

ANTINOMIAS JURÍDICAS E GESTÃO ECONÔMICA

José Eduardo FARIA¹

SUMARIO: I. O interesse público como recurso retórico. II. O estado e a mudança da função das normas. III. O estado e sua estrutura jurídica. IV. O estado e a mudança da função das normas.

A incerteza é uma premissa da política. Assumi-la não pressupõe, contudo, desprezar as demandas por certeza. Ao contrário, como diz Lechner, um realismo político bem entendido exige que analisemos com atenção redobrada em que medida a democracia consegue desenvolver referências de certeza. Como este é um dos aspectos cruciais na institucionalização da democracia, aqui encarada não na perspectiva de um contrato social programada *ex ante*, porém na perspectiva de um intrincado processo no qual desenvolvem estratégias de negociação que têm como resultado *ex post* uma nova ordem política, importam as relações de congruência e/ou incongruência entre duas lógicas distintas: a lógica da “governabilidade” e a lógica da “legitimidade”.

No exame das relações de congruência e/ou incongruência entre essas duas lógicas, duas são as questões que nos interessam mais de perto:

1) em que medida países como o Brasil, que alcançaram relativo sucesso na transição do autoritarismo burocrático para a democracia representativa, têm conseguido forjar políticas públicas consequentes, responsáveis e eficazes para vencer o desafio da governabilidade sem comprometer a ordem constitucional e, com isso, sem afetar uma legitimidade concebida numa dimensão legal-racional?

2) até que ponto essa ordem constitucional nova está, no âmbito de um país profundamente marcado pelos desequilíbrios sociais, setoriais e regionais, apta a servir de marco normativo para a formulação de uma “vontade coletiva” para a restauração dos “laços de arraigamento social”, e para a delimitação do

¹ Universidad de São Paulo.

“quadro do possível”? Ou indo ao fundo do problema: até que ponto um ordenamento jurídico concebido como formal e logicamente coerente, com categorias normativas e procedimentos judiciais conceitualmente formulados com vistas à estabilização, e permanência de um determinado padrão de relações sociais, pode realmente funcionar numa sociedade complexa e conflituosa como a brasileira? Uma sociedade regida por um Estado cujo crescente poder de intervenção lhe permitiu planejar, financiar, implementar e subsidiar, em apenas quatro décadas, a indústria de substituição de importações no campo da petroquímica, siderurgia, papel e celulose, fertilizantes, alumínio, cimento e metais não-ferrosos? Uma sociedade marcada por imensas transformações geo-ocupacionais num período muito curto de sua trajetória histórica e, como contrapartida desse modelo específico de crescimento que propiciou a substituição de seu perfil agrário-exportador por um perfil urbano-industrial, cada vez mais afetada pela ação política praticada fora dos espaços jurídico-processuais e político-representativos tradicionais por atores coletivos que, até recentemente, não tinham tradição de mobilização e luta?

Não é difícil justificar a importância, o alcance e a natureza dessas indagações. Se no plano constitucional a Carta promulgada em 5 de outubro de 1988 consagra valores entre si potencialmente conflitantes, como a propriedade privada (incisos XXII do mesmo artigo e III do artigo 170), a livre concorrência (inciso IV do art. 170) e a “busca do pleno emprego” (inciso VIII do mesmo artigo), a liberdade de iniciativa (inciso IV do art.1º) e o caráter normativo e regulador da atuação do Estado no exercício de suas funções de fiscalização, incentivo e planejamento (art.174), no plano da efetiva aplicação dessas normas constitucionais quais delas devem de fato prevalecer quando todas estiverem ao mesmo tempo em questão?

Subjacente ao problema específico das implicações constitucionais da reforma monetária encontra-se, portanto, uma das questões centrais da filosofia política e da filosofia do direito moderna: a relação entre os interesses privados e o interesse público. Numa definição geral, o interesse público tem sido atendido como um padrão destinado a servir como critério para balizar, fundamentar e legitimar as decisões governamentais. Nos países de tradição democrática, em que tais decisões são tomadas com base na “regra de maioria”, esse padrão de valor também tem sido, muitas vezes, associado à noção de “justiça” —evidentemente, numa perspectiva de caráter formal. Essa associação encerra, por sua vez, dois princípios fundamentais que são congruentes apenas à primeira vista: o princípio que, numa dimensão kantiana,

ênfatisa a ampla liberdade de cada cidadão desde que ela seja compatível com a ampla liberdade dos demais cidadãos; e o princípio que recomenda a redução das desigualdades econômicas gritantes, tendo em vista a consecução de um certo equilíbrio social; isto porque, quando todos são proprietários de algum bem ou disponham de algum recurso, por menor que seja, todos teriam a perder caso alguém, revoltado pela privação absoluta e nada tendo a perder com atitudes disfuncionais e confrontacionais, se dispusesse isoladamente a desprezeitar a liberdade, os bens e os recursos dos demais.

Nos países de sólida tradição democrática, o princípio que ênfatisa a liberdade igual para todos tem, historicamente, prevalecido sobre qualquer cálculo de vantagens e desvantagens na distribuição dos bens e dos recursos. Trata-se de um princípio eminentemente normativo, enquanto o que recomenda a redução das desigualdades absolutas tem sido, nesses mesmos países, um princípio de caráter basicamente programático. Embora a legislação social possa eventualmente referir-se à prestação, pelo governo, de certos serviços públicos de grande importância para as minorias desafortunadas, “os fracos ou os incapazes de proverem a própria subsistência”, como afirma Hayek (1985), o que realmente tem predominado, na experiência política desses países, são as regras formais do jogo a partir da institucionalização na liberdade individual.

É por essa razão que os procedimentos balizadores da produção do interesse público, sob a forma de políticas governamentais, se expressam por meio de princípios gerais formulados em bases suficientemente amplas e capazes de expressar os mais variados interesses particulares no âmbito de uma sociedade livre e competitiva. É por esse motivo, igualmente, que tais princípios precisam ser universais na sua aplicação, não devendo favorecer grupos privilegiados. Se a generalidade é um requisito de conteúdo, a universalidade é uma exigência de não-discriminação dos cidadãos. E como esses princípios devem ser encarados como válidos erga omnes, as partes devem considerá-los como a instância final e definitiva na ordenação dos conflitos de interesse que não são passíveis de harmonização por meio de barganhas e negociações.

Uma decisão política seria assim de “interesse público” quando beneficiasse todos os cidadãos, se não imediatamente, pelo menos a médio e longo prazo, e quer (ou não) todos a identificassem como “boa” para si num primeiro momento. Uma ação no “interesse público” seria a que pode ser justificada por ir ao encontro das diferentes aspirações individuais e cuja aprovação se dá com base num consenso quanto aos procedimentos, ou seja, quanto às normas gerais e universais que orientam os tipos de fins que podem

ser atingidos numa dada sociedade pluralista. Paradoxalmente, portanto, nessa produção do “interesse público” não se exige de cada cidadão o consenso com relação aos fins, mas somente com relação aos meios capazes de servir a uma grande variedade de propósitos potencialmente harmonizáveis; meios esses que cada um espera que o auxiliem na satisfação de seus objetivos.

Ora, se os homens são livres para determinar como bem entendem seus desejos e aspirações, como é possível determinar o interesse público quando as diferentes aspirações e os distintos desejos não são passíveis de harmonização dentro dos limites das regras do jogo, convertendo-se em conflitos entre alternativas excludentes que, para serem equacionados ou dirimidos, exigem a imposição de uma decisão política com base na “violência legítima” do Estado— decisão essa que implica a consagração de um determinado critério de valor em detrimento dos demais? Uma decisão que, mesmo fundada a partir da regra de maioria, não consegue prevalecer sobre as minorias que, derrotadas no jogo formal, pretendem desestabilizá-lo recusando-se a acatar a vontade da maioria? Minorias que, encarando as regras do jogo sob uma ótica substantiva, pautando-se exclusivamente pelo que Weber chama de “ação racional tendo em vista um valor” e fundamentando seus atos numa “ética de convicção”, praticam a desobediência em nome da legitimidade dos fins que defendem?.

Na filosofia política e jurídica moderna, que se construiu a partir de secularização e rebelião contra as instituições hierárquicas da sociedade tradicional, este tipo de questão recebeu historicamente, várias grandes linhas de resposta.² Originando-se num contexto de luta contra o absolutismo, os contratualistas ingleses, como Hobbes e Locke, ofereceram uma resposta clássica que tornava a ordem social dependente da negociação individual e, por consequência, do contrato social —um caminho também trilhado por alguns dos principais pensadores do Iluminismo francês. Trata-se de uma linha de resposta que, além da ênfase do individualismo, também é fortemente racionalista— e embora ressaltem diferentes tipos de necessidades individuais, em termos de poder, segurança e felicidade, esses pensadores retratam em seus trabalhos a sociedade como uma emanção das escolhas de atores racionais. Esta é uma linha seminal na filosofia política e jurídica moderna, não há dúvida, mas o que

² Lyons, David, *In the interest of the governed*, Oxford, Clarendon Press, 1973; Dworkin, Ronald “Taking rights seriously”, *Oxford Essays in jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1973; *id.*, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988; Schluchter, Wolfgang, *The rise of western rationalism*, Berkeley, University of California Press, 1981; Habermas, Jürgen, *Mudança estrutural na esfera pública*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1984.

interessa para os propósitos deste trabalho são duas outras linhas específicas de resposta tomadas aqui como tipos ideais de um liberalismo individualista exacerbado e de um intervencionismo democrático extremado.

A primeira das linhas de resposta que mais de perto nos interessa tem sido desenvolvida na perspectiva teórica de, entre outros, Bentham, para quem a definição do interesse público poderia ser obtida pela simples adição e totalização dos interesses individuais existentes numa comunidade. Acreditando na possibilidade de uma determinação quantitativa do interesse público, Bentham o vê como idêntico à “soma dos interesses dos vários membros que a compõem”. Partindo dessa idéia, economistas liberais contemporâneos —como Musgrave e Posner³ — procuraram desenvolver fórmulas destinadas a definir as políticas públicas somando todos os interesses privados e subtraindo do total os legítimos interesses privados em conflito. O restante, harmonizado a partir de um “valor comunitário”, corresponderia aos interesses que trazem benefícios a todos sem prejudicar a ninguém. Quanto às atividades especificamente econômicas, elas, além de promover a satisfação de determinadas necessidades, são racionalizadas por uma economia do bem-estar assentada no livre jogo de mercado —a melhor maneira de se promover a identificação das necessidades individuais e de propiciar uma escolha entre compromissos econômicos alternativos.

A segunda linha de resposta tem sido desenvolvida na perspectiva teórica de, entre outros, Rousseau, para quem uma vontade geral não é a vontade expressa por um corpo de representação legislativa, mas sim a vontade de toda a comunidade concebida ideal e racionalmente em termos de seus melhores interesses. Partindo de uma visão igualitária radical, Rousseau afirma que os homens possuem uma vontade racional —e a vontade geral é encarada como a expressa por essas vontades individuais, quando se congregam para legislar. Isso não significa, contudo, a concepção da vontade geral como a soma das vontades individuais de uma comunidade— até porque essas vontades particulares não estão dirigidas no sentido do bem geral, mas no do bem de cada indivíduo. Como uma verdadeira lei é sempre uma regra geral, o problema de todo governo é saber como se pode obter tais leis —um problema cuja resolução é por Rousseau descartada na perspectiva da democracia representativa. Para ele, defensor da democracia direta, os representantes

³ Musgrave, Richard, *Teoria das finanças públicas*, Rio de Janeiro, Atlas/MEC, 1973; Posner, Richard, *Economic Analysis of Law*, Boston, Brown Press, 1972

eleitos com base na regra de maioria podem não apenas fazer juízos falsos quanto ao que é necessário para a comunidade, como ainda, em muitos casos, deixar-se motivar por considerações sem qualquer relação com a promoção do bem comum. O problema básico do contrato social é, assim, encontrar uma forma de associação capaz de defender com toda a “força comum” os membros da comunidade e na qual cada um obedeça a si mesmo e continue livre como antes ao mesmo tempo em que se une aos outros.

A evolução histórica do século XVIII aos dias atuais desconfirmam as explicações baseadas em Bentham, mostrando o irrealismo do postulado de que um indivíduo não pode ter interesses antagônicos aos interesses da comunidade política como um todo. Na medida em que Bentham encarava o indivíduo como um ser essencialmente egoísta, sua doutrina somente poderia ser aceita na suposição de que a soma total das ações individuais egoístas pudesse ser equiparada à felicidade máxima da comunidade. Mas a história tem revelado, justamente, o oposto: ela nos mostra, por exemplo, que os indivíduos muitas vezes reivindicam a redução ao mínimo de seus impostos, enquanto a realização de certas funções indispensáveis por parte do poder público exige uma substancial majoração da carga tributária; ela também registra, por exemplo, que os livres empreendedores muitas vezes tendem a formar cartéis, fazendo acordos para elevar artificialmente o preço de seus bens e serviços e assim minando o livre jogo de mercado -enquanto o interesse público seria melhor atendido caso houvesse uma efetiva concorrência entre eles.

Estes dois exemplos permitem informar que, sem uma avaliação qualitativa dos interesses individuais por parte do Estado, não há como se obter uma definição concreta do “interesse público” — entre outros motivos, porque sua identificação com a soma aritmética total dos interesses privados subestima tanto as contradições sociais, quanto as diferenças culturais e as privações de grupos economicamente marginalizados.

Já as explicações baseadas no paradigma rousseauiano apresentam outro tipo de dificuldade: se é certo que os interesses privados somados não “exaurem” o interesse público e que a democracia representativa não conduz à vontade geral, quem, em contextos historicamente localizados, está legitimamente autorizado a defini-la e/ou interpretá-la? Do século XVIII aos dias de hoje o que se tem visto é que, quanto mais as sociedades se tornaram complexas, mais sua progressiva diferenciação funcional passou a encerrar divisões incansáveis e conflitos insolúveis —o que, se por uma lado multiplicou de modo exponencial a tensão entre a liberdade individual e as necessidades de segurança coletiva, por outro passou a exigir valores básicos mais amplos e

efetivos para unir e fundir os diferentes interesses num sistema sócio-econômico e jurídico-político minimamente ordenado. No entanto, como definir esses valores a não ser mediante graus crescentes de abstração— o que termina convertendo o interesse público num conceito excessivamente genérico e vago? Um conceito quase mítico, cujo valor se assenta justamente na indefinição de seu sentido e que, por ser facilmente manipulável por demagogos, populistas e tiranos na vida política, acaba sendo analiticamente pobre? Portanto, se o interesse público é um postulado vital para os padrões de legitimidade nas sociedades complexas e pluralistas, habilitando indivíduos de diferentes convicções e distintos interesses a respeitar uma base comum para a garantia de seus próprios interesses particulares, de que modo obter a definição da vontade geral por métodos mais eficazes do que a regra da maioria? De que modo, na definição de uma vontade geral que não se esgota no reconhecimento e na compatibilização do maior número possível de interesses individuais, impedir a descaracterização e a desqualificação dos interesses da minoria —já que também pode haver “interesse público” no direito privado daqueles que optaram por não acompanhar a maioria? Todas as situações de conflito que exigem uma ação governamental convidam a uma consideração de valores comunitários, é certo; mas quem interpreta e/ou define esses valores em termos duradouros, uma vez que a democracia representativa, no paradigma rousseauiano, apenas propiciaria uma coincidência acidental e eventual de certos interesses de curto prazo?

I. O INTERESSE PÚBLICO COMO RECURSO RETÓRICO

A insuficiência das explicações baseadas em Bentham e Rousseau, entre outros, revela o caráter dilemático do conceito de interesse público. Tendo concebido o homem como um ser livre, autônomo e anônimo, um “cidadão da Nação”, e tratado a constituição dessa “Nação” como um problema de “ordenação” da vida social a exigir um permanente esforço de coalização dos diferentes interesses individuais, já que na concepção “contratualista” de sociedade não há uma estrutura pré-determinada nem uma hierarquia natural, estática e imutável de ordens e movimentos, a filosofia política e jurídica moderna desde sua origem se debate com uma questão difícil: se por um lado cada cidadão, ao converter sua inserção numa dada ordem convencional, na institucionalização de sua liberdade na afirmação de sua autonomia, por outro, justamente porque é livre e autônomo, também pode assumir-se como indivíduo

em oposição aos valores gerais assegurados por essa mesma ordem —o que termina por fazer o Estado moderno tanto um guardião (dos) quanto uma ameaça contra os interesses, as liberdades e os direitos individuais.

A razão de ser dessa dificuldade decorre da ambiguidade inerente à própria noção geral de cidadania —outro conceito central no âmbito da filosofia política e jurídica moderna— enquanto tomada como ideal normativo.⁴ É semelhança de uma moeda, a cidadania tem verso e reverso: por um lado, ela conta com uma faceta igualitária e consensualista decorrente da inserção do indivíduo como membro de uma comunidade —inserção essa à qual correspondem tanto as virtudes cívicas e solidárias quanto suas obrigações como cidadão responsável, isto é, como titular de direitos e de responsabilidades. Por outro lado, ela também conta com uma faceta individualizante, enfatizando a autonomia e a independência de cada membro dessa comunidade —prerrogativas essas que, intrínsecas ao seu status como ser livre, permitem-lhe não se identificar com os interesses comunitários. Essa ambivalência é uma das características da ação política como tal, envolvendo permanentemente as tensões entre a afirmação instrumental dos interesses individuais e a definição dos polos de solidariedade e das identidades coletivas, dos quais resulta o estabelecimento dos objetivos gerais. A formulação de estratégias, métodos e procedimentos para o equacionamento e/ou neutralização dessas tensões constitui-se assim numa das grandes aporias da filosofia política e jurídica moderna, na medida em que a cidadania é simultaneamente um foco de convivência igualitária dos agentes sociais e uma arena para a afirmação autônoma de interesses de qualquer natureza.

Para contornar essa aporia no plano empírico, os juristas optaram pela sua funcionalização e pela sua instrumentalização. Diante de sua necessidade prática de editar normas capazes tanto de balizar a vida social e tanto de oferecer um mínimo de certeza à relações dos indivíduos entre si e entre eles

⁴ Habermas, Jürgen, “What does a legitimation crisis mean today”, *Legitimacy and the State*, Oxford, Basil Blackwell, 1984; Mc Carthy, Thomas, “Legitimation in advanced capitalism”, *Legitimacy and the State*, Oxford, Basil Blackwell, 1984; Cerroni, Umberto, “Sobre la historicidad de la distinción entre derecho privado y derecho público”, *Crítica Jurídica*, Puebla, Universidad Autónoma de Puebla, 1987, núm. 6; *id.*, “Estado de derecho, igualdad formal y poder económico (apuntes sobre formalismo jurídico y orden económico)”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 29, 1989; Reis, Fábio Wanderley “Cidadania democrática, corporativismo e política no Brasil”, *Para a década de 90: prioridades e perspectivas de políticas públicas*, Rio de Janeiro, IPEA/IPLAN, vol. 4, 1990.

com o Estado, o reconhecimento formal do “interesse público” na positivação do direito, especialmente no plano constitucional, passou a ser tratado como uma questão de caráter pragmático: o que importa é apenas assegurar as condições institucionais para que o sistema social viva em paz, neutralizando a impossibilidade de se formular em termos substantivos um sentido indiscutível, homogêneo e congruente de “interesse público”, mediante o recurso a expedientes retóricos. Graças a uma estratégia de crescente generalização e abstração da linguagem jurídica, das categorias normativas e dos modelos legais, o direito positivo adquire a aparência de um sistema racional, coerente e unificado. Tratado de um modo propositadamente vago e ambíguo, o “interesse público” acaba funcionando como uma espécie de caixa de ressonância dos diferentes valores e interesses de cada membro da sociedade, por mais que eles sejam entre si colidentes e conflitantes. Trata-se de uma estratégia sutil por meio da qual a ordem jurídica se apresenta como segura e elástica, justa e compassiva, socialmente eficaz e moralmente equitativa, digna e solene, mas sempre técnica e funcional —o que permite ao direito positivo assegurar a ordem em contextos sociais complexos e heterogêneos, equilibrando de modo casuístico, conforme as circunstâncias do momento histórico, a intrincada gama de relações entre o individual e o coletivo, entre o proibido e o permitido, entre a liberdade de cada cidadão e as exigências de natureza comum.

Produto das revoluções norte-americana de 1776 e francesa de 1789, ambas fazendo da objetivação do poder, do império da lei, e do reconhecimento das garantias individuais e das liberdades constitucionais suas principais palavras-de-ordem, essa estratégia tem por objetivo oferecer uma engenharia institucional capaz de promover uma racionalização global da vida coletiva e da vida individual.⁵ Racionalização essa que irá afirmar o primado do público, no plano formal, e o primado do privado, no plano substancial, propiciando assim a autonomização da economia, onde os homens se apresentam contrapostos na busca da máxima satisfação de suas necessidades, com relação à política, esfera na qual eles se “re encontram” em torno de valores gerais e comuns, o que lhe permite descaracterizar os conflitos sociais como uma “guerra mortal” e, através de procedimentos formalizados, convertê-los num jogo representativo, partidário e judicial. Ao conciliar controle social com liberdade formal, pelo

⁵ Elster, Jon e Slagstas, Rune, *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, Cambridge University, PREDP, 1988.

recurso a lugares-comuns abertos e indeterminados como o conceito de “interesse público”, seu papel básico é assegurar o desenvolvimento harmonioso de valores em si contraditórios, como justiça e autonomia, solidariedade e competição, emancipação e subjetividade —o que somente acabou sendo possível pelo fato (a) de a construção genérica e abstrata desses valores, justamente por estar desvinculada de conteúdos e limites materiais, não dar primazia a nenhum deles, e (b) de as tensões entre eles serem reguladas por princípios complementares (Santos 1990). Graças a esse tipo de recurso possibilitando a um só tempo a consagração formal dos mais variados direitos e o não-cumprimento de muitos deles na prática, os antagonismos passam a ser vistos como sendo sempre provisórios, pois são passíveis de uma decisão legal “técnica” isto é, despolitizada e pretensamente racional numa competição ad infinitum segundo as regras de um jogo de “soma positiva”.

II. O ESTADO E A MUDANÇA DA FUNÇÃO DAS NORMAS

O problema, contudo, é que as condições sócio-econômicas subjacentes à origem desse jogo forjado pelo constitucionalismo moderno, com a finalidade de assegurar a expansão do capitalismo concorrencial no século XIX, mudaram com os ventos da história. Por um lado, o desequilíbrio estrutural inerente à lógica do desenvolvimento capitalista minou —especialmente a partir da década de vinte— a operacionalidade da engenharia institucional concebida pelo modelo liberal-burguês de direito e de Estado para propiciar a gestão da “contingência multifôrme” da vida social. De simples provedor de serviços básicos no campo da educação, saúde, segurança e justiça, limitando o “interesse público” à proteção constitucional das liberdades individuais e basicamente utilizando as normas jurídicas apenas como instrumento de controle social, conforme se vê no quadro abaixo, o Estado “protetor-repressivo” de caráter “minimalista” obrigado a desenvolver formas mais complexas de equilíbrio ente uma diversidade crescentemente contraditória, conflituosa e explosiva e uma unidade convencional cada vez mais tensa e problemática, do ponto de vista de sua articulação lógico-formal, foi assumindo progressivamente o papel de fiscalizador, coordenador, regulador e controlador, planejador e produtor de bens e serviços.

III. O ESTADO E SUA ESTRUTURA JURÍDICA

Na medida em que, a pretexto de coordenar, regular e planejar o mercado para revitalizá-lo e neutralizar seus aspectos disfuncionais, esse Estado intervencionista se consolidou, ele também se viu obrigado a alterar a própria função das normas. Nesse processo, do qual vai resultar a extraordinária expansão do direito administrativo e do direito econômico sobre o direito civil e o direito comercial, o Estado intervencionista passa a utilizar as normas jurídicas não mais e tão só como instrumento de controle, mas, igualmente, como instrumento de direção social, para tanto, como se pode ver no quadro abaixo, manipulando-as sutilmente sob a forma de uma intrínseca combinatória de técnicas de encorajamento e desencorajamento.

Sistema Jurídico Característica	A ordem Jurídica segundo a matriz política liberal	A ordem jurídica na dinâmica dos Estados intervencionistas
Propósito	Legitimidade Legal-Racional	Eficiência e competência na obtenção do resultados
Fundamentos da legitimidade	Justiça processual ou formal	Justiça substantiva ou material
Regras	Elaboradas, vinculando os cidadãos e os próprios legisladores	Subordinadas a princípios e às políticas públicas
Raciocínio e argumento Jurídico	Exegético, formalista e legalista	Teleológico; ampliação das competências cognitivas
Discrecionalidade	Determinada pelas leis e códigos, com delegação estrita	Expansiva, conforme os fins globais do sistema

Coercibilidade	Controlada por limitações legais; função repressora restitutiva das leis	Expressa mediante técnicas de estímulo e desencorajamento; função promocional do direito
Moralidade	Identificação da legalidade com legitimidade	Subordinação da legalidade à legítimidade dos fins
Política	O direito independente da política: o equilíbrio entre os poderes	O direito como instrumento de desenvolvimento económico e transformação social
Expectativas de obediência	Condicionada nos limites dos códigos e leis	Descumprimentos desestimulados em nome da legitimidade dos fins
Participação	Limitada pelos procedimentos legais, acesso restrito a Justiça	Acesso aberto à Justiça, em face da integração do direito com a advocacia política

IV. O ESTADO E A MUDANÇA DA FUNÇÃO DAS NORMAS

NORMA	ESTRUTURAL	PROCESSUAL
ENFOQUE		
TIPO	CONDUCTA	ORGANIZAÇÃO
FUNÇÃO	CONTROLE	DIREÇÃO
OBJETIVO A PRIORI	PREVENIR	PROMOVER

OBJETIVO A POSTERIORI	REPRIMIR RESTITUIR	RECOMPENSAR
SANÇÃO	PENAL	PREMIAL
RACIONALIDADE	FORMAL	MATERIAL
ESTADO	LIBERAL	INTERVENCIONISTA

Por outro lado, os próprios grupos sociais, empenhados na expansão dos direitos civis e econômicos, ao descobrirem sua força como atores coletivos, também identificaram o que havia por trás da estratégia de se conceder em direito positivo o que era negado pela prática jurídica. Ou seja: no calor da luta por uma ordem legal nova e efetivamente capaz de assegurar e garantir as reciprocidades que a idéia de igualdade implica, tais grupos se certificaram de que a simples concessão formal de direitos por uma Carta Magna, quando não devidamente regulamentada pelas leis complementares, constituía uma estratégia política com finalidades precisas —servir como recurso de encobrimento ideológico e/ou de apaziguamento da consciência política, mediante a transposição de seus efeitos concretos para momentos futuros (se próximos ou remotos, isto ficava à mercê da progressiva conscientização e das subsequentes capacidades de mobilização e de conflito dos grupos e classes até então “apaziguadas” em sua consciência). Mais: no desenvolvimento de uma cidadania apta a lhes propiciar novos espaços e novos discursos para questionar a legitimidade da ordem sócio-econômica vigente e para ampliar seus direitos, eles também identificaram a possibilidade de se reinterpretar as normas programáticas do tipo “sociedade livre, justa e solidária”, “dignidade da pessoa humana”, “valores sociais do trabalho”, “erradicar a pobreza e a marginalização”, etcetera. Como? Buscando sua efetiva concreção mediante a tentativa de tornar menos comutativas e mais distributivas as concepções de justiça inerentes à ordem constitucional.

Com todas essas mudanças, portanto, as relações entre (a) o privado e o público, (b) entre o individual e o coletivo e (c) entre o primado do direito adquirido e a busca pela concretização de normas programáticas revelam-se antinômicas —antinomia aqui entendida como uma “relação que une duas normas incompatíveis pertencentes a uma ordem jurídica e dotada do mesmo

campo de aplicação ou domínio de validade,”⁶ como “duas diretivas incompatíveis que não são possíveis de se ajustar simultaneamente na medida em que ou impõem obrigações com sentido oposto ou porque uma proíbe a outra permite, não havendo como se aceitar uma sem violar a outra”.⁷ No âmbito do direito positivo, o problema da antinomia aparece com toda sua agudeza quando a ordem jurídica não fornece regras gerais para orientação dos intérpretes na escolha entre uma ou outra diretiva. No universo jurídico, em cujo âmbito da busca de soluções concretas para problemas específicos por vezes exige uma reinterpretação de princípios gerais e uma contraposição do espírito da lei com sua letra, os casos de antinomia são resolvidos no momento da aplicação do direito mediante o sacrifício de uma das normas ou o estabelecimento de uma delas subordinante da outra.

Evidentemente, uma decisão dessas sempre implica critérios, ou seja, premissas de valor que se referem a determinadas condições sociais, econômicas, políticas e culturais —e que nelas se realizam. No entanto, o que realmente dá ao direito sua especificidade é o fato de que tais critérios precisam ser, mais do que claramente explicitados, convertidos em objeto de uma decisão —e, como tal, impostos erga omnes. O direito positivo deve seus traços característicos à circunstância de que é posto em vigência por meio de uma decisão e de que somente por meio de outra decisão pode ser revogado e/ou substituído. É dessa sua dependência a uma decisão que emerge o caráter instrumental das leis e dos códigos: as normas jurídicas, nesse sentido, são meios para a consecução de objetivos políticos, sociais e econômicos; elas servem não apenas para a resolução dos conflitos, como já foi mencionado antes, mas igualmente para promover e implementar políticas públicas —políticas essas que devem sua força vinculante e imperativa à sua forma jurídica.

Este importante problema da filosofia política e jurídica tem, do ponto de vista histórico, um conhecido precedente no século XX. Num brilhante texto escrito em 1940 sobre as diferentes formas de se pagar a conta da 2ª. grande guerra, por exemplo, Keynes já o formulava em termos concretos e objetivos: “Não é fácil para uma comunidade livre organizar-se para a guerra. Nossa força repousa na capacidade de improvisar. Contudo, necessitamos também de uma mentalidade aberta a idéias não testadas. Coragem virá se, em todos os

⁶ Bobbio, Norberto, “Sobre los criterios para resolver las antinomias”, *Contribución a la teoría del derecho*, Valencia, F. Torres, 1980, pp. 349-364.

⁷ Perelman, Chaim, *Les antinomies en Droit*, Bruxelles, Émile Bruyant, 1965, pp. 392 y ss.

partidos, os líderes de opinião extrafrem da fadiga e da confusão da guerra suficiente lucidez de espírito para compreender e explicar ao público o que se faz preciso, para, então propor um plano concebido num espírito de justiça social —um plano que se utilize de um período de sacrifício geral não como uma desculpa para adiar reformas desejáveis, mas como uma oportunidade para avançar além do que avançamos até aqui na redução das desigualdades”.⁸

Prosseguindo, páginas adiante, Keynes afirma: “Em tempos de paz, o tamanho do bolo depende do volume de trabalho realizado; mas em tempos de guerra, o tamanho do bolo é fixo. Se trabalharmos mais, podemos lutar melhor. Mas devemos deixar de consumir mais, isso significa que o público, como um todo, não pode aumentar seu consumo pelo aumento de suas receitas monetárias. Todavia, a maioria tenta aumentar sua receita na crença de poder assim aumentar seu consumo. De fato, em certo sentido isto ainda é verdadeiro. Pois a cada indivíduo pode aumentar sua participação no consumo se tiver mais dinheiro para gastar. Mas, como o tamanho do bolo é fixo e não elástico, só pode fazê-lo em detrimento de outras pessoas. Assim, o que é vantagem para cada um, visto como indivíduo isolado, constitui desvantagem para cada um, visto como membro da comunidade. Aqui está a oportunidade ideal para um plano comum e para a imposição de uma regra que todos devem obedecer”.⁹

Eis a conclusão de Keynes: “A menos que se pretenda que o custo total da guerra seja arrecadado através de impostos, o que praticamente é impossível, uma parte o será por meio de empréstimos, o que constitui outra maneira de se dizer que alguém deverá postergar gastos monetários. Isto não será evitado permitindo-se a elevação dos preços, o que apenas significaria que as receitas dos consumidores passariam para as mãos da classe capitalista. Grande parte deste ganho dos capitalistas retornaria na forma de impostos mais altos; outra parte poderia ser consumida pelos mesmos, elevando assim ainda mais os preços, para desvantagem dos demais consumidores e o restante seria emprestado deles, de modo que só eles de todos semelhantemente, seriam os principais credores da dívida nacional ampliada —do direito, por assim dizer, de gastar dinheiro depois da guerra”.¹⁰

⁸ Cfr. Keynes, John Mr., “Como pagar a guerra”, *Keynes*, São Paulo, Ôtica, 1978, pp. 189 y ss.

⁹ *Idem*, p. 183.

¹⁰ *Idem*, pp. 185-186.

Embora a citação seja bastante longa, os engenhosos argumentos de Keynes têm alguns importantes pontos de convergência com a idéia do juiz Holmes no sentido de que “a vida do direito não é lógica, mas experimento”. Ao afirmar que “num Estado totalitário não existe o problema da distribuição de sacrifício” e que “somente numa comunidade livre a tarefa do governo se complica com as exigências de justiça social”, Keynes põe o dedo nas questões relativas às virtudes e aos limites do contratualismo democrático: em que medida a consagração do privado não fere o público? até que ponto o interesse do público pode ferir sentimentos privados? como manter nítidas e intocadas as fronteiras entre o público e o privado, a fim de se impedir a expansão do privado sob a forma de “interesse público” e, vice-versa, o avanço do público sob a forma de outra estratégia de descentralização e desformalização dos procedimentos governamentais?

O ponto de equilíbrio entre o público e o privado é sempre tênue, precário e instável. É por esse motivo que, se tomarmos como referência a reforma monetária brasileira de março de 1990, não se pode deixar de reconhecer que, se por um lado ela optou pelo interesse coletivo e desprezou a velha tese normativista do “faça-se justiça mesmo que pereça o mundo”, por outro não se pode desprezar seu potencial arbitrário. Deve-se ao tipo de consenso cultivado por seus artífices para mobilizar a sociedade, uniformizar as expectativas e desestimular a confrontação de alternativas, valendo-se da clássica contraposição amigo-inimigo para desqualificar seus eventuais críticos e impor uma vida política sem dissenso e sem fissuras. Mas de que maneira neutralizar esse potencial arbitrário? Como evitar que o princípio segundo o qual “o fim bom salva até os piores meios” se sobreponha ao princípio de acordo com o qual “os meios maus corrompem até os melhores fins?”. Como impedir a “salvação nacional” instrumentalizada por esse tipo de consenso de abrir novos caminhos para que medidas substantivas no âmbito da política econômica, tomadas especificamente com o objetivo de criar fatos consumados e irreversíveis, implodam os procedimentos decisórios regulados pela Constituição? De que modo, num contexto econômico instável, contrapor essa democracia “comunitária” acenada pelo governo sob a forma de um “entendimento nacional” a uma democracia “civilizatória”, cuja premissa básica é o reconhecimento da individualidade e da liberdade, da concorrência e do conflito, da pluralidade e da divergência, exigindo para tanto regras imparciais de competição entre opções?. De que forma assegurar o equacionamento através das dificuldades econômicas a partir do enquadramento legal da vida política —e não por meio da sua dissolução na moral?

No tocante à reforma monetária brasileira, que serviu de referência na presente análise, impõe-se a consideração de que, se ela violou a estrutura constitucional brasileira em nome de um interesse maior, o país precisa agora de um processo jurídico capaz de impedir a perversão das garantias individuais e das liberdades públicas pelo “despotismo esclarecido” da razão econômica. Em termos das questões mais abrangentes aqui examinadas conclui-se que a dimensão da racionalidade formal, condição básica para uma democracia pluralista, não pode ser esquecida, é certo; mas também não pode ser confundida com uma concepção estritamente positivista do direito e do Estado, que privilegia a estrutura e não o processo, valoriza a vigência e não a eficácia, e ainda encara a sociedade como simples produto do direito, o Estado como mero ordenamento jurídico e os homens como centros abstratos de imputação de direitos e deveres.