pela Constituição federal.

Vários são os casos em que a evolução do direito, aqui no Brasil, teve por importante agente propulsor o judiciário: reconhecimento das relações homoafetivas (RE 477554) e do direito das mulheres de praticarem aborto, nos casos de fetos anancefálicos (ADPF 54). Mas neste contexto, surge o grande desafio de não se hipertrofiar a atividade judiciária.

Veja-se a decisão, bastante aplaudida pelo grande público, proferida na ADC 12, cujo objeto era a resolução n. 7 do CNJ, que vedava, no âmbito do pode judiciário, "o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargo de direção e assessoramento" (Informativo semanal 516 do STF). O STF manifestou-se pela constitucionalidade da resolução, sob o argumento de que a "vedação do nepotismo se estende aos demais poderes, pois decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da CF, tendo aquela norma apenas disciplinado, em maior detalhe, aspectos dessa restrição que

são próprios à atuação dos órgãos jurisdicionais" (Informativo 516).

Por decorrência, outra não foi a conclusão a que chegou o STF: "assim, tendo em conta a expressiva densidade axiológica e a elevada carga normativa que encerram os princípios contidos no caput do art. 37 da CF, conclui-se que a proibição do nepotismo independe de norma secundária que obste normalmente essa conduta" (Informativo semanal n. 516/STF).

Referido argumento intuiu, à perfeição, o modo como se tem pensado e vivenciado o constitucionalismo no Brasil, mas que guarda perigosas armadilhas: a ênfase na normatividade dos princípios constitucionais, direta e imediatamente aplicáveis pelos magistrados e Tribunais, que dispensariam a atividade do legislador. A legislação passa a ser momento de menor relevância, superável pela aplicação dos princípios ao caso concreto, cuja força normativa revela-se suficiente para regulá-lo.

Assiste-se a uma guinada de 180 graus no Direito brasileiro: da legalidade à juridicidade, do legislativo ao aplicador do direito. No Brasil, a advertência, expressa no princípio da presunção de constitucionalidade da lei, tem sido esquecida. O esforço, mesmo de doutrinadores do *Commom Law*, para justificar decisões judiciais que prescindam da lei ou dos precedentes – direito como integridade, de Ronald Dworkin (1999, p. 2710) – não aparenta preocupar a prática jurídica constitucional no direito brasileiro da atualidade.

Dentro deste quadro, sem que se perceba, a política do legislador é substituída pela política do magistrado, que divido à sua formação jurídica e ao conhecimento das peculiaridades fáticas, teria 'melhor' aptidão para intuir a 'melhor' regulação a ser extraída do princípio ao caso concreto. Mais do que um atividade hermenêutica com parâmetro na ordem constitucional, o intérprete passa a substituir o legislador na construção da melhor regulação para o caso concreto, a partir dos princípios

constitucionais.

Referido risco de que o direito principiológico leve à substituição da política do legislador pela política do judiciário tem acrescido de intensidade, ainda que muitos dos magistrados não o percebam, quando da aplicação da teoria do balanceamento dos princípios, que pressupõe a inexistência de hierarquia entre as várias normas constitucionais:

> [...] Sobra, portanto, apenas a possibilidade de uma relação condicionada, ou, como também se pode dizer, de uma relação de precedência concreta ou relativa, como as indicadas sob os ns. (3) e (4). A questão decisiva é, portanto, sob quais condições qual princípio deve prevalecer e qual deve ceder (ALEXY, 2008, p. 97).

Como vários são os princípios e institutos albergados pela Constituição brasileira – liberdades básicas, direitos sociais, meio ambiente, ordem econômica, devido processo legal – o judiciário, verificando as peculiaridades dos casos concretos, optaria pelo princípio que melhor o regulamentaria. Não haveria uma ordem hierárquica de princípios a ser aplicada; antes, o aplicador do direito é que teria o condão de verificar o princípio a ser adotado no caso concreto, face às suas particularidades.

## 2.3. O RISCO DA BANALIZAÇÃO DO EXCEPCIONAL

A profissionalização e independência conquistadas pelo Judiciário, que imprimiu uma feição principiológica ao direito, não obstante as relevantes conquistas – adequação do mundo jurídico ao mundo real, ampliação do estatuto jurídico das minorias, efetivação de direitos sociais – gerou o risco da substituição da política do legislador pela política do judiciário.

Conforme o anteriormente considerado, tal risco incrementou-se com a difusão do balanceamento principiológico na prática judiciária de um Estado democrático de direito, que sintetiza liberalismo com Estado social. Se à época do Estado

liberal burguês o intervencionismo estatal nas relações privadas era compreendido como medida excepcional, que deveria ser evitada, uma vez que contrária à igualdade e liberdade, com a vivência do Estado social, políticas públicas intervencionistas passam a ser compreendias como fundamentais à igualdade – que adquiriu dimensão material – e ao valor da liberdade.

A cláusula do estado social incorpora-se à sensibilidade da prática jurídica das democracias ocidentais, da mesma forma que as tradicionais cláusulas do liberalismo. Mas neste caleidoscópio constituído por princípios, direitos e institutos, que seriam igualmente relevantes e fundamentais à realização de um Estado democrático de direito, corre-se o risco não apenas da substituição do legislador pelo judiciário, como que se perca a perspectiva do normal.

É verdade que o intervencionismo público não mais é percebido como mal necessário, a ser utilizado tão somente quando inevitável. Disto não resulta, porém, que as liberdades não mais respondam pela normalidade estrutural da democracia, embora tangenciada e condicionada pelos demais princípios e interesses constitucionais: saúde, meio ambiente, cultura. Enfim, um mar revolto de interesses: é o que aparenta caracterizar as democracias contemporâneas.

Agora, recorde-se: esse amálgama entre funções estatais e princípios constitucionais não resultou, no Brasil, de um roteiro semelhante ao que comumente se atribui aos países desenvolvidos da Europa e mesmo aos EUA: primeiro, a teorização, difusão e conquista das liberdades e do livre mercado. Em um segundo momento, a ênfase nos direitos sociais. Posteriormente, o reconhecimento e propagação de outras categorias de direitos, como o meio ambiente, a democracia, a informação e a paz.

No Brasil, após influências esporádicas de uma ou outra categoria de direitos em contexto de fraca institucionalização e de herança patrimonialista, tem-se um esforço de instituciona-

lização sob a égide de uma Constituição que está em sintonia com as ideias que informam as democracias contemporâneas. O Brasil adotou, como afirmado em momentos anteriores, um modelo de Estado plural, mas sem que tenha tido uma vivência efetiva, duradoura e consciente de cada uma das categorias de direitos albergados pelo texto constitucional.

Não que não houvesse períodos de convergência popular inspirada em alguma dessas categorias de direito: as diretas já, com inspiração nas liberdades políticas, de expressão e democracia, por exemplo. Mas daí não se pode inferir a existência de uma teorização, reflexão, maturação e luta perene – que não seja episódica – por alguma das categorias de direito. Por resultado: ao ver-se absorvendo a teoria mais moderna sobre um modelo de Estado democrático, os brasileiros, nem sempre, conseguem aquilatar a real importância e nem o lugar dos vários direitos e institutos constitucionais. É o que acontece com o mercado.

A ele é atribuído lugar de igual hierarquia a tantos outros institutos constitucionais. Neste contexto, sempre que haja um conflito entre mercado e outro princípio ou direito, como meio ambiente e saúde, o legislador e mesmo o judiciário sentem-se livres para averiguar o princípio que tenha precedência. Qualquer princípio, desta feita, seria apto a afastar o mercado.

Neste proceder, o risco de que o normal – mercado – se torne excepcional e de que um estado de Fins paternalista vá se entranhando no Estado democrático de direito, utilizando-se dos diversos direitos que demandam a intervenção pública como seu cavalo de Troia.

## 3.1. A IGUALDADE DE LIBERDADE CARACTERÍSTICA DAS DEMOCRACIAS

Para melhor compreender o que se disse acima, faz-se importante ressaltar que o mercado não é tão somente uma ins-

tituição que interesse aos donos do grande capital. Antes, ele é imprescindível à igualdade de liberdade característica de uma democracia. Sobre este assunto, muito esclarecedoras são as teorias dos pensadores norte americanos John Rawls e Ronald Dworkin, para quem a liberdade de fins é determinante ao ser humano.

John Rawls trabalha o conceito de pessoa – um dos mais relevantes de sua Teoria – a partir das faculdades morais do racional e razoável, que lhes seriam imanentes. Pela perspectiva da racionalidade, a pessoa caracteriza-se pela faculdade de adotar, vivenciar e revisar determinada concepção do bem. Já em razão da razoabilidade, a pessoa, mútua e reciprocamente aos demais membros da sociedade, subjuga sua racionalidade a princípios de justiça (RAWLS, 2000, p. 60-61).

Para Rawls, é característico da sociedade democrática que todas as pessoas sejam igualmente racionais, o que leva ao cerceamento recíproco das liberdades básicas por princípios de justiça igualmente aplicáveis a todos. Esta é uma nota irrenunciável da democracia: a percepção de que todos são igualmente livres. Ou seja, não há pessoa mais livre do que a outra em razão de que o seu estilo ou projeto de vida é melhor do que o dos outros. Em uma democracia, os núcleos de liberdade são iguais.

Trabalhar a liberdade humana pela igual faculdade de elaboração, vivência e revisão de uma concepção do bem é perspectiva que Dworkin compartilha com Rawls. Em seu último livro, *justice for hedgehogs*, Ronald Dworkin trabalha os dois princípios morais, indispensáveis para que uma pessoa viva bem – o que, na concepção do autor, difere de ter uma boa vida: *self-respect* e *authenticity*.

Por sel-respect, entende Dworkin (2011, p. 203): “each person must take his own life seriously: he must accept that it is a matter of importance that his life be a successufull performance rather than a wasted opportunity”. Já ao tratar da aut-

enticidade, a conceitua o pensador norte americano (2011, p. 204): "each person has a special, personal responsibility for identifying what counts as success in his own life; he has a personal responsibility to create that life through a coherent narrative or style that he himself endorses".

Referidos princípios morais, em última análise, respaldam-se na responsabilidade e individualidade: responsabilidade, de cada pessoa, para fazer de sua vida algo valioso, mediante uma narrativa coerente do que efetivamente valoriza. Não existiria, desta feita, um modelo de vida melhor do que o outro, que deva ser adotado pelas autoridades estatais e estimulado na sociedade. Cada pessoa tem a igual liberdade e responsabilidade para construir um modelo de vida, de forma coerente – autenticamente – aos seus valores mais relevantes e fundamentais.

Outras não seriam as notas características da democracia: a igual liberdade e responsabilidade pelas escolhas de vida. A democracia contemporânea é sinônimo de pluralismo e tolerância, não convivendo com proposta de um estado paternalista ou de fins, que imponha ou induza a um modelo de vida pretensamente superior aos demais.

## 4.1. O LUGAR DO MERCADO NA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA

Ocorre que a igual liberdade e responsabilidade para formar e vivenciar um estilo de vida explica a preferência pelo mercado econômico. Disto, de há tempos chama atenção Ronald Dworkin (2000, p. 288-289), quando se depara com o problema de se estabelecer os bens a serem produzidos e a forma de distribuição numa sociedade caracterizada pela escassez de recursos e pela diferença entre os seus membros.

O fator diferença é fundamental, uma vez que os indivíduos querem ter coisas diversas e que não se pode, face à es-

cassez de recursos, assegurar a cada pessoa tudo o que ela deseja. O fator diferença – ainda ele – fomenta mais complexidade à economia, quando se confere à sociedade o caráter de igualdade: como todos os estilos de vida possíveis em uma democracia são igualmente valorosos, não se pode estipular os bens a serem produzidos e a forma de distribuição com parâmetro em algum conceito de vida boa que seja superior aos demais.

Tal constatação leva Dworkin (2000, p. 289) a explicar que o mercado econômico é o meio adequado para se estabelecer os bens a serem produzidos e a sua distribuição em uma sociedade caracterizada pela igualdade e heterogeneidade. No mercado, cada pessoa escolhe o seu quinhão de bens de acordo com suas preferências, mas sob o custo de suas escolhas para a sociedade. Ou seja, as escolhas estratégicas acerca dos bens a serem produzidos e da forma de distribuição são função da soma das escolhas pessoais e não de decisões oficiais do que deve ser produzido e do custo dos estilos de vida, em consideração ao que seria bom para uma sociedade.

Neste esforço, Dworkin (2005, p. 79-156) faz a analogia entre o mercado econômico e o leilão em uma ilha deserta por entre os náufragos. O pensador norteamericano (2005, p. 83) explica que a distribuição igualitária dos bens da ilha por entre os náufragos se faz mediante a atribuição de igual quantidade de conchas aos sobreviventes, para que adquiram os bens da ilha em um leilão. Por esta técnica, as pessoas adquirem bens de acordo com as suas preferências, mas sob o custo determinado pela soma das preferências pessoais. Caso os participantes do leilão denotem maior preferência por manga do que por banana – encontradas em igual quantidade – a primeira tenderá a ser adquirida por um preço mais elevado do que a segunda. Por consequência, o náufrago, se quiser comer mangas, saberá que referida escolha terá um custo maior do que se optar pelo consumo de bananas.

Fica, sob a responsabilidade do náufrago, escolher entre consumir o que prefere, sob um custo elevado, ou adquirir o que não lhe é satisfatório, sob um custo menos elevado. E o mercado, da mesma forma que o leilão, realiza a igualdade, a liberdade e a responsabilidade inerente a uma justa sociedade, caracterizada pela escassez de recursos: as pessoas são livres para formar o quinhão de bens dentro de suas preferências, mas assumem a responsabilidade por suas escolhas, cujo custo é função da soma das preferências pessoais e não de uma vontade oficial centralizada.

Referidas ideias não são estranhas aos economistas. Em seus estudos, Hayek (1983, p. 41) rejeita o planejamento estatal sob o pressuposto de que a sociedade é uma ordem espontânea, cuja totalidade dos eventos não é passível de ser integramente conhecida por uma pessoa.

Sob este aspecto, a política estatal que estipule o valor de um serviço ou produto não reflete os gostos ou preferências da sociedade, mas sim a perspectiva dos técnicos ou políticos do que é bom e valoroso para a sociedade. Segundo Hayek (1978, p. 117), o preço, no mercado econômico, consubstancia uma soma de informações sobre as preferências sociais mais acurada e precisa do que qualquer planejamento econômico, permitindo à cada pessoa avaliar o custo de suas escolhas com parâmetro nas preferências sociais.

Outra não é a conclusão: a íntima relação entre mercado, liberdade, igualdade e responsabilidade leva ao reconhecimento do mercado como instituição básica de uma sociedade democrática. Em uma democracia, portanto, o mercado não é, tão somente, mais um instituto constitucional, de hierarquia igual a tantos outros e livremente disponível ao balanceamento pelo legislador e pelo judiciário. O mercado tem local de destaque na estrutura básica de uma sociedade democrática, de forma que eventuais conflitos entre mercado e políticas intervencionistas com justificativa em outros princípios e institutos consti-

tucionais, como o meio ambiente e a saúde, deve ser solucionado sem perder por perspectiva o lugar do mercado em uma democracia.

Destas observações não se pode concluir que o mercado seja impermeável a intervenções, nos moldes do liberalismo burguês. Ao contrário; ao adequado funcionamento do mercado como instrumento que realiza a igualdade de liberdade nas escolhas sobre produção de bens e atribuição do custo aos diversos estilos de vida, são necessárias políticas estatais que se manifestam tanto na prestação de serviços públicos, como na intervenção de normas sociais.

Dworkin (2005, p. 87) é categórico quando afirma que se a igualdade no leilão da ilha deserta carece que se atribua igual quantidade de conchas aos náufragos, a "conexão entre mercado e a igualdade de recursos" depende "que as pessoas entrem no mercado em igualdade de condições". Mas a igualdade de condições no ponto de partida não é suficiente para que se assegure a igualdade, uma vez que fatores aleatórios ao esforço e responsabilidade do indivíduo, como deficiências e a falta de talentos, repercutem nos resultados finais, ainda que as condições iniciais sejam iguais (DWORKIN, 2005, P. 113). Daí a analogia que fez Dworkin entre tributação e seguro: a tributação e as políticas públicas corresponderiam ao seguro que os néufragos fariam no leilão da ilha deserta, para se precaverem contra as deficiências e a falta de talento (DWORKIN, 2005, P. 118-142).

Também Rawls não limita a sua teoria de Justiça à igualdade de liberdades básicas; concomitante ao seu Primeiro Princípio de Justiça, trabalha o princípio da justa oportunidade para o preenchimento de cargos e funções e o princípio da diferença – Segundo Princípio de Justiça. Nesta toada, ressalta o pensador norte americano (RAWLS, 1971, P. 73) que o segundo princípio de justiça não prescinde de uma política de distribuição de riqueza, com o propósito de evitar o acúmulo de renda e

de se estruturar serviço educacional apto a propiciar justa oportunidade para preenchimento dos cargos e funções de responsabilidade, independente do contexto familiar e social do indivíduo .

O mercado, desta forma, não é refratário a intervenções públicas. As políticas intervencionistas, entretanto, devem ser realizadas sob a cautela de não prejudicar ao mercado o seu protagonismo na definição de que bens devem ser produzidos e da forma de distribuição. É, decerto, trabalhar no limbo. O que deve ser feito, entretanto, sob a ressalva de que a garantia dos meios necessários à justa oportunidade não seja utilizado como cavalo de troia para um Estado paternalista, que prejudique a igualdade de liberdades ao impor ou estimular um modelo de vida pretensamente superior aos demais, que deveria ser o adotado pela sociedade.

## CONCLUSÃO: O MERCADO COMO CONDIÇÃO À SUSTENTABILIDADE DA DEMOCRACIA

A sustentabilidade está em foco. Em especial no novo constitucionalismo brasileiro, em que é utilizada para várias questões: ecologia, economia, desenvolvimento social...

Mas uma questão de sustentabilidade essencial é a democracia. A sustentabilidade da democracia está a depender da tolerância, da reciprocidade e do pluralismo. A igualdade de liberdades básicas não apenas é inerente à democracia, como condição de sustentabilidade da própria democracia.

Por outras palavras, o desenvolvimento sustentável da democracia apenas faz-se possível dentro da perspectiva de que as pessoas são igualmente livres para formarem, vivenciarem e revisarem um estilo de vida. Ou seja, de que as pessoas são igualmente livres para escreverem a sua história. Nesta linha de consideração, a conclusão lógica é de que o mercado, ao revelar-se imprescindível à igualdade de liberdades nas relações

econômicas, é indispensável à democracia.

Através do mercado – não custa repisar – cada pessoa reúne o seu quinhão de bens dentro de suas preferências, mas sob o custo de suas escolhas para as demais. Não é o Estado quem determina quais bens serão produzidos e qual o custo dos diversos estilos de vida, em função do que seria mais valoroso para a sociedade. Tais escolhas, antes, são protagonizadas pelo mercado, com aptidão para revelar a soma das preferências individuais.

Desta feita, à sustentabilidade da democracia deve o constitucionalismo contemporâneo brasileiro, tão afeito ao balanceamento de princípios, precaver-se para não perder por perspectiva o lugar de destaque do mercado na estrutura básica de uma sociedade democrática. O mercado não é mais um dentre tantos outros institutos e princípios constitucionais, que possa ser livremente afastado por consideração a outro princípio ou instituto.

Tanto o legislador, ao elaborar as leis, como o executivo, no exercício das competências discricionárias, e o judiciário não podem olvidar o lugar estrutural do mercado para as democracias contemporâneas, sob o risco de que o abuso de medidas intervencionistas não apenas prejudique o normal, como instaure, sorrateiramente, um Estado paternalista, que prejudicaria a estabilidade democrática.

Melhor explicando: o normal é o mercado, caracterizado pela livre e justa concorrência. É fato que a intervenção pública não mais é vista como medida última a ser tomada, já que a ordem econômica e a propriedade apresentam função social, encontrando-se cerceadas por obrigações tributárias, trabalhistas e ambientais. Mas referidos cerceamentos não podem retirar do mercado o protagonismo na definição dos bens a serem produzidos e do custo dos diversos estilos de vida, mediante políticas públicas que, justificadas em outros princípios e interesses constitucionais, imponham ou induzam a um modelo de vida.

A prática jurídica contemporânea, eminentemente constitucional, não pode fechar os olhos ao limbo entre políticas públicas de meio e políticas públicas de fins. É necessário que se leve este debate a sério, construindo-se os limites à intervenção pública, de forma que o normal não se transforme em excepcional, com prejuízo ao mercado e à sustentabilidade da democracia.

O discurso da sustentabilidade ecológica, do desenvolvimento econômico e social não pode mostrar-se insensível à estabilidade da democracia, intrinsecamente dependente do mercado. É o grande desafio da prática constitucional das democracias contemporâneas: ainda que inexistente uma métrica, estabelecer o equilíbrio entre os vários interesses constitucionais, sem prejudicar ao mercado o seu protagonismo na definição dos bens a serem produzidos e do custo dos diversos estilos de vida.

Para tanto, ao realizar-se o balanceamento de princípio, deve-se compreender o mercado como o normal, aplicando-se o princípio da proporcionalidade para se verificar a necessidade, adequação e suficiência da política intervencionista. Ela é exceção, ainda que mantida a cláusula do Estado social – informada por uma série de interesses e princípios – e que inexistente uma estrita ordem hierárquica entre os interesses e princípios constitucionais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direito fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. Atualização e complemento de Misabel Abreu Machado Derzi. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: Havard University Press, 2011.

_____. *O império do Direito*. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Virtude soberana:* teoria e prática da igualdade. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HAYEK, Friedrich. *Law, legislation and liberty*; rules ande order. Chicago: The University of Chicago press, 1983, v. 1.

_____. Friedrich. *Law, legislation and liberty*; the mirage of social justice. . Chicago: The University of Chicago press, 1978, v. 2.

HUGON, Paul. *História das doutrinas econômicas*. São Paulo: Atlas, 1995.

HOBSBAWN, Eric. *A era dos extremos:* o breve século XX: 1914-1991. Tradução: Marcos Santarrita. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

OTERO, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais*. Coimbra: Almedina, 2007, v. I.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambrigde: Harvard University Press, 1971.

_____. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SMITH, Adam. *The wealth of nations*.NY: Bantam Dell, 2003.