

## Prefácio

01. Este é um livro para ser lido por toda a gente que pretenda conhecer a realidade em que está metido, em que está metido por todos os lados.

Que tudo principie, para quem a pretenda conhecer, pela compreensão de que o mercado não é inerente à *natureza das coisas*, ou à *natureza do homem*; que o mercado é uma *instituição social* correspondente a determinadas circunstâncias econômicas, sociais, políticas e ideológicas. Nas palavras do autor, “uma *instituição social*, destinada a regular e a manter determinadas *estruturas de poder* que asseguram a prevalência dos interesses de certos grupos sociais sobre os interesses de outros grupos sociais; uma *instituição política*, que veio servir (e serve) os interesses de uns, mas não os interesses de todos”.

Por suposto não estamos, os que pensam a realidade criticamente, plenamente de acordo no que tange a detalhes. Mas, se raiz e destino nos são comuns – como ocorre em relação a nós, Avelãs e eu – pequenos detalhes [exatamente por serem *detalhes*, galicismo irrecusável] apenas aparentemente podem nos apartar.

02. Para aparentemente discordar, eu poderia começar por negar a existência de *intervenção estatal* na economia. Pois é certo que hoje o Estado não *intervém*; o Estado *atua* na economia. Essa “*intervenção*” é própria ao ser estatal capitalista. Sua *intervenção* é sua própria *ação*.

Não discordamos, contudo. Pois, em outro texto,<sup>1</sup> Avelãs observa que a *intervenção* do Estado na vida econômica é um redutor de riscos tanto para os indivíduos quanto para as empresas, identificando-se, em termos econômicos, com um *princípio de segurança*:

---

1. *Do capitalismo e do socialismo*, Atlântida Editora, Coimbra, 1972, p. 125.

“a intervenção do Estado não poderá entender-se, com efeito, como uma *limitação* ou um *desvio* imposto aos próprios objectivos das empresas (particularmente das grandes empresas), mas antes como uma diminuição de riscos e uma garantia de segurança maior na prossecução dos fins últimos da acumulação capitalista”.

É que a ideia de *intervenção* tem como pressuposta a cisão entre Estado e sociedade civil. Então, ao *intervir*, o Estado entraria em campo que não é seu, estranho a si, o da sociedade civil.

As coisas não são, porém, senão temporariamente [= pelo tempo de duração do capitalismo] assim. Família, sociedade civil e Estado são manifestações que não deveriam anular-se entre si. Manifestações de uma mesma realidade, a realidade do homem associando-se a outros homens. Para isso, em direção a esse estado de coisas a ser conquistado em um tempo mais longe e mais puro, caminhamos. Não obstante, no passo da História que hoje vivemos faz sentido cogitar-se dessa cisão. A sociedade civil é ainda neste passo tomada pelo mercado e a serviço deste o Estado capitalista, Estado de classes, atua à braçadas.

03. Nossa Constituição, a de 1988, atualizada por inúmeras emendas constitucionais e em parte reescrita pelo Supremo Tribunal Federal – no exercício ilegítimo do que eu chamaria *poder reconstituente!* – atribui-lhe menos veladamente a tarefa de provedor do modo de produção capitalista. O Estado dos dias que estamos a viver desempenha, a velas pandas, as funções que lhe incumbem: intervém [= atua] para modernizá-lo e legitimá-lo, na missão de prover vida longa ao capitalismo.

Leio este livro, releio alguns trechos deste livro e certa analogia me invade. Leio sobre a *crise da dívida soberana*, sobre o “*capitalismo sem falências* para as empresas do setor financeiro, especialmente as que são demasiado grandes para falir”. A *estabilidade do sistema financeiro é transformada em bem público*: os bancos não podem falir porque a saúde do sistema financeiro, nomeadamente do sistema bancário, é essencial à saúde da economia e à salvaguarda da coesão social e, no limite, à defesa da soberania nacional. Banque-os o Estado. Impossível, então, se tudo leio, escapar à analogia entre de um lado Philip e Mildred – do *Servidão humana* – e, de outro lado,

o Estado capitalista e o mercado. O mercado [= Mildred], como no romance de Somerset Maugham, oprime, domina, achincalha o Estado. Coloca-o aos seus pés<sup>2</sup>.

04. Este é um livro para ser lido por toda a gente que pretenda conhecer a realidade em que está metido, por todos os lados. Lemos os jornais, recebemos notícias via televisão e internet. Chegam à grande quantidade, reiteradamente, sem que possamos plenamente compreender o jargão do mercado. *Produto financeiro, subprime, derivados etc. Financeirização*. Essa arte de *produzir* coisa nenhuma que em si nada vale, mas vale mais do que o trabalho dos homens de bem. Quais leitores, entre a hierarquia dos leitores possíveis deste livro, efetivamente seriam capazes de discernir, antes de lê-lo, os conceitos abrigados sob aqueles termos?

Este é um livro militante, na medida em que instrui o leitor, se não para defender-se do bicho *capitalismo financeiro*, para ter consciência de como o *capital puramente fictício* comanda tudo, transforma dívida privada em dívida pública, instala instituições de fantasia [veja-se o Banco Central Europeu], sem nem ao menos disfarçar – que o digam as agências privadas de *rating*. Daí que, embora militante, é livro para ser lido também pelos que não pretendam transformar o mundo. Para que, ao menos, saibam.

05. Desejo nestas linhas me deter, contudo, sobre aspecto essencialmente *jurídico* que o texto fere.

A perspectiva crítica do direito é trágica na medida em que nos torna conscientes de que nas versões do *dever ser* jurídico é que se encontram gravadas as garantias mínimas de liberdade e segurança jurídica de cada qual e do todo social. Mas que esse *dever ser*, o direito posto pelo Estado, cumpre o efeito de coibir o indivíduo que aspire ao social – aspiração a transformar o mundo – e, a um tempo só, a missão de garantir sua liberdade, tudo porém preservando como *era*. Eis o preço a ser pago pelas liberdades formais asseguradas pela Constituição.

2. Para quem não leu *Servidão humana* (ainda não leu, espero que leia!), o final é bom, como será, um dia, para o Estado [*rectius* para a História].

06. A Constituição é, no entanto, *texto ainda não-norma*. Sua normatividade é produzida pelos juízes, aos quais está atribuída a função de transformar *textos* [os textos da Constituição e das leis] em *normas*.

As normas jurídicas são produzidas pelo intérprete/aplicador do texto constitucional e dos textos legislativos. Em última instância, pelos juízes [os *intérpretes autênticos* de Kelsen], aos quais exclusivamente compete a definição da norma de decisão de cada caso.

Por isso tenho insistido em que *processo legislativo* e *processo normativo* não se superpõem. O primeiro finda no ato da sanção do texto; a partir daí desenrola-se o segundo.

Desde outra perspectiva, já o dissera o jovem Marx<sup>3</sup>: “A lei é universal. O caso que deve ser decidido através da lei é individual. Para submeter o indivíduo ao universal é necessário um julgamento. O julgamento é problemático. O juiz também faz parte da lei. Se as leis fossem aplicadas por si mesmas, os tribunais seriam supérfluos”.

07. Nesses dois momentos – o legislativo e o normativo – o direito posto pelo Estado que aí está legítima. Legítima a mais não poder o capitalismo. E quando o Legislativo se mantém discreto (ou contido por maiorias que só fazem o que seu mestre mandar), o Judiciário vai em frente, a todo vapor.

Eis então, em sua expressão mais atual, a *teoria principiológica* de que fala Avelãs. Isso começou a partir de uma construção teórica bem armada de Ronald Dworkin, daí porém descambando para um autêntico delírio. Delírio sim, pois as cortes constitucionais tendem, na e com a ponderação entre princípios, a adotar a *teoria da ordem de valores*, nela fundamentando sua práxis decisória, em razão do que – diz Habermas – o perigo de juízos irracionais aumenta. Os argumentos funcionalistas então ganham prevalência sobre os normativos.

O fato é que princípios e *regras em sentido estrito* são *espécies* do gênero *regras jurídicas*. O que há são as *regras de direito*, regras

---

3. *Liberdade de imprensa*, tradução de Cláudia Schilling e José Fonseca, L&PM, Porto Alegre, 2006, p. 62.

jurídicas (em sentido estrito) e princípios. Desses textos o intérprete arranca, na prática da sua interpretação [interpretação deles, textos], as normas neles contidas.

08. O delírio que a *teoria principiológica* instala permite, efetivamente, que os magistrados façam tudo que seu mestre mandar. Eles excedem os textos da Constituição e das leis, *reconstituindo-os*. Não estou a dizer, com isso, que procedam em má-fé. Fazem-no porque assim o movimento do modo de produção social determina [embora alguns deles saibam perfeitamente o que estão a fazer].

O que Avelãs relata a propósito de, em Portugal, a *felicidade ser a lei suprema*, a tese de que os princípios são dotados de força normativa superior à da Constituição, tudo isso não surpreende quem tenha ciência de que também deste outro lado do Atlântico já se está a decidir com fundamento no *princípio da felicidade!*

Como, no entanto, o mercado não é ingênuo, no momento adequado determinará que juristas e magistrados retornem à velha racionalidade normativa.

09. Sempre que conheço um pouco mais da realidade – e este livro ensinou-me a realidade um tanto mais – aumenta minha esperança.

Aludindo a pequeno poema de Álvaro Moreyra, Avelãs afirma que “*esta Europa está toda errada. É preciso passá-la a limpo*”.

Instalada a licença poética, recorro a outro nosso poeta, Paulo Mendes Campos, para [re]afirmar nossas esperanças: “Meu filho, se acaso chegares a um mundo injusto e triste como este em que vivo, faz um filho /para que ele alcance um tempo mais longe e mais puro, e ajude a redimi-lo”.