TEORIA ECONÔMICA DO DIREITO NA CONSTITUCIONALIDADE DEMOCRÁTICA

ECONOMIC THEORY OF RIGHT INSIDE THE DEMOCRATIC CONSTITUTIONALITY

André Del Negri*

Recebido para publicação em julho de 2005

Resumo: Este trabalho abre espaço para discutir as políticas econômicas adotadas na constitucionalidade democrática brasileira de 1988, a qual tem comprometimento com os direitos fundamentais já acertados no plano constituinte.
Palavras-Chave: Constitucionalidade econômica. Democracia. Direitos fundamentais.

Abstract: This work makes way to discuss the economic policies accepted by the Brazilian democratic constitution in 1988, which involves well-founded fundamental rights accorded in the constitutional level.
Key Words: Economic constitution. Democracy. Fundamental rights.

1. Introdução

A Constituição brasileira é, atualmente, o alvo dos assuntos relativos à economicidade e, também, objeto de tiranização por parte da Administração Governativa por desconhecer os princípios elementares dos estudos jurídicos-econômicos como forma de garantias constitucionalmente fundamentais da vida humana. Daí, a Teoria Constitucional do Direito, nos âmbitos (vertentes), da economia e da política, fornecer uma rampa de decolagem para novas Teorias sobre Constituição Econômica, e Direitos Fundamentais, já acertados na constitucionalidade democrática de 1988.

A reelaboração dos conceitos de liquidez e certeza e intervenção do Estado, assumiu novos contornos teóricos sob a ótica constitucional vigente, porque, no Estado de Direito Democrático, não é a intervenção em si, ou a liquidez e certeza de direitos fundamentais que estabelecerá a segurança almejada, mas da legitimidade obtida pelo processo jurídico de fiscalidade incessante pelo discurso da instituição garantidora do devido processo constitucional e devido processo legislativo em todo o espaço-tempo da espacialidade brasileira.

2. Legalidade e intervenção econômica do Estado.

Cedo se verificou que os problemas humanos eram mais nefastos do que se imaginava. Sabemos hoje, que o *sujeito* e a *identidade constitucional* (ROSENFELD, 2003: 18) são complexos, pois a experiência nos mostrou, e é óbvio que bem aprendemos com os erros. No entanto, essa mesma experiência constitucional levou-nos a ver a tentativa de racionalização de um Direito que regulasse um estado de miserabilidade social ao lado de uma riqueza com raiz nos privilégios de nascimento.

* Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da UFMG. Professor Universitário de Teoria da Constituição e Direito Constitucional na Universidade de Uberaba. Assessor Técnico da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG.

Vimos à atuação do *liberalismo estatal* voltada à proteção da propriedade privada e dos direitos individuais, onde o direito político era o direito do proprietário de terras. Assim, apenas a melhor sociedade podia participar dos direitos políticos, o que, aliás, pode ser depreendido, claramente, na França, em 1791,

"Cette élaboration est confiée à une assemblée dont les membres sont élus au suffrage censitaire seuls peuvent prendre part au vote les «citoyens actifs», c'est-à-dire les hommes âgés de plus de vingt-cinq ans qui paient une contribution directe annuelle au moins égale à la valeur de trois journees de travail dans les dsitrict où ils habitent. La faculté de voter n'est pas conçue cmme un droit, mais cmme un rôle, une fonction, que la nation confère à ceux que les Constituants jugent les plus aptes à l'exercer." (FAVOREAU, 2002: 449)

Como resultado, a história das sociedades mostra antagonismos de classes, e seus pontos de rupturas em que a velha ordem jurídica é substituída por uma nova. Foi assim que França (SIEYÈS, 1988: 32) ao teorizar acerca da atividade constituinte, argumentava que o *terceiro estado* (grandes comerciantes, altos funcionários, lavradores) não deveria mais sustentar a *alta nobreza* e nem o *alto clero*. Daí, as análises sobre revolução e a esperada evolução por intermédio de uma lei contendo princípios de igualdade e liberdade para todos.

Evidente que o constitucionalismo no século XIX tinha nítidas fragilidades. A proteção da propriedade e a política como uma instituição para poucos fundamentarem as práticas sociais desse período, em que a liberdade econômica fomenta a livre concorrência acarretando, como conseqüência, um impulso ao capitalismo o que acelerou o abuso sobre os menos favorecidos e o surgimento do Estado como instrumento de opressão política e econômica. Fácil é compreender por quê. Nesta época, como já visto, a característica essencial desse Estado constitucional era a *liberdade*, principalmente a *liberdade econômica*, marcada pela não-intervenção do Estado na economia.

Com a idéia do *laissez-faire*, *laissez-passez* (não havendo essa intervenção), o Estado Liberal entrou em crise, com os quadros de exploração dos seres humanos como os relatados à época da Revolução Industrial, situação que gerou a pobreza, o descontentamento e o aumento das desigualdades.

A este propósito, merece referência a observação de Marx, a respeito da competição livre e igual para todos que, por exato, apontou o capitalismo irrestrito desse período como o fato gerador de uma vida de desolação e miséria. Em seu aspecto descritivo, Marx mostra sem dificuldades a indigência de mulheres e crianças como o caso vivido por William Wood, (MARX,1976: 327) sem compleição física, 7 anos de idade que, ia para o trabalho todos os dias da semana, às 6 hora da manhã, e saía às 9 da noite; quinze horas de trabalho para uma criança, sem dúvida é uma incrível arrogância, assim como, também o é, o caso de Mary Anne Walkley (MARX, 1976: 339), que depois de trabalhar, sem descanso, 26 horas e meia, morreu em conseqüência do excesso de trabalho.

Daí que o "século XIX conheceu desajustamentos e misérias sociais que a Revolução Industrial agravou e que o Liberalismo deixou alastrar em proporções crescentes e incontroláveis" (MAGALHÂES, 2000:44). Aqui necessário se faz uma observação de José Luiz Quadros de Magalhães, a de que "o Estado Liberal passou a admitir uma sensível mudança de postura perante as questões socioeconômicas", (MAGALHÂES, 2000: 64) e o fato de as convicções serem determinantes de mudança, é a *Lei Sherman*, a qual surgiu em 1890, nos Estados Unidos, como modelo de legislação anti-truste, visando combater a concentração econômica.

É bom lembrar que a Primeira Guerra Mundial funcionou como um divisor de águas entre o Estado Liberal e o Estado Social (*Welfare State)*. O primeiro, como visto, abstencionista, o derradeiro, conforme será analisado, socializante e paternalista incentivado pela Encíclica *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII a qual proclamou atenção ao lado social, refutando a idéia de capitalismo selvagem. Como se sabe, o *constitucionalismo social* acaba criando as chamadas Constituições Sociais. "É com a promulgação das Constituições mexicana, em 1917, e de Weimar em 1919, que as questões econômicas se incorporaram à regulação constitucional, exercendo desde então considerável influência sobre a legislação de outros países". (AGUILAR, 1999: 147).

Esse novo ordenamento jurídico efetivou-se através de um *Estado intervencionista*, mais atuante e preocupado em estimular o crescimento e desenvolvimento das inúmeras atividades ligadas às áreas da saúde, educação, cultura, família e previdência social. O Estado abandonou sua posição de espectador passando a interferir nesses movimentos com uma linha de crescimento constante na economia, nos empregos e nos impostos arrecadados, ocasionando, conseqüentemente, um maior bem-estar à sociedade. Certamente que o Estado Social, em sua concretude, foi privilégio de poucos países, principalmente de alguns países europeus.

Diante dessa fase estatal, as leis elaboradas pelos parlamentos estabelecem uma série de direitos sociais mínimos antes ausentes, como, por exemplo, a jornada máxima de trabalho de oito horas, repouso semanal remunerado, o amparo à criança e ao adolescente, dentre outros. Com o início de uma nova era social, o *Estado intervencionista* toma corpo e em nome da solidariedade substitui-se a individualidade. O interesse coletivo passou a ter maior importância que o individual e a sociedade se fortalece surgindo os primeiros delineamentos de um Estado mais presente e atuante.

Embora o vigente sistema constitucional brasileiro acrescente inovações à proteção dos direitos dos cidadãos contra a administração governativa, está longe de haver uma total garantia desses direitos. Isso significa que nenhuma das funções (executivo, legislativo e judiciário), no Estado de Direito Democrático, pode se recusar a dar efeito auto-aplicável aos direitos fundamentais expressos no art. 5°, § 1° da CB/88.

O que parece sempre difícil demonstrar é que a intervenção do Estado no domínio econômico ainda é preferível se comparado a um capitalismo irrestrito. Contudo, poderíamos parafrasear Karl Popper, (POPPER, 1987: 137) o qual sustentava que não há um argumento decisivo contra o intervencionismo, uma vez que o poder do Estado deve sempre permanecer como um mal necessário.

Não parece convincente o argumento de que com a intervenção a liberdade dos cidadãos não será salvaguardada. Posta em outros termos, a questão é saber se existem meios e instituições para fiscalizar a atuação do Estado para que ele não atue como um Estado absoluto, verticalista e, portanto, ditatorial. O caminho para compreensão é esquecer a "velha pergunta de Platão, Hegel e Marx: Quem serão os governantes?", por uma mais real: Como poderemos domá-los?" (POPPER, 1987: 140).

3. Sociedade capitalista e o rótulo marxista

Este é um bom momento para assinalar uma análise do determinismo econômico. No entanto, a melhor maneira de observar possíveis afastamentos teóricos é saber que "a ciência começa com problemas e termina com problemas" (POPPER,

1977: 141) frase exposta por um esquema que freqüentemente Popper usava em suas conferências: P1→TT→EE→P2. (POPPER, 1999: 263).

É dessa forma que propomos por em reflexão a debatida teoria marxista, sem a preocupação de um trabalho de fôlego. Marx conheceu muito bem as condições da classe trabalhadora em 1863, período em que estava escrevendo o *Capital*, a grande obra de sua vida. Este, aliás, é o livro que traz a explanação de sua teoria, quanto ao método da produção capitalista, o aumento da produtividade, a acumulação dos meios de produção e, conseqüentemente, uma riqueza cada vez maior em número cada vez menor de mãos. Aí, afloram as duas idéias-forças: o acréscimo da riqueza e da miséria e a tensão entre as duas classes, que levaria a uma revolução social. Por sua vez, a vitória dos trabalhadores sobre a burguesia instauraria o surgimento de uma sociedade sem classes.

Reconhecidamente, Marx retratou um fato importante de seu período histórico, mas ao pedir que a luta de classes se intensificasse, a fim de acelerar a implantação do socialismo é necessário pensar "que a liberdade é mais importante do que a igualdade; que a tentativa de chegar à igualdade põe em perigo a liberdade e que, perdida esta, aquela nem chega a implantar-se entre os não livres" (POPPER, 1977: 43). A tentativa de Popper é desmontar o dogma marxista de que o poder econômico está na raiz de todo o mal e, portanto, deve ser repelido. Dizia o filósofo da ciência que "o dinheiro, como tal, não é particularmente perigoso". Torna-se perigoso qualquer forma de poder não controlado, pois em uma "democracia, temos nas mãos as chaves do controle dos demônios. Podemos domá-los. Devemos saber disso e usar as chaves; devemos construir instituições para o controle democrático do poder econômico e para proteger-nos da exploração econômica" (POPPER, 1987: 135).

Um problema que parece se revelar confuso na dialética marxista, e que nos reenvia a uma análise sobre o argumento do aumento da miséria, é que se a revolução social do proletariado é o nome do período de transição da luta entre as duas classes até a vitória final dos trabalhadores, "a teoria da miséria crescente deve ser abandonada se se admite a possibilidade de reforma gradual" (POPPER,1987: 163).

Na base dessa objeção encontra-se uma atrativa reflexão: o que é Estado para Marx? A denominação de que o Estado é um órgão de dominação de classe para oprimir a outra, ou seja, é "um comitê para gerenciar os assuntos comuns de toda a burguesia", (MARX, 1996: 12) não é um argumento justificador da seguinte e importante conclusão: "todo governo, mesmo o governo democrático, é uma ditadura da classe governante sobre os governados" e, dessa forma, "como o Estado, sob o capitalismo, é uma ditadura da burguesia, assim, após a revolução social, será ele primeiramente uma ditadura do proletariado." (POPPER,1987: 127)

Qualquer instituição que recorra a essa idéia para justificar uma política ideológica vê-se diante de uma série de dificuldades teóricas e práticas. Em primeiro lugar, "a liberdade, como vimos, derrota a si mesma, se for ilimitada". Esse é o famoso *paradoxo da liberdade* de Popper, (POPPER, 1987: 131), ou seja, a "liberdade ilimitada significa que um forte é livre de agredir um fraco e roubar a liberdade deste," essa é a razão para referido autor defender a existência de instituições legais, já que o poder econômico é dependente do poder político e físico. Isso não é percebido em Marx, pois a política nada mais pode fazer do que "encurtar e minorar as dores do parto" (MARX, 1976: 1). Essa afirmação não se fundamenta; é como não pudéssemos fazer nada; é como não hou-

vesse meio para alterarmos à nossa vontade a realidade econômica. Em termos gerais, na opinião de Marx, "é inútil esperar que qualquer mudança importante possa ser realizada por uso dos meios legais ou políticos" (POPPER, 1987: 116).

Os paradoxos parecem genuínos quando se aprofunda na leitura de Karl Popper em sua *Sociedade Aberta*. Há em Marx, um outro ponto crucial, o que pode até ser considerado uma imensa contradição, ao trabalhar uma idéia problemática de democracia. Se há um acréscimo de riqueza em número cada vez menor de mãos, e um aumento da miséria para a classe trabalhadora numericamente a crescer, se isto é verdade, assim como a que ele imaginava, de que o primeiro passo da revolução da classe operária seria elevar o proletariado à posição de classe dominante, então não tem havido uma explicação plausível do que seja democracia em Marx.

Há uma clara demonstração de que os meios de produção se têm acumulado e a produtividade do trabalho tem aumentado desde o seu tempo, "a uma extensão que mesmo ele dificilmente teria considerado possível. Mas o trabalho infantil, as horas de tarefa, a agonia da fadiga e a precariedade da existência do trabalhador não aumentaram: tudo isso declinou" (POPPER,1987: 193).

Assim, como acima exposto, esse insólito raciocínio de similitude entre democracia e maioria, como bem anota Paulo Otero, (OTERO, 2001:171) deve ser repudiado, pois a exacerbação do princípio revelador da vontade maioritária como critério decisório de verdade, poderá levar a um totalitarismo extremado, tal qual ocorreu nas deliberações parlamentares na Alemanha nazita e na Rússia estalinista.

De fato, na história pela conquista do *poder* percebe-se que a necessidade de apelar a uma parte considerável da população fez com que houvesse a divinização do princípio maioritário, o qual elevado à categoria de fonte de verdade expressa na lei, acabou "por fazer sucumbir às suas próprias mãos a democracia, assistindo-se a instauração de um totalitarismo democraticamente legitimado", (OTERO, 2001: 172) onde a democracia converteu-se em uma palavra vazia, originando um modelo paradoxal de democracia antidemocrática. Portanto, já é tempo de pensar a quebra desse princípio majoritário, como defendido por Locke, (LOCKE, 2002: 76) onde "a maioria tem a prerrogativa de agir e resolver por todos", pois vem propiciando a utilização de uma ideologia intencionalmente falsificante, mascaradora e ocultadora da realidade e, com isso, um retorno ao pensamento perturbador de enquadramento teórico da decisão pela autoridade-vontade-maioria, o que não encontra guarida nas democracias da modernidade.

Parece que aí se demonstra o mal da concepção marxista sobre a Teoria do Estado e da Democracia, de nada valendo a sua argúcia. Estado, hoje, como se pode notar, não é mais a representação unitária da nação concebida por Bodin e Hobbes, o guardião que age limitando, anunciando e manifestando as mudanças de forma unilateral, tomando e executando todas as coisas. Trata-se dentro desse holismo de um Estado visto como um indivíduo perfeito, de um super-indivíduo soberano fundamentado numa concepção puramente centrada no autoritarismo. É claro que isso corresponde a uma teoria anacrônica que, nos dias atuais, não mais pode ser aceita, sob pena de se presenciar um retorno ao autoritarismo.

Certamente, toda a regulação normativa deve se desenvolver de acordo com a Constituição, que é a única fonte legitimadora da ordem jurídico-política produzida pela atividade constituinte. O Estado, des-

sa forma, é uma instituição que se *legitima* na Constituição, não podendo ultrapassá-la. Do contrário, se o Estado não se restringe a obedecer aos limites constitucionais haverá uma extrema arbitrariedade e também uma superioridade do Estado sobre o indivíduo, tomando características de um *Estado hegeliano*, o qual não obtém a soberania do povo, mas de si próprio, que via os cidadãos apenas como um componente de formação estatal (ABBGNANO, 2000: 109) o que do ponto de vista da sociedade aberta, é algo que deve ser afastado para se evitar um retorno à sociedade fechada na qual o *Estado é tudo e o indivíduo é nada*. (POPPER, 1987: 205)

Verifica-se, portanto, que o Estado na democracia é ***estabilizador*** dos atos produzidos no espaço democrático. Na sociedade moderna, fundada na racionalidade comunicativa, não se admite por parte do Estado nenhum tipo de sobressaltos e afronta aos direitos fundamentais, pois ele é, senão, o próprio lugar de *garantia* jurídica da legalidade e legitimidade.

4. A teoria econômica do direito em Richard Posner

Richard Posner (POSNER, 2000: 120) não é apenas um *former professors* da Escola de Chicago, Estados Unidos. Ele é, certamente, um dos maiores pensadores e pode ser considerado um desmistificador. Para compreendê-lo, o primeiro ponto a ser analisado é que sua teoria está envolvida por um conceito de Moral, (POSNER, 2000: 249) o que, de logo, requer esclarecer que não é nada ligado à Moral kantiana, pois não é axiomática, não é juízo como em Kant; em outros termos, a questão Moral é um compromisso para com os perdedores, e Posner aplica sua Moral à questão da eficiência, (ALPA, 1997: 19) não a eficiência produtiva do trabalho, mas a eficiência do sistema econômico.

Assim declinou Posner que o lucro, em si, tem que reservar uma partilha de si mesmo para reparar uma perda econômica, uma vez que ele acredita na hipótese permanente de que todo ganho pressupõe uma perda que deva ser compensada.

Exemplifica-se: o problema das favelas se agravou nos últimos anos. Apesar da ocorrência, constata-se o aumento constante de edificações em áreas próximas àquelas localidades. Em um lance controverso, podemos detectar que o edifício cresce, e a favela, ao lado, não muda; na verdade a situação até pode piorar. O crescimento estimado da construção, de fato, ocorreu, pois o edifício cresceu, o que não significa que a situação econômica melhorou para todos os moradores da favela; se houve crescimento, nesse exemplo, para um lado, houve queda constante do outro. O crescimento para os "favelados" foi zero, se comparado aos proprietários construtores de edificações. O conhecido caso da inauguração da *DASLU* vizinha à favela Coliseu em São Paulo, faz coro a essa exemplificação. Como corrigir essas distorções?

Percebe-se que a teoria de Posner é capaz de desenvolver políticas econômicas para que o ganho já incorpore uma indenização a ser recolhida para um determinado fundo, pois todo ganho corresponde a uma perda. Observa-se que essa visão é completamente diferente de um tributo confiscatório, pois o recolhimento é do *plus*, é do lucro; reserva-se um pedaço desse *plus* para o desenvolvimento de políticas econômicas.

Já que o lucro no capitalismo é inevitável, e por um golpe de vontade não se pode erradicá-lo, Posner quer apenas dizer aos membros dessa sociedade complexa, enquanto jogadores do capitalismo, que há possibilidade de viabilizar um capitalismo numa concepção democrática. À medida que se faz essa viabilização, o capitalismo

é amenizado e a democracia entra no sistema.

Marx dizia que o capitalismo fica no lugar do mundo da vida, quer dizer, é um sistema que impede a ressimbolização do mundo da vida. A teoria de Posner, como apresentada até aqui, não diz isso e, portanto, também, não vai contra as concepções de Habermas (HABERMAS, 1997: 10). Nessas circunstâncias, pode-se concluir que a grande proeza de Posner foi afastar o padrão dos escolásticos e seus dogmas: "não lesar ninguém"; "dar a cada um o que lhe é devido". Há uma quebra de toda essa *epsteme* escolástica dizendo que o importante, não é lesar a ninguém, mas uma vez ocorrendo lesão, o importante é saber se essa lesão pode ser sancionada.

5. Fundamentos de liquidez e certeza na constitucionalidade democrática

Até aqui, percebe-se uma sociedade extremamente complexa com uma série de sistemas especializados como o mercado, o Direito e o Estado. Assim, se, enfocarmos por esse ângulo, pode-se concluir que o estudo de Direito Econômico torna-se imprescindível, pois abre espaço para discutir, teoricamente, as políticas econômicas adotadas pela Constituição de 1988, a qual tem comprometimento com os direitos fundamentais já acertados no plano constituinte.

Rosemiro Leal (LEAL, 2005: 23) a partir do pioneiro trabalhado de Celso Barbi (BARBI, 2000: 12) em uma importantíssima pesquisa científica, possibilitou estoque teórico em face do aspecto de liquidez e certeza dos direitos fundamentais, sinalizando aos operacionalizadores jurídicos uma compreensão compatível com a *teoria da democracia*. Referido autor demonstra que o conceito de liquidez e certeza, no aviamento do mandado de segurança, é muito banalizado na constitucionalidade democrática. Por isso, propõe demonstrar que os direitos fundamentais incorporam os conceitos de liquidez e certeza no nível constituinte, a partir da decisão do legislador constituinte.

Assim, a expressão direitos fundamentais, para ser compreendida e não cair na vala banalizada passa, forçosamente, pelas acepções do que seja liquidez e certeza. O referido processualista ao questioná-las, dá mostras que nada adianta dizer a um operacionalizador do direito, o qual vai impetrar um instituto constitucional, como o *mandado de segurança*, alegando liquidez e certeza, se não tem compreensão do alcance desses requisitos. Com base nesse estudo, também é inútil enfatizar que a escolha de um procedimento judicial ocorrerá por via do *periculum in mora* e de um *fumus boni iuris*, se o entendimento ocorrer num mundo onde a bem-aventurança do direito-de-ação (procedimento), só é possível depois de o autor da ação, instintivamente, visualizar um sinal de fumaça (fumus boni iuris). A "fumaça do bom direito" não é nenhuma fórmula, nenhum rito, nenhum cerimonial de algo situado "acima da terra" de forma etérea, aérea, sublime, pois essa plausibilidade do bom direito também tem comprometimento com a concepção de liquidez e certeza.

Para instaurar o *procedimento* do mandado de segurança e discutir a teoria dos direitos fundamentais, tem que passar pela compreensão do que seja direito liquido e certo na fundamentação democrática. No entanto, como dito, foi Celso Agrícola Barbi (BARBI, 2000: 49), que primeiro deu ênfase, no direito brasileiro, de forma esclarecedora, ao estudo da liquidez e certeza.

A expressão "direitos fundamentais" na constitucionalidade democrática, portanto, segundo Rosemiro Leal, pode ser compreendida a partir de plataformas de produção, porque teríamos o exemplo

do plano constituinte que, ao racionalizar o Direito, automaticamente, esse direito debatido e acordado teria sua garantia já acertada, não podendo ser levada a posteriores pela judicialidade, pois estão protegidos pela coisa julgada constituinte (coisa julgada em razão da decisão do legislador constituinte).

Assemelha-se à *coisa julgada constituinte* a expressão *coisa julgada constitucional*, sendo que esta última opera-se em uma órbita diferente, por ser realizada em razão de decisão judicial, obviamente posterior à criação do direito. Neste caso, a liquidez e a certeza não podem ser negadas ou erradicadas por uma decisão judicial, pois se o plano constituinte já decidiu, não será uma decisão judicial que irá assegurá-los novamente. A decisão judicial sobre direitos fundamentais, nesse parâmetro de liquidez e certeza, não é constitutiva desses direitos como se referia Carnelutti (CARNELUTTI, 1942: 55) ao afirmar que *"Existe jurisdicción de mera declaración constitutiva cuando la existência de la situación declarada judicialmente depende de la declaración judicial, la cual es, por lo tanto, um hecho constitutivo de la misma"*.

Em sendo pública a função do juiz, é estranhável falar que ele irá, por intermédio de sentença, constituir direitos, vez que essa decisão judicial é declaradora-executiva, ou seja, ela declara apenas o cumprimento, não o direito, pois este já foi declarado no plano constituinte. Oportuna a conclusão de Rosemiro Leal:

O anúncio de direitos fundamentais e intocáveis pela decisão constituinte torna imperativa sua existência institucional, uma vez que a *liquidez e certeza* desses direitos reclamam execução ininterrupta de *mérito* pressuposto já pré-julgado (decidido) no horizonte instituinte do legislador originário da constitucionalidade vigorante. (LEAL, 2005: 27)

Outro ponto extremamente discutido é, sem dúvida, a definição de *ganho de eficiência*, que, aliás, não tem a mesma compreensão no Estado Liberal e Social de Direito. No *Direito Econômico de Estados de Direito Democráticos,* como o Brasil, onde, vivencia-se uma exclusão social intolerável, o ganho de eficiência não pode ser entendido tão-somente como comportamento individual (visão atomizada), pois tem que ser medido pelo volume de implementação dos direito à vida, à dignidade e à liberdade.

O ganho de eficiência vai significar a atuação dos agentes econômicos no âmbito da estatalidade em uma relação custo-benefício, o que deveria ser estudado pelo princípio da economicidade, que é trabalhado pelo Prof. Washingnton Albino.

Dessa forma, para Washingnton Albino (ALBINO, 1980: 3), o Direito Econômico tem por objeto regulamentar as medidas de política econômica referentes às relações e interesses individuais e coletivos, harmonizando-as pelo *princípio da economicidade*. Assim, referido autor diz que "prefere o termo economicidade, como significando uma linha de *maior vantagem* nas decisões da *política econômica* (...)." (ALBINO, 1980: 30) Percebe-se, nessa versão, que a **economicidade** tenta afastar a questão delinqüente de lucro-benefício, preocupando-se com a implementação da qualidade de vida, e não com o perfil exitoso dos agentes econômicos.

Direito Econômico, estudado no paradigma da Constituição brasileira de 1988, põe em prática, gradualmente, políticas econômicas que devem orientar o Direito Tributário para um melhor compromisso de implementação dos direitos constitucionalmente fundamentais. O problema está que, no Brasil, os tributos e as receitas tributárias por não rederem compromisso com o Direito Econômico do Estado de Di-

reito Democrático, são responsáveis pela grande totalidade de lesões a direito, e o Congresso Nacional não se dá ao trabalho nem tem a coragem de rejeitar liminarmente proposta de lei incompatível com essa discussão teórica aqui apontada. Daí as lesões que são cometidas com freqüência pela Função Legiferante e pela Administração Governativa na gestão estatal.

Com efeito, seria curioso se, para a efetividade do ganho de eficiência do sistema, o Ministério Público estivesse em permanente fiscalização desses ganhos e dessas receitas, a fim de informar ao povo que há crescimento e atendimento aos direitos fundamentais. Eis, portanto, a relevância dessa instituição, pois se o Ministério Público não fiscaliza, permanentemente, o ganho de eficiência e em não havendo a sua divulgação, é claro que essa instituição não está cumprindo o seu papel constitucional, logo está na contra mão da constitucionalidade democrática e, certamente, isso implica em exclusão social e no aumento da miséria coletiva.

6. Conclusões

A análise do Estado, em princípio, foi feita ao arrimo de teorias com fundamentalidade no liberalismo. É perpassar a história é ver que o Estado Liberal viveu permanente crise, por inaplicabilidade dos mecanismos de defesa a uma massa de desvalidos.

Mostra-se inquietante, ao nosso entender, o historicismo de Marx com o fim de explicar a ditadura do proletariado à medida que o tempo passa. Cresce, então, de aspecto, o conceito de *historicismo*, doutrina filosófica que tem o propósito a "explicação de acontecimentos presentes, remetendo-os às determinações do passado, além de estabelecer como inevitáveis as previsões futuras. Porque o destino histórico está definido de antemão, é possível prever acontecimentos." (NEIVA, 1999: 222). Em sendo assim, o capitalismo seria simplesmente mais uma fase nesse progresso histórico inevitável. No entanto, como a história mostrou, o erro estava muito mais nas pessoas que operavam o sistema e na liberdade que lhes era concedida.

Dessa forma, o que Marx não fez, foi a crítica da crítica, ao esperar a destruição do capitalismo acreditando em uma espistemologia. Ruptura rápida para este parto difícil, enigmático e estéril da revolução do proletariado.

Somente após longo tempo de determinismo e decisionismo, é que se passou à análise de um constitucionalismo voltado para uma regulamentação da atividade econômica até chegar à inovação importante trazida pela Constituição brasileira de 1988.

Por conseguinte, pode-se sintetizar, que o Direito Econômico do Estado de Direito Democrático, na vigência constitucional brasileira, preocupa-se com a implementação dos princípios fundamentais (direito à vida e dignidade humana) e a instituição do Processo (contraditório, ampla defesa e isonomia), como direito-garantia constitucionalizada é total importância para a fiscalização das políticas econômicas.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *História da filosofia.* Lisboa: Editorial Presença, 2000. v. 8.

AGUILLAR, Fernando Herren. *Metodologia da ciência do direito.* São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALPA, Guido. *A análise econômica do direito na perspectiva do jurista.* Trad. João Bosco Leopoldino da Fonseca. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, 1997, p. 5-55.

BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança.* Forense: Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del*

nuevo proceso civil italiano. Trad. Jaime Guasp. Editorial Bosch: Barcelona, 1942.

FAVOREAU, Louis. *Droit Constitucionel.* In: ROUX, André. Paris: Dalloz, 2002.

HABERMAS, Jürgen.*Direito e democracia:* entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v.2.

LEAL, Rosemiro Pereria. *Relativização inconstitucional da coisa julgada:* temática processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o Governo.* São Paulo: Martin Claret, 2002.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, v.1.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *O manifesto comunista.* São Paulo: Paz e Terra, 1996.

MARX, Karl. *El capital: crítica de la economia política*. Trad. Vicente Romano García. Madrid: Akal, 1976, Tomo I.

NEIVA, Eduardo. *O racionalismo crítico de Popper.* Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1999.

OTERO, Paulo. A democracia totalitária: *Do Estado totalitário à sociedade totalitária. A influência do totalitarismo na democracia do século XXI.* Lisboa: Principia, 2001.

POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos.* Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Editora Itatiaia; São Paulo: EDUSP, 1987, Tomo 2.

_____. *Autobiografia intelectual.* Trad. Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo, Cultrix; Ed. da Universidade de São Paulo, 1977.

_____. *Conhecimento objetivo:* uma abordagem evolucionária. Tradução de. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.

POSNER, Richard A. *El análisis econômico del derecho*. México: Fondo de Cultura Econômica, 2000.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional.* Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *O que é o Terceiro Estado?*. In. A Constituinte Burguesa. Rio de Janeiro: Liber Juris: 1988.

SOUSA, Washington Peluso Albino de. *Direito econômico.* São Paulo, 1980.