REVISTA DOS ESTUDANTES DA FACULDADE DE DIREITO VERSÃO ELETRÔNICA

Volume 3 – abr./jul. 2009

REVISTA DOS ESTUDANTES DA FACULDADE DE DIREITO
VERSÃO ELETRÔNICA

Volume 3, nº 3 – Jul./Out. 2009

Conselho Editorial

Prof. Dra. Lília Maia de Moraes Sales – UFC
Gustavo Beviláqua Vasconcelos
Gustavo César Machado Cabral
Mariana Almeida de Sousa
Tiago Emanuel Montenegro Alves

Revista dos Estudantes da Faculdade de Direito. Versão Eletrônica.
v.3-2009-Fortaleza,n.trimestral.
Órgão oficial do Centro Acadêmico Clóvis Beviláqua.
1-Direito-periódico
1-Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito
Centro Acadêmico Clóvis Beviláqua

A CONSTITUIÇÃO: BREVE ENSAIO SOBRE UM CONCEITO

NAGIBE DE MELO JORGE NETO[*]
FELIPE AUGUSTO A. MUNIZ[**]

RESUMO
Trata-se de um estudo que tem como objetivo principal analisar conceito de constituição à luz de sua evolução histórica. Tenta distinguir a idéia de normas material e formalmente constitucionais da idéia de constituição formal e constituição material. E focaliza a expansão da constituição promovida pelas normas de direito internacional.

Palavras-chave: Constituição. Constituição material e formal. Normas material e formalmente constitucionais. Tratados internacionais de direitos humanos.

ABSTRACT
This is a study focused on analyzing the concept of constitution through historical development. It attempts to distinguish the idea of material and formal constitutional rules of the idea of formal and material constitution. It's also focused on the expansion of the constitution promoted by the international law.

Keywords: Constitution. Formal and material constitution. Material and formal constitutional norms. International human rights treaties.

1 INTRODUÇÃO

O conceito de constituição, como qualquer conceito cultural, tem evoluído continuamente ao longo da história da sociedade e do pensamento ocidental. O objetivo do presente estudo é apresentar essa evolução desde a idéia de constituição como simples descrição política de uma sociedade até a constituição como comando normativo resultante dos movimentos hermenêuticos de um determinado povo, em determina época e lugar.

Os temas abordados orbitam em torno de um conceito central: a constituição. Suas derivações e conceitos afins precisam ser investigados minuciosamente, sobretudo por se tratar de um ramo da ciência jurídica que, estando inevitavelmente envolto por debates de cunho político, social, filosófico, acaba inspirando amplas discussões controversas.

[*] Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. MBA em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas – FGV/Rio. Professor de Direito Constitucional da Faculdade Christus. Autor das obras *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais* e *Sentença Cível: teoria e prática*.
[*] Aluno da Graduação em Direito da Faculdade Christus.

Ainda que este estudo não tenha a pretensão de dirimir os possíveis entendimentos divergentes acerca dos conceitos aqui tratados, pretende lançar luzes sobre eles de modo que possamos compreender um pouco melhor o fenômeno constitucional.

Para isso, será feita uma rápida introdução histórica do conceito de constituição, que servirá de alavanca para expor com maior cautela e precisão o exame das terminologias, de extrema importância à disciplina, aqui proposto.

A seguir tentaremos distinguir as normas materialmente constitucionais das normas formalmente constitucionais.

Introduziremos o problema da expansão da constituição por meio dos tratados internacionais de direitos humanos, apresentando o seu fundamental papel às novas perspectivas e alcance das normas de natureza constitucional.

Por último, apresentaremos a distinção entre constituição material e constituição formal, como uma distinção que resulta de um processo hermenêutico, e suas implicações com os movimentos sociais, políticos e econômicos da nação, de modo a articular essas idéias com o próprio conceito de constituição.

2 O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO CONCEITO

A Constituição, tal qual é conhecida hoje, com o *status* de a mais importante lei de um Estado, só surgiu no séc. XVIII, mais precisamente em 1787, com a Constituição norte-americana. Antes de existir no mundo jurídico, ela passou por um longo e lento processo histórico de evolução.

Na Grécia antiga, a noção que se tinha de Constituição pouco ou nada se relacionava com a ciência normativa. Estaria mais relacionada com a ciência política e a sociologia se tais ciências existissem naquele tempo. Em obras como *Política* do filósofo Aristóteles, a referência ao termo expressava o modo como o Estado se organizava, se estruturava, sem que, com isso, houvesse referência a qualquer aspecto normativo. A Constituição nada mais era que uma simples descrição da realidade político-social das Cidades-Estado.

A concepção de Constituição como lei que trata da organização do Estado e relaciona os direitos fundamentais apareceu na modernidade, a partir das revoluções políticas do século XVIII, como um ato de vontade, o supremo ato de vontade política de um povo.

No momento em que os países europeus, ainda em clima revolucionário, estavam no auge do civilismo, editando seus mais importantes diplomas legais, os Códigos Civis, os

Estados Unidos da América estavam prestes a criar aquela que seria a sua maior contribuição jurídico-cultural à humanidade: a Constituição.

A interpretação do direito posto, à luz da Constituição, é, pois, característica histórica da experiência americana, que desde o início lhe atribuiu caráter de documento jurídico, ao contrário do modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político.

Dentre as grandes inovações que o recém-nascido constitucionalismo americano trouxe, além do fato de estar a Constituição posta em um diploma legal escrito, destacam-se a afirmação do princípio da supremacia da Constituição sobre as leis (de fundamental importância ao surgimento do controle de constitucionalidade) e a garantia judicial dos direitos humanos.

O princípio da supremacia constitucional é de suma importância para garantir à Constituição sua posição hierárquica mais elevada no sistema, como fundamento de validade das demais normas. Assim, nenhuma lei ou ato normativo poderá subsistir validamente se em desconformidade com a Constituição.

> [...] Constituição deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Além disso, é a Constituição que individualiza os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas.[1]

Com efeito, é também a Constituição a norma responsável por proteger os direitos fundamentais, que se manifestam por valores materiais compartilhados pela sociedade os quais devem ser preservados das injunções estritamente políticas.

Mas o que vem a ser a Constituição hoje? É meramente um documento escrito, a Constituição "folha-de-papel"?

3 NORMAS MATERIAL E FORMALMENTE CONSTITUCIONAIS

Em primeiro lugar, antes de adentrarmos no conceito mesmo de Constituição, convém distinguir entre normas materialmente e formalmente constitucionais, seja porque essa distinção ajudar-nos-á a apreender o próprio conceito de constituição, seja porque, não poucas vezes, o conceito de constituição é reduzido ao conceito de norma constitucional.

[1] CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991. p 41.

A distinção entre normas materialmente e normas formalmente constitucionais, de certo modo, é uma resposta à seguinte pergunta: para que serve a constituição?

Ora, a constituição cristalizou-se historicamente como um documento escrito que tem por finalidade primeira (a) organizar e estruturar o Estado, limitando o seu poder por meio da divisão de funções entre órgãos diversos; (b) além de estabelecer o rol de direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Organizar o Estado significa estabelecer competências e mecanismos de controles recíprocos com vistas a limitar o poder estatal, o que vimos chamando de separação de poderes.

A constituição presta-se, pois, para organizar e limitar o poder do Estado, seja por meio da divisão de poderes propriamente dita, seja por meio do rol das garantias e direitos fundamentais. Assim, as normas constitucionais por excelências, as chamadas normas materialmente constitucionais são aquelas que cumprem a função constitucional primeira, são aquelas que estabelecem (a) a organização e a estrutura do Estado, a competência e o funcionamento de seus órgãos e (b) os direitos e garantias fundamentais.

No momento mesmo da abolição do *Ancien Régime,* os revolucionários franceses chegaram a afirmar que "Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição" (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, art. 16). Essas matérias, por serem consideradas imprescindíveis em qualquer Constituição, são chamadas normas materialmente constitucionais.

Fenômeno posterior, denominado *constitucionalização do direito,* caracterizou-se pela incorporação à Constituição formal de inúmeros temas afetos aos ramos infraconstitucionais, até então considerados de valor jurídico-constitucional irrelevante. Segundo Luís Roberto Barroso, "trata-se de fenômeno iniciado, de certa forma, com a Constituição portuguesa de 1976, continuado pela Constituição espanhola de 1978 e levado ao extremo pela Constituição brasileira de 1988".[2]

É perfeitamente compreensível que tenha ocorrido no Brasil um largo processo de constitucionalização do Direito. Os direitos que, após suprimidos (pelas ditaduras), retornam ao mundo jurídico (no processo de redemocratização), tendem a voltar com imensa força. Isso explica o porquê de nossa Constituição apresentar uma enorme gama de direitos que

[2] BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). In. **Revista Opinião Jurídica**. Ano III - nº 3, 2005. p. 220.

poderiam compor a legislação infraconstitucional, além de estarem alguns tantos envoltos por uma cláusula de imodificabilidade.

Essas normas, acrescentadas à Constituição formal por conveniência política, não consideradas matérias essencialmente constitucionais, são as denominadas normas formalmente constitucionais. Após inseridas no texto, embora não sejam matérias constitucionais por excelência, sob a ótica da teoria constitucional, passam a ser normas constitucionais como qualquer outra, devendo, portanto, receber o mesmo tratamento. Na prática, após inseridas no texto da Constituição, não há qualquer diferença entre uma norma material e uma formalmente constitucional, mas saber sua distinção é importante, sobretudo, para efeito de debates de cunho jurídico-doutrinário ou mesmo político.

Existem, por exemplo, aqueles que afirmam que o fato de nossa Constituição ser extremamente dirigente acaba dificultando a governabilidade do Estado. Talvez por ser ela exemplo clássico de uma Constituição de Estado Social, que acaba entrando em confronto direto com as atuais tendências neoliberais. Na verdade, tal afirmação muitas vezes serve de pretexto para aqueles que, a todo tempo, querem emendar o texto constitucional, chegando inclusive a propor uma nova constituinte. É preciso criar, no Brasil, uma cultura de respeito à Constituição e aprender a trabalhar da melhor forma possível com as possibilidades interpretativas da Constituição que temos, emendando-a apenas quando realmente for inevitável.

4 NORMAS CONSTITUCIONAIS EXTRACONSTITUCIONAIS: OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Debate relevante diz respeito à natureza das normas de direitos humanos provenientes de tratados internacionais, ou seja, aquelas não previstas originariamente na Constituição Federal. Preconiza o § 2º do art. 5º da Constituição da República, de forma inovadora, que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

É possível depreender desse dispositivo que o rol dos direitos humanos enumerados na Constituição não é taxativo. Assim, exemplo de normas materialmente constitucionais que não são formalmente constitucionais seriam as normas de direitos humanos provenientes de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Apesar de não serem normas formalmente constitucionais, por não integrarem o texto constitucional, seriam

normas materialmente constitucionais, tendo em vista a Constituição permitir uma abertura de todo o ordenamento jurídico nacional ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos. Esse dispositivo é, por isso, chamado pela doutrina de *cláusula de expansão* dos direitos fundamentais. Convém ressaltar que não são todos os tratados internacionais que teriam s*tatus* constitucional, mas apenas aqueles que versam sobre direitos humanos.

Vários são os autores internacionalistas afiliados a essa interpretação, que representa verdadeiro processo de constitucionalização do Direito Internacional, afirmando ter, todo tratado internacional que verse sobre direitos humanos, *status* material constitucional. Na lição de Flávia Piovesan,

> [...] por força do art. 5º, §§ 1º e 2º, a Carta de 1988 atribui aos tratados de internacionais a hierarquia de norma constitucional, incluindo-os no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos, que apresentam aplicabilidade imediata.[3]

E ainda, Carlos Weis reforça,

> [...] só a noção de que os direitos humanos são em essência constitucionais fornecem suporte à abertura da Constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direito materialmente fundamentais mas não formalmente [...].[4]

Segundo esse entendimento, as normas materialmente constitucionais são mais abrangentes que a Constituição formal. Elas compõem um conjunto de normas denominado de *bloco de constitucionalidade*, ou seja, o catálogo de direitos e garantias fundamentais protegidos, capaz de gerar enorme repercussão em todo o ordenamento, pois teria aptidão para, inclusive, servir de parâmetro de controle de constitucionalidade.

Apesar disso, o Supremo Tribunal Federal vinha entendendo, desde 1977[5], que, independentemente da matéria envolvida, os tratados internacionais possuíam hierarquia infraconstitucional, em paridade com a legislação ordinária,[6] posição bastante criticada pela doutrina por permitir que lei ordinária revogasse tratado anterior, indiferente às conseqüências do descumprimento do tratado no plano internacional.

Em 2004, a EC nº 45 introduziu o §3º ao art. 5º, CR, estabelecendo que "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do

[3] PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 46.
[4] WEIS, Carlos. **Direitos Humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 28.
[5] RE 80.004/1977.
[6] ADI 1480/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Publicada em 18.05.2001. Também neste sentido: "Os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (...) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição; (...)" - HC 73.044-SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 19.03.96, DJU 20.09.96, p. 34.534.

Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

Aparentemente, a intenção deste dispositivo era dirimir as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a hierarquia dos tratados internacionais. Entretanto, acabou gerando mais polêmica sobre a matéria, pois passaram a existir duas espécies de tratados de direitos humanos: os materialmente constitucionais, porém formalmente infraconstitucionais, com *status* de lei ordinária, e os material e formalmente constitucionais, equivalentes à emenda constitucional, após passar pelo procedimento do §3º.

Recentemente, com nova composição dos Ministros, o Supremo Tribunal Federal vem gradativamente modificando seus entendimentos sobre o tema, acatando, aos poucos, a tese defendida há algum tempo pela doutrina internacionalista, que visa a preservar a máxima efetividade dos direitos fundamentais. Isso ocorre dentro das discussões levadas a cabo pelo Tribunal em julgados nos quais se discutem a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel nos casos de alienação fiduciária em garantia, em que conflitam o inciso LXVII do art. 5º, CR e o art. 7º, VII do Pacto de São José da Costa Rica.

O Ministro Gilmar Mendes, ao proferir voto no RE 466.343, manifestou o entendimento no sentido de que os tratados de direitos humanos passam a ter *status* supralegal, acima das leis ordinárias, mas abaixo da Constituição. Seguiram seu voto seis outros Ministros. Também o Ministro Celso de Mello, recentemente, no inédito julgamento do HC 87.585, modificou seu posicionamento anterior, reconhecendo que os tratados de direitos humanos se revestem de hierarquia constitucional, já tendo sido seu voto acompanhado por sete outros Ministros.

> O Min. Celso de Mello, entretanto, também considerou, na linha do que exposto no voto do Min. Gilmar Mendes, que, desde a ratificação, pelo Brasil, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não haveria mais base legal para a prisão civil do depositário infiel. Contrapondo-se, por outro lado, ao Min. Gilmar Mendes no que respeita à atribuição de *status* supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, afirmou terem estes hierarquia constitucional. No ponto, destacou a existência de três distintas situações relativas a esses tratados: 1) os tratados celebrados pelo Brasil (ou aos quais ele aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da CF/88, revestir-se-iam de índole constitucional, haja vista que formalmente recebidos nessa condição pelo § 2º do art. 5º da CF; 2) os que vierem a ser celebrados por nosso País (ou aos quais ele venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC 45/2004, para terem natureza constitucional, deverão observar o iter procedimental do § 3º do art. 5º da CF; 3) aqueles celebrados pelo Brasil (ou aos quais nosso País aderiu) entre a promulgação da CF/88 e a superveniência da EC 45/2004, assumiriam caráter materialmente constitucional,

> porque essa hierarquia jurídica teria sido transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade. *RE 466343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 12.3.2008.*[7]

Apesar de terem se posicionado o Ministro Gilmar Mendes pela estranha figura da supralegalidade e o Ministro Celso de Mello pela constitucionalidade dos tratados de direitos humanos, ambos convergem em um ponto: a superioridade dos tratados em relação às leis ordinárias, o que não deixa de ser um grande avanço da Suprema Corte brasileira.

5 CONSTITUIÇÃO MATERIAL E CONSTITUIÇÃO FORMAL

Estabelecida a distinção entre normas formalmente constitucionais e normas materialmente constitucionais, podemos retomar nossa pergunta inicial: o que vem a ser constituição hoje? É o documento escrito que contém as normas? É a constituição folha-de-papel? Agora estaríamos tentados a responder que constituição é o conjunto de normas promulgadas pelo titular do poder constituinte que cuida da organização do Estado e estabelece o rol de direitos e garantias fundamentais.

A resposta, contudo, como vimos, não esgota a questão. Paralelamente às normas constitucionais formalmente inseridas no texto da constituição, passam a ganhar *status* de norma constitucional normas de direito internacional que não fazem parte do texto da constituição. Além disso, é preciso atentar que a constituição não se resume ao texto, mas vai além dele, embora seja por ele condicionada.

Tanto quanto distinguir entre normas material e formalmente constitucionais, devemos estabelecer a diferença entre a constituição material e a constituição formal. Não raras vezes, contudo, há certa confusão entre esses conceitos. Confunde-se constituição material com norma materialmente constituição, confunde-se constituição formal com normas formalmente constitucionais. Intentaremos separar essas noções.

O primeiro jurista a fazer a distinção entre os conceitos formal e material de Constituição foi Ferdinand Lassalle, em meados do séc. XIX, quando percebeu um distanciamento entre o que estava escrito na Constituição e o que realmente acontecia na sociedade. Buscando estabelecer a correlação que existia entre esses dois pontos, Lassalle proferiu, numa associação liberal-progressista em Berlim, sua tese, que fazia a distinção entre Constituição real e Constituição jurídica.

[7] Informativo nº 498, STF - Alienação Fiduciária e Depositário Infiel - 5. RE 466343/SP. www.stf.gov.br.

Lassalle foi aluno de Karl Marx e pode-se ver, por trás de seu conceito, a idéia marxista de intraestrutura e superestrutura. Para ele, as questões constitucionais não eram questões jurídicas, mas políticas. Isso porque, segundo ele, as relações fáticas de poder (militar, social, econômica) constituem a força ativa determinante das leis e das instituições da sociedade. Esses fatores reais do poder formam a Constituição real do país. Por outro lado, a Constituição jurídica não passa de um pedaço de papel que, na prática, terá de sucumbir diante das forças reais de poder dominantes no país.

Assim, o fundamento da Constituição jurídica, a força ativa que pode influir nas demais leis são os fatores reais de poder que regem uma determinada sociedade.

> Onde a Constituição reflete os fatores reais e efetivos do poder, não pode existir um partido político que tenha por lema o respeito à Constituição, porque ela já é respeitada, é invulnerável. [...] E se isto não acontecer, se esse divorcio existir, a Constituição escrita está liquidada: não existe Deus nem força capaz de salvá-la.[8]

Podemos fazer uma primeira aproximação entre a constituição jurídica de Lassalle e o conceito de constituição material que pretendemos introduzir, e entre a constituição real de Lassalle e o conceito de constituição formal. Contudo e por óbvio, o Direito, enquanto ciência normativa, não se ocuparia de estudar a Constituição se ela se resumisse a um reflexo das relações sociais. Como adverte Konrad Hesse, a Constituição é, fundamentalmente, norma jurídica, constitui-se em um dever-ser

> Como toda ciência jurídica, o Direito Constitucional é ciência normativa; diferencia-se, assim, da Sociologia e da Ciência Política, enquanto ciência da realidade. Se as normas Constitucionais nada mais expressam do que as relações fáticas altamente mutáveis, não há como deixar de reconhecer que a ciência da Constituição jurídica constitui uma ciência jurídica na ausência do direito, não lhes restando outra função senão a de constatar e comentar os fatos criados pela *Realpolitik*. Assim, o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão somente a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominantes. Se a Ciência da Constituição adota essa tese e passa a admitir a Constituição real como decisiva, tem-se a sua descaracterização como ciência normativa, operando-se a sua conversão numa simples ciência do ser.[9]

É evidente que a Constituição não configura apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser. A relação que existe entre a realidade sócio-política e a Constituição é uma relação de coordenação dialética. Condicionam-se mutuamente. A Constituição é, sem dúvida, influenciada pelas forças reais de poder, mas também ela procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social.

---

[8] LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6 ed. Rio da Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 39.
[9] HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997, p. 11.

A Constituição é, portanto, um fenômeno de mão dupla entre o ser (*sein*) e o dever ser (*sollen*). A Constituição formal é aquele texto máximo de um determinado Estado que procura condicionar a sua realidade. Por outro lado, a influência político-social sobre este texto e, fundamentalmente, as interpretações do texto da constituição que resultam dessas influências, representam a Constituição material.

Em outras palavras, é formal a Constituição enquanto lei constitucional, consubstanciada na forma escrita, posta no papel, ao passo que a Constituição material é o sentimento que se faz desse texto no dia-a-dia, por meio de uma evolução histórica, é o resultado da interpretação do texto imposto pelos fatores reais de poder, é, enfim, a maneira como a sociedade efetiva realmente os direitos ali previstos.

A constituição material é, pois, a essência, a substância mesma da Constituição. Tome-se o seguinte exemplo: caso desaparecessem todas as Constituições brasileiras, todas as folhas de papel em que o texto constitucional está impresso, disso não decorreria que o Brasil não mais possuísse uma Constituição. A Constituição permaneceria em sua essência, na interpretação que a sociedade faz dela, como comando normativo vivo que regulamenta o funcionamento do Estado.

Nesse sentido, podemos afirmar que o texto da constituição, a constituição formal, é apenas a lembrança, o registro, a memória, do que a constituição deve de fato ser. A constituição material é o texto tal qual aplicado e interpretado pelos órgãos do Estado e por todos os atores sociais.

Na lição de Konrad Hesse, "[...] a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição"[10]. Poderíamos acrescentar que a interpretação da constituição é a constituição material, é a própria essência da constituição, o que vai além do texto. Metaforicamente, poder-se-ia dizer que a Constituição formal é a partitura musical e a Constituição material, a própria música enquanto tocada e escutada pelo corpo social.

A distinção entre os dois conceitos pode ser facilmente percebida quando a um mesmo texto, em épocas distintas, são dadas interpretações completamente diferentes, de acordo com o fluxo e refluxo dos movimentos sociais, econômicos, políticos, mas também de acordo com o pensamento filosófico e moral do tempo.

Recentemente (apenas no final do século passado), no estudo do Direito, foi abandonada a idéia de que ele se resume à lei. Essa mudança de paradigma, obviamente, não

[10] HESSE, Konrad, op. cit., p. 22-23.

poderia ocorrer desvinculada da hermenêutica constitucional, que a cada dia ganha mais evidência no estudo do Direito. De acordo com essa nova hermenêutica, o texto constitucional não é a Constituição, mas apenas a linguagem que a expressa. A Constituição propriamente dita é a interpretação que se extrai do texto, o sentido que lhe é imprimido. Esta é a Constituição materialmente falando.

6 CONCLUSÃO

A Constituição, ao longo de um extenso processo político e jurídico-doutrinário, vem sofrendo paulatinas mudanças, que acabam tornando sua estrutura mais complexa. De simples constatação da realidade político-social das cidades-Estado, passando por um documento escrito, fruto apenas da soberania estatal, a Constituição ganhou novos contornos e se encontra agora inserida num sistema internacional, no qual representam normas constitucionais não só aquelas contidas no texto formal da Constituição, mas também outras, provenientes de tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil seja signatário.

O Direito Constitucional assume uma posição de indissociável interdisciplinaridade com o Direito Internacional, que quebra aquele paradigma da Constituição como fruto de uma soberania absoluta, para considerá-la elemento essencial do sistema mundial de proteção internacional dos direitos humanos.

A relativização da soberania nacional é um dos fundamentos desse sistema internacional, e, aos poucos, os constitucionalistas vão se rendendo a esta nova e inevitável tendência. Assim, as normas de direitos humanos internacionais, agora com o *status* de Lei Maior, se enraízam cada vez mais no ordenamento brasileiro, de forma a tornar o Estado brasileiro cada vez mais suscetível à supervisão internacional, e controle pelas Cortes Internacionais de Direitos Humanos em caso de descumprimento dos tratados assinados.

Com isso, a República Federativa do Brasil passa a estar mais próxima de atingir seus objetivos perante as nações internacionais, preconizados no art. 4º, dentre os quais o de reger-se nas suas relações internacionais com prevalências dos direitos humanos, buscando a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

Mas é preciso advertir que, embora a constituição seja condicionada pelo texto, inclusive textos de direito internacional, mas absolutamente não se resume a ele. A norma constitucional, resultado da interpretação do texto, é fruto de um conjunto de forças sociais, políticas, econômicas, bem como do pensamento filosófico de uma determinada época. O momento na história do constitucionalismo é de transição.

Se por um lado a constituição material encontra-se em um processo de expansão, caminhando para ampliar o catálogo de direitos e garantias fundamentais protegidos, chamado de bloco de constitucionalidade, por outro lado podemos também afirmar que essa expansão depende da interpretação que é dada ao texto constitucional pelo conjunto das forças e dos atores sócio-político-econômicos.

7 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). In. **Revista Opinião Jurídica**. Ano III - nº 6, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRAGA, Valeschka e Silva. Apontamentos sobre o (des)respeito à essência e à forma normativa da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.** In. **Revista Opinião Jurídica**. Ano II - nº 3, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: 05 de outubro de 1988.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Réquiem para uma Constituição**.** In: FIOCCA, Demian & GRAU, Eros Roberto (Org.). **Debate sobre a Constituição de 1988**. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

DROBOWOLSKI, Sílvio. Direitos Fundamentais - a cláusula de expansão do art. 5º, parágrafo 2º da Constituição de 1988. In: **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. nº 7, 2006.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais.** 2 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002.

GONÇALVES, Flávio José Moreira. Direito, Política e Constituição. In. **Revista Opinião Jurídica**. Ano II - nº 3, 2004.

GUERRA, Marcelo. **Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Potro Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

LASSALLE, Ferdinand**. A essência da Constituição.** 6 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris., 2001.

MACEDO, Dimas. Princípios fundamentais da Constituição. In. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. nº 1, 2003.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Humanos e Cidadania: à luz do Direito Internacional.** Campinas: Minelli, 2002.

_____. **Direito Internacional Público**: parte geral. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional.** 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. **Temas de Direitos Humanos.** São Paulo: Max Limonad, 2003.

WEIS, Carlos. **Direitos Humanos contemporâneos.** São Paulo: Malheiros, 2006.

A ESPECULAÇÃO IMOBILIÁRIA COMO PRODUTORA DE SEGREGAÇÃO SÓCIO-ESPACIAL E OBSTÁCULO À EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA EM FORTALEZA

MARÍLIA PASSOS APOLIANO GOMES[*]

RESUMO
Este trabalho analisa em que consiste o Direito à Moradia, e perquire acerca da problemática urbana que interfere na sua não-efetivação nas cidades brasileiras. Aborda a ilicitude da especulação imobiliária, vez que esta prática consiste em um dos maiores obstáculos para a efetivação do direito à moradia.

Palavras-chave: Direito à Moradia; Função Social da Propriedade e Especulação Imobiliária.

ABSTRACT
Analyzes what it is the Right to Housing, and inquire about the urban problems that interfere with its non-realization in Brazilian cities. Addresses the illegality of property speculation, a practice that consists of an obstacle for the realization of housing rights.

Keywords: Right to Housing; Social Function of Property; Property Speculation.

1. INTRODUÇÃO

Observa-se que de acordo com a legislação brasileira, em especial a Constituição Federal de 1988, há um direito de igualdade genérico segundo o qual "todos são iguais perante a lei". Entende-se que essa propalada igualdade nos termos da Constituição deve ser sobretudo uma isonomia de possibilidades, garantindo-se minimamente que aos brasileiros em geral sejam dadas iguais chances de estudar, trabalhar e morar, por exemplo.

Muito embora, segundo a Constituição, todos tenham direito à saúde, moradia, trabalho, educação, lazer - dentre outros -, a grande maioria da população nacional sofre da ausência dos elementos mínimos necessários para sua própria subsistência. Não é difícil perceber o descompasso da legislação com a realidade brasileira em um contexto de desigualdade social gritante, principalmente no que diz respeito ao direito à moradia.

No contexto da cidade, muito se tem dito que a maior parte dos problemas decorre de uma falta de planejamento urbano, ou mesmo da completa ausência estatal. Não se nega que este é um dos fatores relevantes – o absenteísmo do Estado -, mas igualmente não se olvida

[*] Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Membro do Núcleo de Assessoria Jurídica Comunitária (NAJUC/UFC).

que as origens e as razões desta ausência e ineficiência das políticas públicas vão muito além de simples inércia dos governantes.

O mercado imobiliário e os interesses privados têm um poder muito forte na correlação de forças exercida na disputa pelo espaço urbano. O modelo de desenvolvimento excludente, individualista, patrimonialista – que se diz "desenvolvimentista" e põe índices de crescimento puramente econômicos acima do desenvolvimento da qualidade de vida das pessoas – é um dos maiores obstáculos à real efetivação de direitos fundamentais por parte da maioria da população na cidade. Uma das manifestações mais visíveis deste modelo de desenvolvimento, no contexto da cidade, é a especulação imobiliária, da qual falaremos amiúde neste trabalho.

A concretização do direito à moradia constitui uma garantia básica para que se possa viver de forma digna. O direito à moradia, é importante que se diga, não expressa apenas a necessidade de um teto para se morar, de uma casa simplesmente. O abrigo seguro, em condições de saúde e habitabilidade adequadas é um dos pontos centrais inseridos neste direito, mas não é o único.

Diante da mais basilar noção do que seja este direito, facilmente se conclui que é abissal a distância entre o discurso legal e a realidade nas cidades. Apesar da notoriedade deste descompasso e da relevância do tema, poucos são os estudos que a Academia produz sobre o direito à moradia, sobretudo em nível de graduação. A necessidade de produção de conhecimento acerca da temática é inegável, sobretudo um conhecimento que não se pretenda isolado da realidade social ou que se apresente como supostamente neutro.

2. CONTEÚDO MATERIAL DO DIREITO À MORADIA

O direito à moradia está previsto expressamente no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, tendo sido inserido na Carta Magna por meio da Emenda Constitucional nº 26/2000. Além disto, enquanto direito social inserido no rol dos direitos fundamentais, também está disposto em diversos pactos e tratados internacionais de que o Brasil é signatário desde a década de 1960, a exemplo do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - PIDESC (1966).

Na tentativa da elaboração de um conceito próprio do direito à moradia, entende-se que existem algumas condições mínimas para a concretização deste direito. Neste sentido, destaca-se que o direito à moradia é também um dos direitos correlatos ao Direito à cidade, e

quer-se com isso dizer que para a concretização do direito à moradia, ao contrário do que muitos pensam, não basta somente ter acesso a uma casa.

É necessário que esta casa seja dotada de condições reais de ser habitada, respeitada a salubridade de suas instalações internas, mas não somente internas. Compreende-se, assim, a necessidade da inserção da moradia em um contexto de acesso aos serviços básicos como água, energia, coleta de lixo, acesso à saúde e transporte.

Importante esclarecimento nos faz Raquel Rolnik[1] (informação verbal) ao dizer que a nomenclatura correta deste direito não é "direito à moradia", e sim "direito fundamental à moradia adequada como condição da dignidade humana". Assim, não se reporta somente à obtenção de uma casa. Moradia, dessa forma, não pode ser entendida como produto imobiliário, e nem ser assunto para a indústria de construção civil, conforme alerta da própria Raquel Rolnik, ora Relatora Especial da ONU para o Direito à Moradia.

Em continuidade ao que foi disposto no PIDESC, de 1966, o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais elaborou dois relevantes Comentários Gerais a respeito do direito à moradia adequada, quais sejam o Comentário Geral nº 4 (1991) e o nº 7 (1997), que se concentra mais no tema dos despejos forçados.

Nestes Comentários Gerais, foram reconhecidos alguns dos elementos que caracterizam o direito fundamental à moradia. Dentre eles destacam-se:

a) Segurança jurídica da posse, que corresponde à garantia de morar em um lugar sem ameaça de remoção, despejos e ameaças as mais variadas com relação à posse da habitação;
b) Acesso à educação, saúde, lazer, transporte público, emprego e vários outros serviços básicos, que corresponde à acessibilidade;
c) Disponibilidade de serviços coletivos e de infra-estrutura;
d) Habitabilidade, ou seja, proteção contra o frio, o calor, a chuva, os ventos, incêndios ou inundações, de forma que se possa viver com salubridade, sem riscos à saúde e à vida, dentro de um meio-ambiente saudável;
e) Por fim, outro elemento caracterizador do direito à moradia é a adequação cultural, que significa que a moradia para ser adequada deve estar de acordo com os padrões culturais locais, respeitando assim a diversidade cultural.

[1] Raquel Rolnik em palestra proferida em 30/03/2010 na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará em seminário promovido pela ONG CEARAH Periferia.

A moradia, desta forma, é um ponto de acesso aos meios de subsistência: acesso ao emprego, saúde, educação, transporte e sociabilidade. Não tem nada a ver com depósito de gente em áreas periféricas, longínquas, isoladas, sem a menor infra-estrutura, conforme nos alerta Rolnik.

3. A URBANIZAÇÃO CONCENTRADORA EM FORTALEZA

Inicialmente impende destacar que houve um salto populacional urbano, e em poucas décadas a população brasileira mudou vertiginosamente de predominância rural para urbana. Este configurou, conforme assevera Rolnik[2], um dos movimentos sócio-territoriais mais rápidos e intensos da história da humanidade. A face mais cruel deste crescimento é que ele ocorreu sob a égide de um modelo de desenvolvimento urbano que, de acordo com a autora, privou as classes de menor renda da urbanidade, ou seja, da inserção efetiva na cidade.

Pode-se constatar esse dado, por exemplo, observando-se que a população urbana no Brasil em 1940 era de 31% e em 2000 passou para 81,2%. Ou seja, em 60 anos, o percentual de pessoas vivendo em cidades mais que duplicou, quase triplicou. Uma mudança vertiginosa e, consideradas as realidades históricas, num espaço de tempo muito curto. E, é claro, este crescimento dificilmente foi acompanhado do correto planejamento urbano, na tentativa de evitar as grandes desigualdades e as mazelas sociais.

A autora aponta ainda que o referido modelo de urbanização além de excludente foi também concentrador: 60% da população urbana vive em 224 municípios com mais de 100 mil habitantes, dos quais 94 pertencem a aglomerados urbanos e regiões metropolitanas com mais de 1 milhão de habitantes.

Já Fortaleza, entre os anos 1940 e 1950, cresceu em contingente populacional o percentual de 49,9%. Na década seguinte, o crescimento foi ainda maior, acima de 90%. Dessa forma, a população fortalezense quase dobrou nos anos 50. Este crescimento em específico de Fortaleza não se deveu a nenhum pico industrial, que geralmente foi fator importante na urbanização de outros grandes municípios brasileiros.

[2] ROLNIK, Raquel. **A cidade e a lei***:* legislação, política urbana e territórios na cidade de São Paulo. Studio Nobel: Fapesp, 1997.

Na verdade, a urbanização em Fortaleza esteve bastante relacionada ao êxodo rural provocado pelas secas no interior do estado. Bessa[3] aponta que a todo grave período de seca no Ceará seguiu-se um aumento significativo do êxodo rural para Fortaleza, fator que influenciou diretamente o aumento das ocupações ilegais na capital.

Sobre a concentração do crescimento urbano em algumas cidades específicas, sabe-se que em geral a urbanização se dá de forma mais expressiva ainda nas áreas que já correspondem às maiores cidades. Comprovando tal realidade, Pequeno[4] verifica a situação de macrocefalia da Região Metropolitana de Fortaleza - RMF: dos 184 municípios cearenses, apenas 6 apresentam população superior a 100 mil habitantes, e três destes são da RMF, quais sejam Fortaleza, Caucaia e Maracanaú. Somente Fortaleza concentra 71% do total da população da RMF, o que demonstra a concentração a que se referiram Rolnik e Pequeno.

A concentração desigual de renda é comprovada também na Região Metropolitana de Fortaleza – RMF, em que Costa[5] aponta que, em 2000, da totalidade das 805.133 famílias, 206.157 tinham renda familiar mensal per capita de meio a um salário mínimo, o que correspondia a 25% das famílias. No outro extremo estavam apenas 65.179 famílias, cuja renda familiar ultrapassava 10 salários mínimos. Conforme Costa:

> No Brasil, o desenvolvimento socioeconômico desigual, a forte concentração da renda e da posse da terra, o gradual empobrecimento da população e a fragilidade da regulação da expansão das metrópoles brasileiras favoreceram a formação de espaços contraditórios, que se expressam na paisagem. A paisagem urbana é marcada não só pela desigualdade econômica como também pela diversidade natural e cultural[6].

A autora afirma ainda que a Região Metropolitana de Fortaleza (RMF) é um exemplo clássico de desenvolvimento concentrador e excludente, o que se demonstra pela existência de algumas áreas com elevadíssimo padrão de vida, ao lado de outras que coexistem em situação de pobreza extrema. Obviamente este tipo de "desenvolvimento da desigualdade" gera a deterioração das condições de vida desta parte da população que se encontra à margem, em especial no que diz respeito à situação da moradia destas famílias.

---

[3] BESSA, Eli Meneses. **Ações Coletivas de Regularização Fundiária Urbana como Instrumento para a concretização do direito fundamental à moradia no Brasil**. Dissertação (Mestrado) – Pós Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2003.

[4] PEQUENO, Luís Renato. Estrutura Intraurbana Socioocupacional & condição desigual de moradia na Região Metropolitana de Fortaleza. In: DANTAS, Eustógio (Org.) **Vulnerabilidade socioambiental na Região Metropolitana de Fortaleza.** Fortaleza: Edições UFC, 2009, p. 55-97.

[5] COSTA, Maria Clélia Lustosa. Arranjo Familiar e a vulnerabilidade na Região Metropolitana de Fortaleza. In: DANTAS, Eustógio (Org.) **Vulnerabilidade socioambiental na Região Metropolitana de Fortaleza**. Fortaleza: Edições UFC, 2009b, p. 139-163.

[6] COSTA, Maria Clélia Lustosa, op. cit., p. 143.

As mazelas sociais, dentre elas a existência de milhares de brasileiros sem ter onde morar, são conseqüências de um modelo de desenvolvimento que não se preocupa com a maioria da população. As diretrizes econômicas e políticas dos governos brasileiros, conforme observou-se na História, poucas vezes foram formuladas para a efetivação dos direitos fundamentais dos menos favorecidos, que constituem a maioria da população brasileira.

Neste sentido, em recente monografia sobre o tema, afirma Maria Gabriela Sá Lima[7]:

> A desigualdade no acesso à terra urbana e, conseqüentemente, à moradia não é por acaso ou simples decorrência da desorganização causada pelo crescimento desenfreado das cidades. Faz parte de um modelo econômico e político que se volta para o beneficio das elites em detrimento das necessidades básicas da maioria da população, que reflete também a exacerbada proteção à propriedade privada, como se direito absoluto fosse, sobrepondo-se, muitas vezes, ao direito à moradia.

Quer-se com isso dizer que seria reducionista entender que a questão determinante da problemática urbana é a falta de planejamento urbanístico atento ao fato da urbanização. O considerável déficit habitacional brasileiro sem dúvida guarda correlação com a urbanização, mas não se deve somente a isto, como aduzido acima.

Endossando o entendimento de que o problema das cidades brasileiras não se resume à falta de planejamento está Ermínia Maricato[8]:

> Apesar da histórica comprovada falta de respeito, durante décadas, em relação aos Planos Diretores Municipais, esse tema retorna em grande estilo no texto da Constituição de 1988, que estabelece a obrigatoriedade de sua execução em todas as cidades com mais de 20.000 habitantes, restabelecendo seu prestígio e fortalecendo a idéia, muito comum na imprensa, de que nossas cidades são um caos porque não têm planejamento urbano, o que não é verdade. Especialmente nos anos 1970, a produção de Planos Municipais foi muito significativa[9].

Compreende-se que o planejamento se revela imprescindível e se apresenta como um instrumento que pode auxiliar e muito a efetivação do direito à moradia, se corretamente instituído e sobretudo concretizado. No entanto, entende-se que no cenário principal está a

---

[7] LIMA, Maria Gabriela Sá. **A efetividade do direito fundamental à moradia no contexto dos conflitos fundiários urbanos em Fortaleza**. 2009. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2009, p. 13.

[8] MARICATO, Ermínia. "As idéias fora do lugar e o lugar fora das idéias: planejamento urbano no Brasil". In: ARANTES, Otília; VAINER, Carlos; MARICATO, Ermínia (org.) **A cidade do pensamento único: desmanchando consen*sos.*** Petrópolis: Vozes, 2000, p. 121-192.

[9] MARICATO, Ermínio, op. cit., p. 144.

disputa política pelo espaço urbano e a opção consciente ou omissa dos governos brasileiros em privilegiar o mercado imobiliário em detrimento da maioria da população.

4. A SEGREGAÇÃO SÓCIO-ESPACIAL

Por óbvio, o crescimento sem planejamento e sem contrapartida do Poder Público faz com que todos os problemas urbanos assumam dimensões grandiosas e cada vez mais difíceis de serem contornadas. Assim, observa-se que o inchaço populacional urbano é bastante cruel na realidade brasileira, uma vez que os que mais sofrem com esta configuração habitacional são os mais pobres.

É claro que a segregação dos mais pobres dentro da cidade não ocorre somente no Brasil, e tampouco se revela uma questão gerada nos tempos atuais. Uma das origens modernas desse problema é a Revolução Industrial, observando-se que a localização bastante afastada e periférica das moradias dos operários data do início do século XIX, com a industrialização, sobretudo porque era economicamente inviável para os operários ocupar as áreas centrais, dotadas de infra-estrutura, que eram habitadas pelas classes ricas. Essas áreas centrais e vedadas aos mais pobres possuíam alguns dos equipamentos urbanos básicos existentes à época, o que para os operários era um luxo inatingível. Foi em virtude da industrialização que tiveram origem os primeiros cortiços, típica moradia destinada a pessoas de baixa renda.

No Brasil também se observou que uma das primeiras formas populares de moradia irregular foi o cortiço, inicialmente surgindo em São Paulo e no Rio de Janeiro. Em seguida, com a realização das reformas higienistas, houve a expulsão das classes populares para outras áreas, tendo em vista que os antigos cortiços não atendiam às condições higiênicas mínimas apontadas pelos governos.

Desta forma, a população foi expulsa para as áreas periféricas da cidade, e começaram a surgir, assim, as favelas. É interessante notar que muitas das favelas cariocas, por exemplo, surgiram diretamente em virtude da atuação estatal de expulsar as classes populares dos cortiços. O nascimento das favelas nestes casos está intrinsecamente ligado a um processo de segregação desencadeado pelo próprio Estado.

A lógica da ordenação das cidades, hoje, não é exatamente a mesma do período inicial da industrialização, mas se observa que o resultado é sempre o mesmo: gerando uma espécie

de "segregação sócio-espacial", definida por Yves Grafmeyer como "oportunidades desiguais de acesso aos bens materiais e simbólicos oferecidos pela cidade", citado por Meneses Bessa.

Maricato[10] define segregação sócio-espacial como sendo a concentração espacial homogênea de pessoas de uma determinada classe social, o que ocorre geralmente com os mais pobres dentro da cidade. Observa-se a situação deste tipo de segregação na análise da maioria das cidades brasileiras, em que a concentração das moradias pobres se dá nas periferias, distantes dos centros da cidade. É criado um "anel periférico", que a depender do porte das cidades pode possuir várias camadas, e é para onde vão as famílias que chegam nas cidades, por não terem acesso à chamada "cidade formal".

Em Fortaleza, esse processo de segregação sócio-espacial começou a ficar mais visível a partir de 1930. Por conta das várias secas que ocorreram neste período, bem como do aprofundamento das desigualdades sociais em virtude da questão agrária, as migrações do interior para Fortaleza foram bastante expressivas. A população recém-chegada à cidade buscava abrigo onde podia, na maioria das vezes na faixa litorânea e nas áreas de duna, que não eram interesse das elites. Datam desta época as primeiras favelas de Fortaleza, a exemplo do Pirambu e do Mucuripe. Clélia Lustosa[11], em seus estudos citados, confirma:

> Assim, começava a ficar mais visível, a partir da década de trinta, o processo de diferenciação espacial e segregação residencial. A distribuição da população no espaço urbano de Fortaleza fica nitidamente determinada pelo nível de renda[12].

Silva[13] lembra ainda que em Fortaleza o crescimento urbano ocorre tradicionalmente por meio da ocupação progressiva dos loteamentos existentes na periferia, por parte da população de baixa renda. A localização distante acarreta as baixas densidades destes locais, o que conseqüentemente dificulta o atendimento dos serviços básicos. A segregação é bastante nítida quando se observa que estas classes sociais, correspondentes aos estratos de renda mais baixos, geralmente estão concentradas em alguns bairros da cidade.

---

[10] Id. **Brasil, cidades***:* alternativas para a crise urbana*.* 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

[11] COSTA, Maria Clélia Lustosa. Planejamento e expansão urbana. IN: DANTAS, Eustógio; Costa, Maria Clélia Lustosa; SILVA, José Borzacchiello da. **De Cidade a Metrópole***:* (trans)formações urbanas em Fortaleza. Fortaleza: Edições UFC, 2009, p. 143-185

[12] COSTA, Maria Clélia Lustosa, op. cit., p. 153.

[13] SILVA, José Borzacchiello da. Formação socioterritorial urbana. In: *De Cidade a Metrópole:* (trans) formações urbanas em Fortaleza. DANTAS, Eustógio; Costa, Maria Clélia Lustosa; SILVA, José Borzacchiello da. Fortaleza: Edições UFC, 2009, p. 87-141.

A formação das periferias ocorre porque a ocupação do espaço urbano encontra-se em constante disputa pelas classes sociais existentes, conforme afirma Villaça[14]. A disputa ocorre pelas localizações entendidas como as mais valiosas, em virtude dos equipamentos públicos presentes nas áreas urbanas.

Nesse sentido, a tendência das cidades brasileiras hoje é estabelecer um centro de crescimento, e nele concentrar os investimentos, deixando à margem a maior parte da cidade, que continua crescendo em direção das periferias. Villaça nos lembra as considerações de Castells:

> As classes disputam a apropriação diferenciada do próprio produto do trabalho. Quanto mais centrais as localizações (dependendo aí do que se entenda por "centro") maior seu valor de uso, ou seja, melhores condições tem ela de se relacionar com o restante da cidade[15].

Segundo Villaça, a segregação sócio-espacial é um processo por meio do qual diferentes classes ou camadas sociais tendem a se concentrar cada vez mais em regiões gerais ou conjunto de bairros da cidade.

A segregação sócio-espacial gera ainda a existência de "várias cidades dentro da mesma cidade": a cidade dita formal, contraposta à cidade informal ou ilegal. Uma consiste no perímetro em que existem investimentos públicos e privados para melhoramento da qualidade de vida das pessoas (e por conta destes investimentos, o valor da terra é aumentado, fazendo com que a ela só alguns possam ter acesso); e outra, a cidade ilegal, manifestada no resto da cidade (que geralmente é a maior parte da cidade, localizada à margem, nas periferias), em que se concentra a maioria da população que não possui meios de habitar na cidade formal.

A divisão da "cidade legal" em contraponto à "cidade ilegal" se dá em virtude da própria observação da dinâmica de ocupação e melhoramento dos espaços urbanos, no entanto não se diga que esta pesquisa endossa o entendimento do mito da "cidade partida em duas". Estudos recentes comprovam que esta contraposição da cidade legal à cidade ilegal não é simples nem meramente dual, na verdade a cidade encontra-se dividida em várias, conforme estudo realizado pelo Observatório das Metrópoles bastante esclarecido por Renato Pequeno.

[14]VILLAÇA, Flávio. **Efeitos do espaço sobre o social na Metrópole Brasileira**. VII Encontro Nacional da ANPUR, Recife, 1997.
[15] VILLAÇA, Flávio, op. cit., p. 24.

Apesar de serem diversos os espaços observados em Fortaleza, por exemplo, é sabido que continua havendo a cidade formal e a cidade informal, decerto que distribuídos nas diversas tipologias sócio-espaciais identificadas pelos estudos acima citados.

Por conta desta segregação sócio-espacial, por meio da qual é formada a cidade "legal" - onde são realizados quase todos os investimentos em infra-estrutura e serviços públicos de qualidade -, as pessoas que não tem possibilidade de ingressarem no mercado dito formal de habitação buscam as soluções alternativas.

Assim, restam para a população de baixa renda as situações habitacionais irregulares e quase sempre muito precárias, a exemplo dos cortiços, loteamentos irregulares e áreas sócio-ambientalmente instáveis. É desta forma que cresce a chamada cidade informal ou "ilegal", que existe paralelamente à cidade legal, mas em que o Poder Público pouco ou nada investe, aprofundando progressivamente as diferenciações entre ricos e pobres. Neste sentido, a ilegalidade é um subproduto da regulação tradicional e das violações contra os direitos à terra e à moradia. Quanto a isso, afirma Renato Pequeno[16]:

> Da incapacidade de atender à demanda, decorreu a proliferação de áreas de ocupação como resposta da população excluída à redução da oferta de moradias. Assumindo a condição de verdadeiros corredores de degradação socioambiental, os rios e córregos urbanos passaram a orientar o processo de favelização, cada vez mais vistos como signos da ausência de controle urbano. (p.62)

Como características da segregação sócio-espacial existem, portanto, as barreiras "reais" - a exemplo do preço da terra -, e as barreiras simbólicas. Estas simbólicas não menos reais que as outras, constituindo a negativa das elites a que os mais pobres tenham acesso aos bairros ditos nobres, por exemplo, e aos equipamentos sociais públicos e privados que entendem não serem destinados a população menos favorecida.

A existência de um grande número de imóveis sendo utilizados unicamente para valorização imobiliária e enriquecimento de seus proprietários faz com que as áreas livres na cidade fiquem cada vez mais escassas. Os terrenos que não estão ocupados efetivamente sofrem um aumento gradativo de preço, impedindo que a maioria da população possa acessá-los para fins de moradia.

Compreende-se, assim, que a urbanização no Brasil ocorreu obedecendo à lógica do mercado: os investimentos, tanto do setor privado quanto do Poder Público, se deram inicialmente em áreas centrais da cidade, com a finalidade de gerar acesso às classes média e

[16] Id. Ibidem.

alta. As políticas públicas de infra-estrutura e melhorias urbanas serviram para aumentar o preço das terras dotadas de serviços e bens, o que conseqüentemente gerou o enriquecimento de quem detém a propriedade, e exclusão progressiva de quem não possui meios de acessar a terra.

É imprescindível a compreensão de que o processo de segregação sócio-espacial não ocorre por acaso, e nem por conta simplesmente da expansão das cidades. A segregação sócio-espacial ocorre para dar espaço e vez ao mercado imobiliário, possibilitando a existência de áreas de enriquecimento, e para tanto é necessário garantir que os pobres não estejam nessas áreas valorizadas. Dessa forma, a segregação é um meio de manutenção das estruturas sociais e da desigualdade econômica no Brasil, que não pode ser vista como uma fatalidade ou um fato passageiro em direção ao "desenvolvimento futuro".

Villaça[17], em seu estudo "Efeitos do espaço sobre o social na metrópole brasileira", aponta a segregação sócio-espacial como sendo uma das formas de possibilitar o controle da produção e do consumo do espaço urbano pelas classes dominantes. Para o autor, são as classes dominantes que comandam o processo de apropriação diferenciada das vantagens do espaço. Interessante é que o autor aponta que uma das vantagens centrais em disputa é a diminuição dos gastos de tempo despendido nos deslocamentos das pessoas, ou seja, a acessibilidade às diversas localizações urbanas, sobretudo o centro da cidade.

Esclarece ainda Villaça que, para realizar estes objetivos, o controle das classes dominantes por meio da segregação sócio-espacial é exercido através de três esferas:

> A) Na esfera econômica: realiza-se aqui o controle do mercado imobiliário, que produz os bairros da classe dominante nos locais onde elas desejam;
>
> B) Na esfera política: através do controle dos organismos do Estado, por meio da determinação das localizações da infra-estrutura urbana (concentrada na "cidade formal") e dos órgãos públicos (isolando-os da população pobre), bem como controlando as leis de uso e ocupação do solo;
>
> C) Na esfera ideológica: é criada uma ideologia para facilitar a dominação na cidade, gerando a aceitação dos dominados.

É por meio destes campos que as elites e o Estado mantém o *status quo,* reproduzindo a segregação na cidade diariamente e tornando cada vez mais difícil quaisquer alterações nas rígidas estruturas sociais brasileiras.

[17] Id. Ibidem.

A segregação sócio-espacial, que conforme dito trata-se de um processo notadamente não-natural, é diretamente causadora da ilegalidade urbana na exata medida em que os únicos espaços que sobram para a população mais pobre habitar são as áreas sócio-ambientalmente mais frágeis.

Assim, muitas favelas se concentram em áreas de proteção ambiental ou áreas de risco, e a "ilegalidade urbana" começa na "escolha" do lugar onde morar por parte destas famílias. É preciso destacar, no entanto, que os ricos também ocupam áreas de proteção ambiental, e em Fortaleza essa situação é muito nítida na região do entorno do Rio Cocó, por exemplo. A ocupação das classes abastadas nestas áreas conta com a omissão e permissão governamental, numa clara dualidade de discursos: para os pobres nestas áreas de proteção, a repressão e a remoção; para os ricos, a permissividade do Poder Público, perpetuando as desigualdades ora apontadas.

A ilegalidade urbana de que falamos diz respeito ao local das habitações, mas também ao tipo de construção, a existência ou não de licenciamento da Prefeitura e da regularização fundiária.

Esclareça-se que a "escolha do lugar onde morar", para boa parte da população brasileira, obviamente, não é escolha alguma, haja vista que não existem opções a serem ponderadas. As áreas ocupadas pela população mais pobre são, de fato, as que a ela ficam disponíveis, ou seja: as únicas que não são interesse (ainda) do mercado imobiliário.

Trata-se da "lógica da necessidade", a respeito da qual Alfonsin[18] se refere. A população pobre, que não encontra espaço no mercado formal de habitação, dá início às ocupações irregulares unicamente por conta da necessidade, que é a lógica que a move. É por conta dos preços excessivamente altos da terra urbana que estas pessoas não têm acesso à moradia, constituindo uma parcela considerável da população que se encontra, inegavelmente, sem opção. A informalidade é inelutável, pois é a única possibilidade de habitar destas pessoas, daí porque se diz que a motivação das ocupações irregulares é a lógica da necessidade.

5. A ESPECULAÇÃO IMOBILIÁRIA COMO OBSTÁCULO À EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MORADIA EM FORTALEZA

[18] ALFONSIN, Betânia. Para além da Regularização Fundiária: Porto Alegre e o Urbanizador Social. IN: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Org.). **Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade***:* diretrizes, instrumentos e processos de gestão. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 281-291

Uma das maiores causas da segregação sócio-espacial urbana consiste na especulação imobiliária nas cidades. Para citar Fortaleza, ocorre que um número considerável de imóveis permanece inutilizado, vez que neles não é assegurada moradia de ninguém, nem tampouco se desenvolvem atividades comerciais, por exemplo. A única finalidade destes imóveis é agregar valor e, no futuro, serem vendidos a preços muito maiores do que o preço de aquisição, gerando assim enriquecimento a seus proprietários.

Estes terrenos vazios, que, conforme dissemos acima, são utilizados apenas com finalidade de agregar valor, poderiam suprir a demanda por moradias se fossem utilizados em políticas habitacionais, haja vista que em algumas cidades o número de terrenos inutilizados ou subutilizados muitas vezes é maior que o déficit habitacional.

Conforme pesquisa da Fundação João Pinheiro, em 2000 era de 77.615 unidades o déficit habitacional de Fortaleza, em contraponto ao número de 69.995 imóveis vazios na cidade. Assim, a quantidade de terrenos vazios é muitas vezes proporcional ou até maior do que a necessidade por moradias, fato que demonstra de forma cabal que a falta de moradias não é decorrente de uma escassez real de terras, e sim da concentração das mesmas.

Por meio da especulação imobiliária, os espaços vazios na cidade vão sendo ocupados por pessoas de grande poder econômico que, com a propriedade daqueles terrenos, geram cada vez mais concentração de renda e de poder. Com os espaços da cidade diminuindo por conta desta "escassez criada", da necessidade cada vez maior de terrenos que é agravada e muito pela especulação, aos pobres não sobra onde morar senão nas áreas sócio-ambientalmente frágeis.

A segregação sócio-espacial, desta forma, vai progressivamente afastando a maioria da população para as poucas áreas que não interessam ao capital imobiliário: as áreas públicas ou de proteção ambiental, onde os "empreendedores" não poderiam especular ou construir, em virtude de leis ou mesmo de impossibilidades físicas, como é o caso de encostas de morros ou margens de rios.

Ocorre que a valorização que é atribuída aos terrenos que permanecem unicamente sendo "especulados" é gerada sobretudo por conta de investimentos públicos, uma vez que o preço dos espaços aumenta conforme a área em que eles se inserem recebe equipamentos e serviços públicos. Assim, os serviços de saneamento básico e asfaltamento, por exemplo, fazem com que os terrenos em torno sejam valorizados, e tal acréscimo de valor se deu diretamente em virtude do gasto de dinheiro público. Ou seja: por meio do investimento dos

tributos de todos os munícipes, algumas pessoas enriquecem simplesmente por serem donas de terrenos, sem qualquer esforço do proprietário ou mesmo contrapartida ao Estado.

Kowarick[19] descreve de uma maneira bastante clara o mecanismo de que se utiliza a especulação imobiliária nas cidades, de forma que vale a pena transcrever a longa citação:

> A especulação imobiliária (...) adotou um método, próprio, para parcelar a terra da cidade. Tal método consistia (e consiste) no seguinte: o novo loteamento nunca era feito em continuidade imediata ao anterior, já provido de serviços públicos. Ao contrário, entre o novo e o último já equipado, deixava-se uma área de terra vazia, sem lotear. Completado o novo loteamento, a linha de ônibus que o serviria seria, necessariamente, um prolongamento a partir do último centro equipado. Quando estendida, a linha de ônibus passa pela área não loteada, trazendo-lhe imediata valorização. O mesmo ocorreria (e ocorre) com os demais serviços públicos[20].

Dessa forma, as imobiliárias e construtoras sabem que os terrenos intermediários serão valorizados muitas vezes de forma exorbitante e às vezes em muito pouco tempo, o que faz com que o lucro seja certo e em certa medida rápido. O processo de especulação, portanto, é deliberado e posto em prática segundo critérios lógicos do mercado imobiliário, visando o lucro crescente de poucos e nada se importando com as necessidades coletivas da maioria da população da cidade.

Esta prática, a retenção especulativa dos imóveis urbanos, é uma forma muito clara de transferir para o valor do terreno a benfeitoria pública, e, conforme dissemos, de forma rápida e antecipada. Pode-se compreender, assim, que a realização de rodovias ou quaisquer outras melhorias urbanas irá influenciar diretamente a valorização dos terrenos do entorno, fazendo com que estes fiquem cada vez mais inacessíveis às classes populares.

É desta maneira que a tendência do crescimento das cidades é a expulsão da população pobre para as "periferias" à margem da cidade. A especulação imobiliária, assim, é um dos fatores mais relevantes na questão da segregação sócio-espacial e na periferização da cidade.

Na prática, conforme nos lembra Rolnik[21], a especulação é uma "enorme transferência de recursos públicos para o mercado imobiliário" (informação verbal)**.** Este fato é mais grave ainda em razão de que essa concentração de terrenos inutilizados não é, sob nenhum aspecto, benéfica para a cidade e os cidadãos. Mesmo assim, os donos dos terrenos, sujeitos ativos da especulação, são premiados com a valorização de suas propriedades, que é gerada pelo dinheiro público.

---

[19] KOWARICK, Lúcio. **A espoliação urbana**. 2 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.
[20] KOWARICK, Lúcio, op. cit., p. 33.
[21] Raquel Rolnik. Op. Cit., no mesmo Seminário.

Quer-se com isso dizer que a especulação imobiliária configura enriquecimento ilícito dos proprietários destes terrenos, e o que é pior: enriquecimento ilícito à custa dos tributos, das receitas públicas. Com a especulação imobiliária a cidade perde, portanto, em várias frentes:

a) Em termos do investimento sem retorno (porque o lucro da venda dos terrenos valorizados fica somente para os particulares);
b) Em termos da "escassez criada" de territórios, gerando assim a concentração de terras nas mãos de poucos;
c) Na falta de moradia para a maioria da população.

A visão da terra e da habitação como simples mercadorias iguais a quaisquer outras ignora que as duas estão relacionadas ao direito à moradia enquanto Direito Fundamental. A especulação imobiliária é um sistema por meio do qual a terra é vista e vendida como bem particular independente das necessidades sociais, o que é completamente desarrazoado e hoje não encontra sequer suporte legal. A propriedade é condicionada à função social, que não é um atributo da propriedade, mas sim um de seus elementos estruturantes, ou seja, necessários.

Ignorar o valor da terra enquanto possibilidade de vida é um despropósito de que nos alerta Jacques Alfonsin[22]:

> O que não se pode deixar de considerar, entretanto, é que o suporte físico de ambos, a terra, contém potencialidades indispensáveis a vida, e à vida de todas as pessoas, não somente a dos proprietários, coisa que freqüentemente escapa à cogitação dos intérpretes das leis e dos fatos. O solo é incomensurável em seu valor, tanto para os particulares como para o povo em seu conjunto. Nele se radicam a fonte de alimentação das gentes, as riquezas criadoras dos instrumentos elementares para a satisfação das incontáveis necessidades vitais, e todo o sistema habitacional dos seres humanos. Dele se extraem as substâncias curativas e de fortalecimento, as possibilidades inesgotáveis de recreio e lazer e, sobretudo, nele se exerce, basicamente, a liberdade essencial do homem de ir e vir. O solo é toda a hipótese e possibilidade de vida[23].

É para evitar o desvirtuamento da propriedade em puro benefício particular de poucos, que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXIII, determina que a propriedade atenda a sua função social. Desta forma, a Constituição assevera que é obrigação do proprietário providenciar para que a propriedade atenda sua função social, ou seja: não se trata de uma faculdade, e sim de um dever do dono do imóvel.

---

[22] ALFONSIN, Jacques Távora. **O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.
[23] ALFONSIN, Jacques Távora, op. cit., p. 88.

Além do supracitado artigo 5º, ainda sobre a função social da propriedade, está o artigo 170 da Constituição, que a traz como princípio:

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
> (...)
> III - função social da propriedade.

Desta forma, a função social da propriedade é expressamente prevista na Constituição ao mesmo tempo como uma garantia fundamental no artigo 5º e também como princípio central da ordem econômica brasileira, no artigo 170. Não se olvida, assim, que constitui a função social em uma das instituições mais importantes do ordenamento pátrio, sem a qual a propriedade não pode existir.

Descumprida a função social, a propriedade deixa de ser resguardada pelo Direito, tendo em vista que se descaracteriza enquanto direito fundamental. O direito fundamental à propriedade está condicionado ao exercício da função social, de forma que não se pode, sob hipótese alguma, deixar de exercê-la, sob pena de estar deslegitimada a propriedade e ser plenamente possível a desapropriação.

Sobre a política urbana brasileira, dispõe o artigo 182 da Constituição Federal:

> Art. 182 - A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei,tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.
> (...)
> § 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor

Neste artigo, a Constituição diz que as diretrizes gerais da política de desenvolvimento urbano serão fixadas em lei. Esta lei referida na Constituição foi promulgada em 2001 com a alcunha de "Estatuto da Cidade", trata-se Lei Federal 10.257/ 2001. Depreende-se ainda do supracitado artigo que caberá ao plano diretor especificar quais as exigências para cumprimento da função social da propriedade.

Não foi à toa que o Estatuto da Cidade estabeleceu como uma das diretrizes da Política Urbana Nacional o combate à especulação imobiliária. O Estatuto da Cidade regulamenta o artigo 182, e complementa, portanto, o que a Constituição Federal diz no capítulo de Política

Urbana. No artigo 2º do Estatuto, inciso VI, alínea "e", se observa claramente a intenção da lei em coibir essa prática, conforme se observa:

> Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: (...)
> VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:
> e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização.

Dessa forma, se a lei federal que complementa a Política Urbana nacional entende que a especulação imobiliária deve ser coibida, não se entende porque esta deva ser tolerada. Além disto, no Plano Diretor Participativo de Fortaleza (PDPFor) também está disposto que é um dos objetivos da política urbanística municipal a diminuição da especulação imobiliária.

Facilmente se observa, portanto, que a especulação imobiliária é trazida como prática ilícita de forma implícita pela Constituição, e de forma expressa pelo Estatuto da Cidade e ainda pelo Plano Diretor de Fortaleza.

De forma implícita, na Constituição, porque a Carta Magna não se refere diretamente à especulação, mas ao mesmo tempo diz que a propriedade deverá cumprir sua função social. Compreende-se que privar milhares de pessoas de moradia, enquanto o terreno permanece inutilizado e unicamente valorizando, beneficiando somente o especulador, é indubitavelmente descumprir a função social da propriedade. Além disso, a Constituição diz que a função social será determinada nos planos diretores, e o PDPFor traz expressamente sobre a função social, *in verbis:*

> Art. 3º São princípios da Política Urbana:
> *(...)*
> § 2º A função social da propriedade é cumprida mediante o pleno desenvolvimento da sua função socioambiental.
> § 3° A propriedade cumpre sua função socioambiental quando, cumulativamente:
> I — for utilizada em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental;
> VI — não for utilizada para a retenção especulativa de imóvel.

O Plano Diretor de Fortaleza, que, conforme a Constituição é quem define o que seja a função social para o município de Fortaleza, diz expressamente que a retenção especulativa do imóvel, ou a especulação imobiliária, corresponde ao não-cumprimento da função socioambiental da propriedade.

Reitera-se, assim, que a especulação imobiliária configura uma prática a ser combatida, vez que constitui enriquecimento ilícito. Conforme exposto, tanto a Constituição,

quanto o Estatuto da Cidade e o Plano Diretor de Fortaleza são normas em que a especulação é tida como prática ilícita, devendo, portanto, ser coibida.

Para enfrentamento real do déficit habitacional brasileiro, que é sobretudo urbano, é necessária a proibição efetiva da especulação imobiliária, pois, como vimos, é a retenção especulativa que gera a escassez criada de terras, elevando os preços e impossibilitando o acesso da população à moradia. A especulação imobiliária, dessa forma, contribui diretamente para que o direito á moradia dessa parcela da população não se efetive. Não parece ser suficiente construir conjuntos habitacionais ou criar programas que financiem ou subsidiem as casas para a população.

A simples obtenção da casa por uma ou centenas de famílias, como asseveram Rolnik e Maricato, não irá combater o problema, uma vez que gerará solução para aquelas questões específicas, mas o déficit habitacional continuará. As soluções reais para a crise habitacional brasileira estão no cumprimento à legislação que já existe (a exemplo da desapropriação-sanção para os proprietários que não cumprem a função social), e no repensar a cidade de uma forma que não exclua as pessoas, independentemente de classe social.

6. REFERÊNCIAS

ALFONSIN, Jacques Távora. **O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

ALFONSIN, Betânia. Para além da Regularização Fundiária: Porto Alegre e o Urbanizador Social. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Org.). **Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade***:* diretrizes, instrumentos e processos de gestão. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 281-291.

BESSA, Eli Meneses. **Ações Coletivas de Regularização Fundiária Urbana como Instrumento para a concretização do direito fundamental à moradia no Brasil**. Dissertação (Mestrado) – Pós Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2003.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

COSTA, Maria Clélia Lustosa. Planejamento e expansão urbana. In: DANTAS, Eustógio; Costa, Maria Clélia Lustosa; SILVA, José Borzacchiello da. **De Cidade a Metrópole***:* (trans)formações urbanas em Fortaleza. Fortaleza: Edições UFC, 2009, p. 143-185

_____. Arranjo Familiar e a vulnerabilidade na Região Metropolitana de Fortaleza. In: DANTAS, Eustógio (Org.) **Vulnerabilidade socioambiental na Região Metropolitana de Fortaleza**. Fortaleza: Edições UFC, 2009, p. 139-163.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. **Déficit habitacional no Brasil 2000.** Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 2001.

_____. **Déficit habitacional no Brasil 2000**. 2 ed. Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 2005.

_____. **Déficit habitacional no Brasil 2005**. Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 2006.

KOWARICK, Lúcio. **A espoliação urbana**. 2 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

LIMA, Maria Gabriela Sá. **A efetividade do direito fundamental à moradia no contexto dos conflitos fundiários urbanos em Fortaleza.** 2009. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2009.

MARICATO, Ermínia. **Brasil, cidades***:* alternativas para a crise urbana. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

_____. "As idéias fora do lugar e o lugar fora das idéias: planejamento urbano no Brasil". In: ARANTES, Otília; VAINER, Carlos; MARICATO, Ermínia (org.) **A cidade do pensamento único: desmanchando consensos**. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 121-192.

OSÓRIO, Letícia Marques. Direito à Moradia adequada na América Latina. IN: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Org.). **Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade***:* diretrizes, instrumentos e processos de gestão. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 17-39.

PEQUENO, Luís Renato. Estrutura Intraurbana Socioocupacional & condição desigual de moradia na Região Metropolitana de Fortaleza. In: DANTAS, Eustógio (Org.) **Vulnerabilidade socioambiental na Região Metropolitana de Fortaleza**. Fortaleza: Edições UFC, 2009, p. 55-97.

ROLNIK, Raquel. **A cidade e a lei***:* legislação, política urbana e territórios na cidade de São Paulo. Studio Nobel: Fapesp, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 5 ed. São Paulo: 2008.

SILVA, José Borzacchiello da. Formação socioterritorial urbana. In: **De Cidade a Metrópole***:* (trans) formações urbanas em Fortaleza. DANTAS, Eustógio; Costa, Maria Clélia Lustosa; SILVA, José Borzacchiello da. Fortaleza: Edições UFC, 2009, p. 87-141.

VILLAÇA, Flávio. **Efeitos do espaço sobre o social na Metrópole Brasileira**. VII Encontro Nacional da ANPUR, Recife, 1997.

A INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO DE FALÊNCIA: O INTERESSE PÚBLICO NA FASE PRELIMINAR

ROSA JULIANA CAVALCANTE DA COSTA*

RESUMO
Versa sobre a intervenção do Ministério Público no processo de falência, mormente na fase preliminar. Traça delineamento do *Parquet* no ordenamento jurídico vigente. Disserta sobre o conceito de interesse público e os direitos coletivos e difusos. Dimensiona tais fundamentos no plano falimentar e aborda os aspectos constitucionais da disciplina conferida ao Ministério Público e de suas funções institucionais. Analisa o Recurso Especial nº 867.128, atendo-se ao argumento relativo à atuação interveniente do representante ministerial. Coteja o acórdão prolatado com outros julgados que lhe são divergentes. Enfatiza a necessária manifestação do fiscal da lei em todas as fases do processo, com sustentáculo em interpretação sistemática.

Palavras- chave: Ministério Público. Intervenção. Falência.

RESUMEN
Concierne a la intervención del Ministerio Público en el procedimiento de quiebra, especialmente en la etapa preliminar. Traza la historia del *Parquet* en la ordenación jurídica vigente. Se discute el concepto de interés público y los derechos colectivos y difusos. Trata estos fundamientos em el nivel de la quiebra y se refiere a los aspectos constitucionales de la asignatura dada al Ministerio Público y sus funciones institucionales. Analiza el Recurso Especial n º 867.128, de acuerdo con la alegación relativa a la función de intervenir del representante ministerial. Coteja la concertación promulgada con los demás que se consideraron diferentes. Hace hincapié en la manifestación necesaria del fiscal de la ley en todas las etapas del proceso, con el apoyo principal en la interpretación sistemática.

Palabras clave: Ministerio Público. Intervención. Quiebra.

1 INTRUDUÇÃO

O Ministério Público, instituição consolidada ao longo dos séculos, teve, no Brasil, influência do ordenamento jurídico português. Sua construção sempre se pautou pela primazia do interesse público, o que, a princípio, não estava necessariamente vinculado aos anseios da sociedade, como se concebe hodiernamente. Quiçá por tal transfiguração, o conceito de interesse público reste aberto, dificultando sua apuração de maneira objetiva, senão pela verificação em cada demanda levada ao Poder Judiciário.

Em específico, a inserção do interesse público na Falência pátria, pelas dificuldades esposadas, provocou, como se verifica nos julgados mais recentes, distorção do critério para

* Aluna da Graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

legitimar a participação ministerial ou, em reverso, para ponderar pela inexistência de mácula aos atos já executados sem a efetiva manifestação do *Parquet*. Trata-se de, sem maiores reflexões sobre a importância histórica da instituição e sua essencialidade pactuada em ordem constitucional, entendimento segundo o qual a finalidade da falência restringe-se à satisfação dos credores, concluindo pelo caráter privatístico da demanda e minorando a atuação do Ministério Público no curso do processo.

Com o fito de analisar tal perspectiva sob o prisma doutrinário, sem, todavia, a pretensão de exaurir o temário, o presente estudo dedica-se à pesquisa sobre o *Parquet*, permeando sua modelagem constitucional hodierna, em inquirição de sua relevância no panorama jurídico e democrático. Passa, a seguir, ao estudo da ideia de interesse público e à sua contextualização no plano falimentar, para, ao final, "atar as duas pontas da vida", em referência à obra machadiana[1], inferindo pela sua fixação na fase preliminar do processo de falência.

As considerações finais, com sustentáculo no Direito Constitucional e na doutrina mais versada a respeito dos direitos coletivos e difusos, inseridos no conceito de interesse público, pugnam pela necessidade de atuação ministerial no momento anterior à sentença declaratória, consideração em harmonia com os aspectos históricos e teleológicos que serão destacados neste trabalho.

2 MINISTÉRIO PÚBLICO

O âmbito de atuação da instituição, no que concerne à sua condição de fiscal da lei no processo de falência, exige que se atenha ao contexto histórico e às técnicas interpretativas apreendidas do estudo hermenêutico. Nesse sentido, há de verificar-se o significado do imperativo legal disciplinador face à Constituição Cidadã, nas palavras de Ulysses Guimarães, promulgada em contexto democrático.

2.1 Perspectiva constitucional

A Constituição Federal de 1988 conferiu abrigo incomparavelmente maior aos direitos e garantias individuais e sociais, potencializando a proteção a tais diretrizes mediante o exercício do Poder Constituinte originário. O período democrático vivenciado e a atenção aos

[1] ASSIS, Machado de. **Dom Casmurro.** São Paulo: Ática, 2008.

anseios da população, em perspectiva mais abrangente e flexível, permitiram elevar preocupações de ordem social a status máximo no ordenamento vigente.

Todavia era necessário ir além e criar mecanismos que assegurassem a efetivação de tais direitos. Nesse sentido, exsurge a instrumentalização do *Parquet* como ferramenta essencial à proteção do interesse público, na qualidade de representante legítimo dos cidadãos e dos anseios coletivos a eles pertinentes[2].

A começar, por sua desvinculação a quaisquer dos Poderes clássicos. A Constituição de 1967[3] inserira o Ministério Público dentre as instituições integrantes do Poder Judiciário e mantivera disposição já existente em Cartas pretéritas, qual seja, a representação em juízo da União. A Carta que lhe seguiu disciplinou a instituição em Título pertinente ao Poder Executivo, o que, de certo modo, restringiu-lhe a autonomia que, no curso de sua história, vinha a conquistar.

Diferente fora a organização do Texto Maior de 1988[4], que lhe reservara regramento apartado daquele previsto aos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo. Versou sobre o Ministério Público no Capítulo IV, referente às funções essenciais à Justiça, dedicando-lhe Seção própria, da qual se extraem seu conceito, princípios regentes, garantias, vedações e funções institucionais.

Trata-se de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, consoante definição prevista pelo artigo 127, *caput*, da Constituição vigente. O conceito remete à sua condição de órgão dinâmico e combativo na defesa da ordem jurídica, da democracia e dos interesses maiores da sociedade[5]. A qualidade de permanente, outrossim, refere-se à impossibilidade de supressão do *Parquet* por disposição infraconstitucional, haja vista a interpretação teleológica que a ele se confere, enquanto instituição destinada à defesa dos interesses coletivos e individuais indisponíveis.

Para que não sofresse as ingerências havidas em tempos outros, tratou-se de firmar-lhe garantias, previstas na Carta de Outubro: a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. Assim, possibilitar-se-ia que seus membros atuassem com maior liberdade,

---

[2]SILVA, Cláudio Barros da. **Ministério Público**: uma instituição do Estado. Rio Grande do Sul, 2007. Disponível em:< http://www.amprs.org.br/arquivos/comunicao _noticia/artigo_dr_ claudio_barros_silva.pdf>. Acesso em: 15 out. 2009.

[3] BRASIL. . Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.1, de 17 de outubro de 1969 . **Ed. Brasília**, Distrito Federal: Senado Federal, 1982.

[4]BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. In: ANGHER, Anne Joyce (org.). **Vade Mecum**. São Paulo: Rideel, 2009.

[5] BULOS, Uadi Lammego. **A Constituição Anotada**.5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1083.

considerando a proteção a eles conferida contra eventuais represálias de agentes que viessem a ser alcançados pela atividade ministerial.

O princípio da unidade diz respeito à constituição de um só órgão pelos membros do *Parquet*, submetidos à direção de um procurador-geral. Registre-se que tal característica é aplicável ao âmbito de cada uma das instituições em que se organiza, não para todas vistas conjuntamente, isto é, em se tratando de Ministério Público Federal, a unidade significa que todos os procuradores que desempenham suas atividades nesse âmbito compõem uma única instituição, o que se aplica igualmente ao Ministério Público do Trabalho, ao Ministério Público dos Estados, ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e ao Ministério Público Militar, em seus respectivos quadros.

A indivisibilidade, por seu turno, refere-se ao óbice à fragmentação do MP em outros Ministérios Públicos autônomos, não previstos pela Constituição, em seu rol taxativo.

Finalmente, deve-se ressaltar a garantia de autonomia funcional, aspecto primordial para a efetiva atuação do *Parquet* frente a suas atribuições firmadas pela Carta Maior. Alexandre de Moraes[6] afirma que tamanha é a independência no exercício de suas funções que seus integrantes só devem satisfação às leis e à sua consciência. Óbvio que a assertiva merece temperamentos, considerando que tal margem de atuação insinua discricionariedade exacerbada.

Por zelo à lisura e efetividade na atuação ministerial, representada a instituição por seus membros, firmaram-se garantias e vedações aos integrantes do Ministério Público. Bulos[7] prefere denominá-las genericamente de garantias, subdividindo-as, posteriormente, em garantias funcionais de liberdade, nas quais se inserem a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios, e garantias funcionais de imparcialidade, referentes às vedações citadas.

Quanto à primeira categoria, deve-se destacar que algumas garantias já haviam sido previstas por Constituições pretéritas, mas não com tal amplitude e inteireza. Em regimes autoritários, tais prerrogativas restavam frágeis frente ao poder de ingerência estatal, que, muitas das vezes, por reger-se por Carta silente, aniquilavam conquistas expressamente previstas em Constituições emanadas de regimes democráticos. Desta feita, a Carta Cidadã, institucionalizando efetivamente o *Parquet*, concretizou garantias antes vulneráveis em face da conjuntura histórica e política.

[6] MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 595.
[7] BULOS, Uadi Lammego, op. cit., 2003, p. 1095.

A vitaliciedade significa que, decorridos dois anos de exercício da carreira – denominado estágio probatório -, o integrante só poderá perder o cargo por sentença judicial transitada em julgado. Tal garantia é prevista na Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993[8], que, ao dispor sobre as atribuições e o Estatuto do Ministério Público da União, ratifica, em sua integralidade, a ordem emanada da Carta Maior (artigo 17, I, LC nº 75/93). A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público[9], mais específica, dita os casos em que se excepciona a vitaliciedade, nos moldes já apontados: exercício da advocacia; abandono do cargo por prazo superior a trinta dias corridos; prática de crime incompatível com o exercício do cargo, após decisão judicial transitada em julgado (artigo 38, § 1º).

A inamovibilidade significa que a remoção ou promoção do membro do Ministério Público somente ocorrerá por sua iniciativa, jamais de ofício[10]. A garantia, porém, não é absoluta, prevendo-se exceção na hipótese de interesse público que motive tal medida. Insta mencionar que, conforme entendimento esposado pelo STF, a inamovibilidade é conferida apenas a determinados agentes públicos[11].

A terceira garantia de liberdade concerne na irredutibilidade de subsídios, o que evita a utilização de medida escusa para forçar ou pressionar o Parquet ao exercício de suas atividades, medida incompatível com a liberdade funcional, também assegurada em sede constitucional.

Quanto às vedações, ou garantias de imparcialidade, consta a de receber honorários, percentagens ou custas processuais, o que poderia corromper o membro do *Parquet* e desvirtuá-lo de sua atuação em benefício do interesse público; e o exercício da advocacia, de que trata a Resolução do CNMP nº 08/2006[12].

Veda-se, ainda, o exercício de qualquer outra função pública, exceto uma de magistério, o que se justifica pela impossibilidade de conciliar satisfatoriamente os ofícios e pelo risco de, nesta cumulação, haver choque de interesses ou deveres institucionais. Ademais, proíbe-se que o representante ministerial participe de sociedade comercial, exceto como cotista ou acionista (artigo 237, III, Lei Complementar nº 75/93) ou pratique atividade

[8]BRASIL. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 maio 1993.
[9]BRASIL. Lei nº 8625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 fev. 1993.
[10]MORAES, Alexandre de, op. cit., 2007, p. 610.
[11]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1246-PR. Relator Ministro Moreira Alves. Data da decisão 06 de setembro de 1995. **Diário de Justiça**, Brasília, 06 out. 1995.
[12]BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 08, de 08 de maio de 2006. **Diário de Justiça**, Brasília, seção I, p. 933, 15 maio 2006.

político-partidária. Novamente, encontra-se fundamentação no propósito de assegurar a transparência e a lisura no papel exercido pelo membro do Ministério Público, o que, por presunção, restaria comprometido pela influência de questões partidárias e políticas ou maculado pela interferência de interesses econômicos.

O recebimento de auxílio ou contribuição de pessoas físicas, ainda que elencado entre as vedações constitucionais, admite ressalvas previstas em lei, o que só se deve entender razoável se procedida em benefício da instituição, e não personalizada na figura do representante ministerial. Por fim, veda-se o exercício da advocacia em juízo ou tribunal do qual o membro do *Parquet* se tenha afastado, em intervalo inferir a três anos, contados do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração. O lapso mínimo exigido, ainda que restrinja o livre exercício da profissão, é compreensível, considerando que necessário para desvincular a imagem do ex-integrante do Ministério Público à daquela institucional, relacionada ao interesse público e desinteressada do provimento jurisdicional.

O relevo a tais garantias está no seu significado teleológico: não se resguardaria de tal forma uma instituição, assim como seus membros, se sua atividade não fosse de relevância incomparavelmente mais ampla e profunda que aquela até então conferida pelas Constituições pretéritas. O Ministério Público, nesta nova fase, não mais se confunde com o advogado dos interesses da União, tampouco se dedica à tutela de interesses privatísticos. Consolida sua atividade de defensor da coletividade e de guardião severo do regime democrático, em função cuja natureza jurídica, conforme a doutrina majoritária, tem caráter administrativo.

Sobre o assunto, Hugo Nigro Mazzilli[13] afirma que, partindo-se da análise das funções institucionais do *Parquet*, chega-se à conclusão de que todas apresentam tal natureza. Considera que atribuições como a promoção da ação penal pública ou manifestação enquanto *custos legis* não poderiam ser caracterizadas como judiciárias, tampouco legislativas, aplicando, para chegar à referida conclusão, o critério residual. Igual entendimento é esposado por Uadi Lammego Bulos,[14] que associa a questão à busca pela delimitação do posicionamento institucional do Ministério Público. Assim, estruturado de maneira independente dos demais Poderes, mas não caracterizado como uma quarta esfera, é definido como instituição essencial à função jurisdicional, o que, nesse contexto, permite que exerça de maneira satisfatória os deveres que lhe são atribuídos pela Constituição.

Sob essa perspectiva, Alexandre de Moraes defende que se teria incorporado ao ordenamento jurídico pátrio a Teoria dos Poderes Implícitos, segundo a qual

[13] MAZZILLI, Hugo Nigro**. Introdução ao Ministério Público**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 64.
[14] BULOS, Uadi Lammego, op. cit., 2007, p. 1139.

> No exercício de sua missão constitucional enumerada, o órgão executivo deveria dispor de todas as funções necessárias, ainda que implícitas, desde que não expressamente limitadas (Myers v. Estados Unidos – US 272-52, 118), consagrando-se, dessa forma, e entre nós aplicável ao Ministério Público, o reconhecimento de competências genéricas implícitas que possibilitem o exercício de sua missão constitucional, apenas sujeitas às proibições e limites estruturais da Constituição Federal.[15]

A teoria, de origem norte-americana, é conclusiva para que se volte à discussão acerca do processo falimentar, à luz da Carta Constitucional de 1988. Considerando sua aplicação ao Ministério Público, há que se admitir que, mesmo inexistindo menção ao *Parquet* na disciplina que precede à decretação e falência, não se poderia julgar pela desnecessidade de sua atuação nos atos referentes à fase declaratória. Isto porque, com supedâneo na ideia de poderes implícitos, a omissão sobre essa participação não implica a vedação à presença do representante ministerial, uma vez que, considerando o interesse público existente na matéria, legitimado estaria para exercer sua atividade de fiscal do cumprimento da lei também nesta oportunidade. A limitação a que estaria sujeito, conforme tal tese, só poderia estar prevista na Carta Magna, fosse de maneira expressa, fosse por incompatibilidade com as disposições nela contidas quanto à disciplina elementar conferida à instituição ministerial.

Nesse ponto, indubitável a inexistência de óbices a sua participação, o que, embora aferido a partir de uma interpretação histórica da instituição e de método de interpretação conforme a Constituição, não é admitido por muitos doutrinadores e olvidado por juristas no País. A divergência verificada quanto à obrigatoriedade da atuação ministerial ocorre, sobretudo, em virtude da dificuldade de definir o que representa interesse público, em que circunstâncias ele se faz presente e em que hipóteses haveria mácula a tal elemento. Isso o que, sem dúvida, atinge o ofício do *Parquet* no curso do processo, considerando a variação no entendimento esposado pelos magistrados sobre a matéria, ora julgando pela nulidade do ato ou mesmo do complexo processual, ora ponderando pela manutenção dos atos superados, por considerar não haver interesse público ou, havendo, não ter sido atingido pela exclusão do Ministério Público em sua manifestação como fiscal da lei.

3 INTERESSE PÚBLICO

[15] MORAES, Alexandre de, op. cit., 2007, p. 600.

O Capítulo IV da Constituição Federal de 1988[16], no que se refere ao Ministério Público, utiliza a expressão "interesse público" tão somente em uma oportunidade, ao excetuar a garantia de inamovibilidade, sem, todavia, apresentar-lhe configuração mais objetiva. Ao dissertar acerca das funções institucionais, faz uso de termos diversos, tais como "relevância pública", "interesses difusos e coletivos" e "interesses sociais e individuais indisponíveis".

O valor sinonímico – ou não – de tais vocábulos não foi esclarecido pelo Texto Maior, o que gerou assimetrias mesmo na jurisprudência, responsável pela concretização dos ditames referidos. Surgem, de forma indiscriminada, expressões tais como "interesse social"[17], "interesse público"[18], "interesses sócio-econômicos"[19] e "interesses indisponíveis", todos eles elementos determinantes quanto à exigibilidade da participação do *Parquet* no curso do processo falimentar.

A inexistência de observação mais criteriosa da nomenclatura ou do liame que possa haver entre tais valores torna obscura a fundamentação que se aplica para exigir ou dispensar a atuação ministerial nos atos processuais pertinentes. Ademais, dificulta, em sede doutrinária, que se avalie a correção do entendimento ou de sua aplicação ao caso julgado.

A reflexão sobre o significado e a amplitude dos termos empregados, ainda que não seja conclusiva, é necessária para esclarecer as dúvidas que advêm dessa pluralidade vocabular.

Superada a celeuma, poder-se-á fazer a análise da inserção do interesse público na matéria falimentar, sua modelação sob essa perspectiva, e, finalmente, torná-lo fator determinante na apreciação que ora se faz quanto à função interventiva ministerial, na qualidade que lhe é constitucionalmente outorgada de fiscal da lei.

3.1 O significado de interesse público

A dificuldade em alcançar significado que comporte todas as facetas semânticas das palavras em tela está no fato de possuir carga valorativa aberta e abstrata, vista por muitos autores como passível de concretização apenas mediante estudo do caso específico, como se

[16] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, 2009.
[17] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 28529/ SP. Ministra Relatora Laurita Vaz. Segunda Turma. Julgado em 25 de junho de 2002. **Diário de Justiça**, Brasília, 26 ago. 2002.
[18] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 154789/SP. Ministro Relator Waldemar Zveiter. Terceira Turma. Julgado em em 07 de dezembro de 1999. **Diário de Justiça**, Brasília, 21 fev. 2000.
[19] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 665414/PR. Ministro Relator Herman Benjamin, Segunda Tuma. Julgado em 08 de maio de 2007. **Diário de Justiça**, Brasília, 10 set. 2007.

verifica na jurisprudência. A lei brasileira não define o que seria interesse público, nem mesmo lhe confere elementos necessários, como o faz em conceitos outros tais como o de "urbano" para fins de cobrança do IPTU ou de "baixa renda" em matéria previdenciária.

Coube à doutrina lançar-se em busca de definição adequada à sua aplicação hodierna, sobretudo como forma de dar cabo a ponderações que se inclinavam a visualizá-la inserida tão somente no seio estatal. Interessante mencionar que não é particularmente brasileira essa perquirição, mas observada igualmente em outros países, sempre sob a perspectiva espacial e temporal a que está submetida.

Edwin Rekosh[20], ao escrever sobre a advocacia do interesse público, afirma que há múltiplos significados para a expressão, destacando as perspectivas social, substantiva e processual existentes, sempre em alusão aos Estados Unidos. Sob o primeiro aspecto, concerniria na defesa do povo, no contrapeso à força dos interesses das classes mais poderosas, abrangendo, nesse desiderato, direitos civis, consumeristas, ambientais e liberdades, no contexto do Estado Democrático.

Sob o prisma substantivo, o que mais se aproxima do objetivo deste item, admite o estudioso a dificuldade em encontrar significado satisfatório para a expressão e conclui que não houve êxito entre editores que se aventuraram em tal desígnio. Processualmente, por seu turno, remeteria à instrumentalização da lei como meio para efetivar a participação da sociedade organizada na consecução de políticas que atendam suas necessidades, no direcionamento e redefinição da esfera pública. Seria, nas palavras do autor, "o elemento crítico da democracia".

Carla Huerta Ochoa[21], em trabalho direcionado à Seguridade Social, nega que haja um sentido unívoco ao conceito, ainda que regulamentado pelo Direito mexicano e delimitado pelo acervo jurisprudencial.

Referindo-se ao âmbito administrativo, sustenta que a Teoria do Conceito Indeterminado não se aplica para justificar a arbitrariedade na atuação estatal, o que, no que interessa a este trabalho, poderia ser interpretado sob o prisma jurídico.

Significa que, mesmo se tratando de uma definição em aberto, da qual se busque aproximação, sem a exatidão de conceitos outros mais objetivos, não há que se considerar que

[20]REKOSH, Edwin. Quem define o interesse público?: estratégias do direito de interesse público na Europa Centro-Oriental. **Revista Internacional de Direitos Humanos**: SUR, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 175-187, 1 sem. 2005. Disponível em: < http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/22031>. Acesso em: 16 out. 2009.

[21]OCHOA, Carla Huerta. El concepto de interés público y su función em materia de seguridad nacional. **Seguridad Pública**. CISNEROS FARÍAS, Germán; FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge; LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (Coords.), México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 132-136. Disponível em:< www.bibliojuridica.org /libros/5/2375/8.pdf> . Acesso em: 16out. 2009.

possa ser interpretado para ensejar decisões discricionárias pela sua (in)existência no caso em observação, ou, ainda, pelos moldes em que se verificaria. Julga que o limite, quanto a tal processo cognitivo, estaria na exclusão do sentido oposto, qual seja, o de interesse privado.

A caracterização residual da expressão "interesse público", como sugere a autora, não é, todavia, a ideal, como ela própria admite, ao afirmar que não se trataria necessariamente de uma relação de oposição entre os conceitos, mas de superação, isto é, o interesse público transcenderia o privado, o que torna insuficiente a definição do conceito por tal método.

Voltando-se ao Direito brasileiro, Fernando César Bolque[22] apresenta inicialmente a divergência doutrinária quanto à utilização dos vocábulos "direitos" e "interesses", no que se refere à defesa coletiva. Menciona que alguns autores aplicavam indistintamente os conceitos, partindo da ideia de que, a partir do momento em que trazidos para o ordenamento, adquiriram configuração legal, explicitada pela denominação "direito". Outros, por entenderem que esse termo seria estritamente vinculado ao aspecto individualista, que antes prevalecia no âmbito jurídico, descartam sua utilização, conferindo primazia ao vocábulo "interesse", mais adequado à tutela de interesses coletivos.

Pontua o autor que, na prática legislativa brasileira, adotou-se o primeiro entendimento, o que importou a concepção sinonímica dos termos ao tratar de questões atinentes ao bem social. Exemplo estaria no parágrafo único do artigo 81 da lei nº 8078/90[23], que versa sobre a tutela dos interesses consumeristas.

O pesquisador utiliza o vocábulo "direitos metaindividuais" para designar gênero do qual seriam espécies os direitos coletivos e difusos. Socorrendo-se do trabalho de Mancuso[24], afirma que estes direitos se caracterizam pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, pela litigiosidade interna e, finalmente, por sua transfiguração espaço-temporal[25]. Diferenciam-se dos direitos coletivos pelo fato de que estes últimos possibilitam a identificação dos indivíduos ou dos grupos a eles vinculados.

Quanto aos direitos individuais homogêneos, espécie autônoma em relação ao gênero metaindividual acima apontado, afirma que mantêm sua qualidade de individuais, porque pertinentes aos indivíduos assim considerados, e não inseridos em uma coletividade passível ou não de identificação. São, portanto, de titularidade facilmente reconhecida, mas que, em

[22]BOLQUE, Fernando César**.** Interesses difusos e coletivos**:** conceito e legitimidade para agir. **Justitia**, São Paulo, v. 61, n. 185/188, p. 174-200, jan./dez. 1999. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/23701>. Acesso em: 16out. 2009.

[23]BRASIL. Lei n. 8078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 jan. 2007.

[24]MANCUSO apud BOLQUE, op. cit., 1999, p. 186.

[25]BOLQUE, Fernando César, op. cit., 1999, p. 186.

virtude do vínculo fático comum, quanto à origem do fato desencadeador, recebem do ordenamento a condição acidental de coletivos (*lato sensu*).

Mas é na doutrina de Hugo Mazzilli[26] que se verifica a melhor concepção do vínculo entre as expressões designadas para fundamentar a participação do representante ministerial, no que diz respeito aos propósitos deste trabalho. Dispõe o autor que a dicotomia entre interesse público, enquanto interesse do Estado, e interesse privado, a remeter aos indivíduos da sociedade, não satisfaz a abrangência atual do conceito. O raciocínio é digno de nota porque permite aludir a tempos outros, em que se concebia interesse público como direito do Estado, o que já fora superado pela doutrina.

Na explicação do Promotor de Justiça, há que se observar o sentido lato da expressão: o interesse público primário vincula-se ao bem geral, enquanto aquele classificado como secundário concerne no interesse da Administração. Por óbvio que, em algumas circunstâncias, os interesses primário e secundário serão diretamente envolvidos, como na matéria ambiental, mas não há, é isto que se busca esclarecer, identidade necessária entre tais designações.

A atuação ministerial, em sua essência, destina-se à tutela da sociedade, superada sua inserção como membro do Poder Executivo. Enquanto instituição provida de autonomia e apartada dos Poderes ditos clássicos, não mais pode ser concebida como *longa manus* do Estado na persecução de seus interesses, razão pela qual a compreensão restritiva de interesse público não mais merece prosperar no ordenamento doméstico.

Mazzilli[27], aderindo a tal concepção ampla, insere no conceito de interesse público aquelas expressões extraídas da Carta Constitucional. Avalia que, visto de modo *lato sensu*, abrange os interesses difusos, os individuais indisponíveis e os coletivos, como já destacado anteriormente. A classificação ora se atém à coletividade a que se refere, no que tange à possibilidade de determinação dos indivíduos ou das categorias atingidas, ora dá relevo a indivíduos concebidos dessa forma, titulares de direitos que, pela afinidade em sua origem, exigem a salvaguarda ministerial.

O autor destaca a disposição constante no art. 129, III, da Carta Maior, segundo a qual o Ministério Público estaria legitimado para promover o inquérito civil e a ação civil pública para "outros interesses coletivos e difusos", além daqueles previstos no inciso referido – o meio ambiente, o patrimônio público e social. Apesar de o dispositivo tratar de questões em

[26]MAZZILLI, Hugo Nigro. Interesses coletivos e difusos**. Justitia**, São Paulo, v. 54, n. 157, p. 41-54, jan./mar. 1992. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/23377> . Acesso em: 16 out. 2009.
[27]Id. Ibid., 1992, p. 42.

que o representante do *Parquet* atuará como autor, portanto, parte material na relação jurídica construída, importante salientar que, deste modo, o legislador tornou exemplificativos os direitos até então referidos em ordem constitucional, permitindo que outros sejam apreciados desta forma.

Essa interpretação, ainda que receba críticas daqueles que julgam taxativo o elenco de matérias ditas coletivas em sentido amplo, coaduna-se ao que já fora mencionado no início destas considerações: o valor semântico da expressão "interesse público", por ser amplo e abstrato, deve ser verificado em cada caso concreto, não se olvidando, por certo, da boa técnica interpretativa, que exige, para tanto, a compreensão dos valores envolvidos, a tutela a eles conferida pela Constituição e, por conseguinte, a legitimidade do Ministério Público, seja na qualidade de parte, seja como fiscal maior da lei.

3.2 Inserção do conceito no Direito Falimentar

Fixadas as premissas básicas sobre a definição de interesse público, insta perseguir, com essa orientação, o elemento-chave, na matéria falimentar, de que se possa extrair tal elemento e, assim, justificar a participação ministerial nos atos processuais pertinentes.

Inicia-se tal digressão mediante instrumento infraconstitucional até então não explorado: o Código de Processo Civil brasileiro. A lei nº. 5869[28], de 11 de janeiro de 1973, estabelece, no artigo 82, III, que compete ao Ministério Público intervir em todas as causas em que haja interesse público evidenciado pela natureza da lide ou pela qualidade da parte. O dispositivo, inserido no Título III, trata das hipóteses em que o *Parquet* está legitimado a atuar na qualidade de *custos legis* e colabora para clarificar que critérios devem ser aplicados nos casos em que, a despeito de não haver menção expressa que autorize sua atuação interveniente, o interesse público permita tal participação. Carlos Henrique Fernandes[29] explica que o interesse público citado no referido artigo deve identificar-se com os interesses sociais citados no artigo 127 da Constituição Federal, que confere ao Ministério Público a função de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais. Define a caracterização de tal interesse, quanto à natureza da lide, pela insuficiência das circunstâncias

[28]BRASIL. Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 jan. 1973.

[29]FERNANDES, Carlos Henrique. Ministério Público e interesse público – A hipótese prevista no art. 82, inciso III, parte final, do Código de Processo Civil.. **Atuação** - Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense - v. 2, n. 2, p. 11–52, jan./abr. 2004. Disponível em:< http://www.mp.sc. gov.br/portal /site/portal/portal_ detalhe.asp? campo=2636>. Acesso em: 17out. 2009.

fáticas apontadas pelos interessados para a aplicação do direito, evidenciando a existência de valores de relevo social que ultrapassam a esfera individual dos cidadãos.

Seria por esse critério que se perceberia, na concretização do direito, o interesse público presente na matéria falimentar, e, por conseguinte, a obrigatoriedade da intervenção do *Parquet* nos processos de falência. Interessante mencionar que o autor retrocitado, em cotejo entre os Códigos Processuais brasileiro e italiano, destaca diferença que exsurge substancial, considerando que não se há de aplicar interpretação à lei que lhe torne inútil ou resulte em sua própria ineficácia. Disserta o autor que, ao tempo em que o diploma italiano afirma que o Ministério Público "poderá intervir", o Código nacional dispõe que ao *Parquet* caberá intervir, o que sugere a obrigatoriedade de acompanhamento dos atos processuais como *custos legis*.

Assim sendo, aplicar-se-ia aos casos em que sua manifestação tenha sido preterida a disposição constante no artigo 84 do Código de Processo: a anulação do processo pela ausência do representante ministerial, uma vez caracterizada a hipótese de atuação obrigatória. Nesse passo, cita Mendonça Viana[30] para deduzir que, aplicando-se o critério pertinente à natureza da lide, há que se admitir a falência como fato jurídico revestido de interesse público.

Afirma, todavia, já suavizando o posicionamento esposado a princípio, que se deve realizar uma análise concreta do caso, a fim de averiguar se, na hipótese, haveria dano ou risco à ordem jurídica, ao regime democrático ou ao interesse público. Tal avaliação competiria ao próprio *Parquet*, que, discricionariamente, apreciaria a questão para definir a maneira como participaria: em se constatando a potencialidade ofensiva aos institutos citados, far-se-ia a efetiva intervenção processual; do contrário, bastaria o simples acompanhamento mediante ciência.

A diferença apresentada quanto ao ofício ministerial não parece razoável, uma vez que a ciência, o parecer, a manifestação, o requerimento de documentos, enfim, todos esses atos compõem a atuação interveniente do representante do Ministério Público. Ademais, a ciência, independentemente do critério distintivo proposto pelo estudioso, pode ocorrer caso o fiscal da lei verifique a regularidade do feito e sugira tão somente o andamento regular do processo.

Ainda quanto ao assunto, não seria admissível conferir tamanha discricionariedade ao membro do *Parquet* de sorte que se lhe faculte negar-se a exercer seu ofício em demanda que, por critérios outros que não aqueles previstos em sede constitucional ou infraconstitucional,

[30] MENDONÇA LIMA apud FERNANDES, op. cit., 2004, p. 30.

sirvam como pretexto para furtar-se da necessária conduta fiscalizadora que lhe compete em questões que atinjam direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos.

Quanto ao entendimento jurisprudencial, colaciona-se, por oportuno, voto da Ministra Relatora no julgamento do agravo n° 1.0074.07.034538-9/001, Maria Elza[31], que, para tanto, cita o promotor de justiça Mário Moraes Marques Júnior:

> O fundamento da intervenção do Ministério Público no processo de insolvência civil ou comercial é o interesse público, que, nestas hipóteses, reside na necessidade de tutela do crédito, da fé pública, do comércio, da economia pública e na preservação do tratamento igualitário dos credores, pilar da execução concursal falimentar. Aliás, é oportuno lembrar que os crimes falimentares, como bem ressalta Maximilianus Führer, são pluriofensivos, porque atingem ou podem atingir diversos bens jurídicos tutelados pela norma penal, sendo imperioso, portanto, que o Ministério Público, como titular exclusivo da ação penal pública falimentar, acompanhe o processo de insolvência, desde a fase pré-falencial. Com efeito, parece-nos evidente que o interesse público que determina a intervenção do Ministério Público manifesta-se, ainda mais cristalino, no momento em que é deduzido o pedido de falência em juízo, por qualquer dos legitimados processuais elencados no art. 97, incisos I a IV da Nova Lei de Falências.

Verificam-se, do excerto, os pontos fundamentais de incidência do interesse público no processo falimentar, reconhecidamente na fase preliminar, isto é, aquela iniciada pelo requerimento de falência e encerrada com a sentença declaratória, seja denegatória, seja de provimento ao pedido.

A tutela ao crédito, citada pelo promotor, deve ser compreendida não apenas como a execução dos débitos e satisfação do corpo de credores, mas, como o próprio estudioso elenca logo adiante, significa a proteção da boa fé no mercado e, por conseguinte, a preservação da confiança necessária para a movimentação de mercadorias e de capital. Esse microcosmo, constituído de cadeias de vínculos jurídico-econômicos entre comerciantes, se observado em sua complexidade, atinge diretamente a economia pública, cerrando quaisquer dúvidas acerca da importância dessa tutela no âmbito judicial.

O tratamento igualitário conferido aos credores, por igual, não concerne em princípio de ordem meramente privatística, apesar de se reconhecer o atendimento direto a interesses daqueles envolvidos no processo falimentar. Deve-se analisá-lo à luz da Constituição, enquanto reflexo do princípio da isonomia no ramo comercial, frustrada a empreitada no mercado de negócios. Assim, traduz não apenas regra vinculante às partes envolvidas na demanda, mas representa, em igual medida, acatamento a preceito principiológico albergado

[31]MARQUES JÚNIOR, Mário Moraes apud BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo n° 1.0074.07.034538-9/001 - Comarca de Bom Despacho, 5ª Câmara Cível . Relatora Desembargadora Maria Elza. Julgado em 06 de dezembro de 2007. **Diário de Justiça**, Brasília, 19 dez. 2007.

pela Carta Maior, no que se insere a preservação da ordem jurídica, dever funcional do Ministério Público, do qual não se poderá abster.

Considerando tais elementos, insustentável a dispensa, como se verifica em julgados pelo País, do representante ministerial em sua atividade intervencionista, por entender-se que não haja interesse público, mas tão somente matérias atinentes àqueles sujeitos da lide. A referida consideração não prima pelas diretrizes delineadas, tampouco tem em relevo o papel histórico do *Parquet* e sua intrínseca vinculação ao conceito em análise, razão pela qual não merece guarida nos planos doutrinário e jurisprudencial domésticos.

Exemplo pertinente ao objeto deste estudo está no REsp nº867.128-SP, de relatoria da Ministra Fátima Nancy Andrighi.[32] Sobre a intervenção do Ministério Público na fase preliminar da falência, assim se manifestou:

> Assim como no sistema atualmente em vigor, na vigência do DL nº 7661/45 o Ministério Público possuía diversas atribuições no processo falimentar, muitas delas expressas, como a manifestação no pedido de destituição do síndico (art. 66, §1º), a assistência à arrecadação (art. 70, §1º), a opinião sobre o pedido de continuidade do negócio (art. 74), o oferecimento de denúncia no inquérito judicial (art. 108), entre tantas outras. Além das atribuições expressas nos termos do art. 210 da LF, o Ministério Público também deveria ser ouvido em todas as ações propostas pela massa falida ou contra ela.
>
> Entretanto, não se encontrava no DL nº 7661/45 um único dispositivo que determinasse a intervenção do Ministério Público no processo pré-falimentar. Ao contrário, a análise sistemática do art. 15, II, da LF, permite concluir que o Ministério Público somente deveria ter ciência do pedido de falência após a prolação da respectiva decisão de quebra.

O entendimento esposado pela Relatora foi acompanhado pela maioria dos Ministros, excetuando-se Massami Uyeda, que, discordando do voto apresentado, entendera necessária a participação do *Parquet* em todas as fases do processo, mesmo antes da decretação de falência, por se tratar de assunto de interesse público.[33]

Ainda que vencido, não se pode desconsiderar a pertinência do entendimento do Ministro Uyeda, porquanto segue raciocínio que se fortalece na jurisprudência pátria, sob fundamentos que vão além da Lei Falimentar e que se coadunam com a interpretação sistemática e teleológica da Constituição Federal, da Lei Complementar nº 75/93 e do Código de Processo Civil.

---

[32]BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 867.128-SP. Terceira Turma . Ministra Relatora Fátima Nancy Andrighi. Julgado em 01 de outubro de 2009. **Diário de Justiça**, Brasília, 18 nov. 2009.

[33]STJ matem decisão que decretou a falência da Transbrasil. Brasília, 2009. Disponível em:< http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=94105>. Acesso em 17 out. 2009.

Rico, sob tal aspecto, é o acervo jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, de que se colacionam, apenas para introduzir as considerações que a seguir, os acórdãos:

> DIREITO COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. FALÊNCIA. SENTENÇA. OITIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NECESSIDADE. RECURSO PROVIDO.
> 1. Em virtude do relevante interesse social nessa espécie de demanda, necessária a oitiva do Ministério Público mesmo na fase preliminar, ou seja, antes do decreto de falência (art. 82, III, do Código de Processo Civil).
> 2. Recurso provido.[34]

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA DE FALÊNCIA. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. OMISSÃO LEGAL. IRRELEVÂNCIA. INTERESSE PÚBLICO. LEGITIMIDADE DEFINIDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, PELA LOMP E PELO CPC.
>
> 1. Ainda que a lei de falência, prevendo em tantos casos a intervenção obrigatória do parquet, dê a entender que, para situações não previstas, não seja necessária a participação ministerial, este, na qualidade de custus legis, estará sempre legitimado a se manifestar no processo falimentar, até porque, em última análise, não é a lei de falências ou o veto presidencial que determina a sua intervenção em causas dessa natureza, mas a constituição federal (art. 127), a lC nº 75/93 (art. 6º, XIV e XV) e o CPC (art. 82, III). 2. deu-se provimento ao recurso.[35]

A jurisprudência colhida no TJDFT apenas evidencia o crescimento de entendimento mais dinâmico e revestido da melhor técnica, ao abandonar a leitura isolada da lei falimentar, para compreender a disciplina legal em um novo contexto, democrático e social, de que se sobressai a atuação do Ministério Público, instituição permanente e essencial, na defesa da ordem jurídica e do interesse público. Necessário mencionar que há mesmo julgados que sequer fazem referência a outros diplomas para justificar a intervenção ministerial, apoiando-se na primazia de tal interesse[36] como determinante para que o representante exerça sua função institucional na qualidade de fiscal da lei.

4 CONCLUSÃO

[34]BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento nº 2006.00.2.013721-9. 1ª Turma Cível. Relator: Desembargador Silvânio Barbosa dos Santos. Julgado em 14 de março de 2007. **Diário de Justiça**, Brasília, 15 maio 2007.

[35]BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento nº 20060020067027. 2ª Turma Cível. Relator: Desembargador J.J. Costa Carvalho. Julgado em 11 de novembro de 2006. **Diário de Justiça**, Brasília, 31 out. 2006.

[36]BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Voto da Ministra Relatora Leila Arlanch na Apelação Cível nº 2007 01 1 009267-6. Sexta Turma Cível. Julgado em 07 de novembro de 2007. **Diário de Justiça**, 18 dez. 2007.

O processo falimentar concerne em um complexo de atos cuja finalidade transcende a satisfação dos credores e a regularização do falido. Nele se insere intrinsecamente o conceito-valor interesse público, o que é elemento determinante para a análise da intervenção do *Parquet* enquanto fiscal da lei e guardião dos interesses sociais.

Sob essa perspectiva, o instituto amplia-se para abrigar direitos cuja tutela se mostra eminentemente coletiva, dada a incidência sobre grupos de indivíduos ou mesmo toda a coletividade. O interesse público perpassa, assim, a defesa do meio ambiente, do patrimônio nacional, da relação consumerista, dos povos indígenas e de todas as questões que se revistam dos caracteres de indisponibilidade e abrangência subjetiva, de modo geral.

O rol não-taxativo permite, destarte, que outros fatos jurígenos sejam acolhidos pela intervenção ministerial, uma vez que atendam aos elementos característicos ao interesse em questão. O processo falimentar, seguindo esse raciocínio, sujeita-se à atuação obrigatória interveniente do *Parquet*, porque cuida de matéria atinente à ordem econômica e financeira, elemento em que se verificam efeitos sócio-econômicos relevantes, do que se infere a existência do quesito versado.

Ademais, também o zelo aos Poderes Públicos cá se verifica, pois, no exercício de sua função, o Ministério Público fiscaliza a aplicação dos ditames legais disciplinadores do temário, conferindo vigor ao que fora firmado pelo Poder Legislativo. Quanto ao Poder Judiciário, supre as restrições que se impõem ao magistrado, figura que, por sua natureza, deve manter-se apartada dos interesses vinculados à demanda, o que condiz com o princípio da imparcialidade, norma-diretriz de seu ofício.

Não se pode admitir, desta forma, a inobservância aos imperativos processuais que determinam a anulação dos atos praticados no curso da demanda falimentar sem a necessária manifestação do representante ministerial e por razão simples: o interesse público permeia todas as fases da falência, desde o requerimento até a extinção dos créditos, o que torna imprescindível a tutela do processo – e, por conseguinte, do Poder Judiciário, nele refletido – pela instituição.

O argumento falacioso de que, em fase declaratória, estar-se-ia a trabalhar apenas com o interesse de terceiros, esvaziando a dimensão social do instituto falimentar, não observa princípios resguardados em sede constitucional, tais como a propriedade e sua função social, o direito ao trabalho – considerando a mão-de-obra envolvida na atividade empresarial e atingida pela falência –, a economia nacional e o sistema financeiro.

A jurisprudência, ainda que de forma dissonante, tem-se inclinado para o entendimento que confere primazia à verificação do interesse público em relação à

literalidade legal, o que se coaduna com a melhor interpretação da norma à luz da disciplina constitucional e de dinâmica interpretação sistemática.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Machado de. **Dom Casmurro.** São Paulo: Ática, 2008.

BOLQUE, Fernando César**.** Interesses difusos e coletivos**:** conceito e legitimidade para agir. **Justitia**, São Paulo, v. 61, n. 185/188, p. 174-200, jan./dez. 1999. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace /handle/2011/23701>. Acesso em: 16 out. 2009.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 08, de 08 de maio de 2006. **Diário de Justiça**, Brasília, seção I, p. 933, 15 maio 2006.

BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.1, de 17 de outubro de 1969 . **Ed. Brasília**, Distrito Federal: Senado Federal, 1982.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988 . In: ANGHER, Anne Joyce (org.). **Vade Mecum**. São Paulo: Rideel, 2009.

BRASIL. Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 jan. 1973.

BRASIL. Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 jan. 2007.

BRASIL. Lei nº 8625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 fev. 1993.

BRASIL. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 maio 1993.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 665414/PR. Ministro Relator Herman Benjamin, Segunda Tuma. Julgado em 08 de maio de 2007. **Diário de Justiça**, Brasília, 10 set. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 28529/ SP. Ministra Relatora Laurita Vaz. Segunda Turma. Julgado em 25 de junho de 2002. **Diário de Justiça**, Brasília, 26 ago. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 154789/SP. Ministro Relator Waldemar Zveiter. Terceira Turma. Julgado em em 07 de dezembro de 1999. **Diário de Justiça**, Brasília, 21 fev. 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 867.128-SP. Terceira Turma . Ministra Relatora Fátima Nancy Andrighi. Julgado em 01 de outubro de 2009. **Diário de Justiça**, Brasília, 18 nov. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1246-PR. Relator Ministro Moreira Alves. Data da decisão 06 de setembro de 1995. **Diário de Justiça**, Brasília, 06 out. 1995.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento nº 20060020067027. 2ª Turma Cível. Relator: Desembargador J.J. Costa Carvalho. Julgado em 11 de novembro de 2006. **Diário de Justiça**, Brasília, 31 out. 2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento nº 2006.00.2.013721-9. 1ª Turma Cível. Relator: Desembargador Silvânio Barbosa dos Santos. Julgado em 14 de março de 2007. **Diário de Justiça**, Brasília, 15 maio 2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Voto da Ministra Relatora Leila Arlanch na Apelação Cível nº 2007 01 1 009267-6. Sexta Turma Cível. Julgado em 07 de novembro de 2007. **Diário de Justiça**, 18 dez. 2007.

BULOS, Uadi Lammego. **A Constituição Anotada**.5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERNANDES, Carlos Henrique. Ministério Público e interesse público – A hipótese prevista no art. 82, inciso III, parte final, do Código de Processo Civil.. **Atuação** - Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense - v. 2, n. 2, p. 11–52, jan./abr. 2004. Disponível em:< http://www.mp.sc. gov.br/portal /site/portal/ portal_detalhe.asp? campo=2636>. Acesso em: 17out. 2009.

MARQUES JÚNIOR, Mário Moraes apud BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo n° 1.0074.07.034538-9/001 - Comarca de Bom Despacho, 5ª Câmara Cível . Relatora Desembargadora Maria Elza. Julgado em 06 de dezembro de 2007. **Diário de Justiça**, Brasília, 19 dez. 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Interesses coletivos e difusos**. Justitia**, São Paulo, v. 54, n. 157, p. 41-54, jan./mar. 1992. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/ 2011/23377> . Acesso em: 16 out. 2009.

_____. **Introdução ao Ministério Público**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

OCHOA, Carla Huerta. El concepto de interés público y su función em materia de seguridad nacional. **Seguridad Pública**. CISNEROS FARÍAS, Germán; FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge; LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (Coords.). México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 132-136. Disponível em:< www.bibliojuridica.org /libros/5/2375/8.pdf> . Acesso em: 16out. 2009.

REKOSH, Edwin. Quem define o interesse público?: estratégias do direito de interesse público na Europa Centro-Oriental. **Revista Internacional de Direitos Humanos**: SUR, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 175-187, 1 sem. 2005. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace /handle/2011/22031>. Acesso em: 16 out. 2009.

SILVA, Cláudio Barros da. **Ministério Público**: uma instituição do Estado. Rio Grande do Sul, 2007. Disponível em:< http://www.amprs.org.br/arquivos/comunicao _noticia/artigo_dr_ claudio_barros_silva.pdf>. Acesso em: 15 out. 2009.

STJ matem decisão que decretou a falência da Transbrasil. Brasília, 2009. Disponível em:< http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp. Texto =94105>. Acesso em 17 out. 2009.

A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: CONCEITO, ORIGEM, FINS E PRINCÍPIOS

EMANUEL TEÓFILO FURTADO FILHO[*]

RESUMO
A presente pesquisa trata do fenômeno da jurisdicização da ordem econômica. Foi sob inspiração dos ideais de socialização que perpassavam pelo mundo no início do século XX, que o Brasil, a partir da Constituição de 1934, passou a emprestar dimensão jurídica à ordem econômica. Mesmo tendo sido essas normas edificadas sobre esse afã de socialização, não houve modificação do modo de produção, mantendo-se o capitalismo. Assim o papel do Estado passou a ser tentar ordenar vida econômica, não a deixando ao sabor do mercado, como pregava o liberalismo. Como arrazoa o artigo 170 da CF, a ordem econômica visa assegurar a todos existência digna baseada na justiça social. Os objetivos deste trabalho constituem-se, portanto em uma análise sobre a regulação constitucional da atividade econômica no Brasil, investigando a transição do Estado Liberal ao Social; intentamos, outrossim, esboçar um exame acerca do conceito, dos fundamentos e da finalidade da ordem econômica constitucional; além de ter como base principal uma inquirição sobre os princípios da constituição econômica, os quais estão insculpidos no artigo 170.

Palavras-chave: Ordem Econômica. Constituição Econômica. Transição do Estado Liberal ao Estado Social.

ABSTRACT
This research is about the phenomenon of constitucionalizaton of the economic order. It was based on the inspiration of socialization ideals, that were common around the world in the beginning of 2oth century , that Brazil, supported by the Constitution of 1934, started to attribute legal dimension to the economic order. Even considering the fact that these standards have been established based on this socialization spirit, capitalism continued to be the base of their economic system. The State started, therefore, to control the economy of the country, not leaving it to the market's will, as the liberalism suggested. As the article number 170 of the Federal Constitution says, the economic order aims to provide everyone with a dignified existence based on social justice. This research aims, therefore, to make a critical analysis of the constitutional regulation of the economic activity in Brazil, investigating the transformation of the Liberal State into Social State; we intent to discuss about the concepts, fundaments and purposes of the economic constitution, which are based on the article number 170.

Keywords: Economic Order. Economic Constitution. Transformation of the Liberal State into Social State.

1 INTRODUÇÃO

[*] Aluno da Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. Monitor Bolsista da Disciplina de Teoria Econômica e Direito.

A presente pesquisa está dividida em quatro momentos, nos quais fazemos diferentes análises acerca do fenômeno econômico na Constituição. No primeiro, "Das Constituições Liberais às Constituições Sociais", tratamos da transição do Estado Liberal ao Estado Social, intentando mostrar como as constituições passaram a dar importância ao econômico. Em seguida, em "Constituição Econômica e Ordem econômica: conceito e evidências práticas", traçamos o conceito de Constituição Econômica e de ordem Econômica, já elencando algumas evidências práticas dessas definições na Constituição de 1988. Em "A Ordem Econômica na Constituição de 1988", tratamos dos objetivos e dos fundamentos da ordem econômica constitucional brasileira e, por fim, em "Dos princípios Econômicos apontados no artigo 170 da Constituição Federal", fazemos uma abordagem de cada um dos princípios econômicos enquadrados no artigo 170 de nossa Lei Maior.

2 DAS CONSTITUIÇÕES LIBERAIS ÀS CONSTITUIÇÕES SOCIAIS

O início formal do fenômeno do constitucionalismo, evidenciado, principalmente, pelo surgimento das primeiras constituições escritas, como a Constituição dos Estados Unidos de 1787 e as Constituições francesas de 1791 e de 1793, bem como outras constituições promulgadas ou outorgadas na Europa e nas Américas ao longo do século XIX, foi uma concretização da difusão do Liberalismo, corrente de pensamento econômica, jurídica e filosófica advinda do intelecto dos maiores pensadores desde os idos do século XVIII.

> Significava uma reação contra o absolutismo e a origem divina do poder, partindo de uma idéia básica contratualista inspirada nos princípios sustentados por John Locke, Jean-Jaques Rousseau, Montesquieu, Voltaire, Adam Smith, Stuart Mill e tantos outros.[1]

Apregoava essa teoria que deveria o Estado abster-se de intervir na órbita econômica. O setor produtivo ficaria ao sabor do mercado. Inspirado nos ensinamentos da Escola Fisiocrata francesa, a qual instituiu o lema *laissez-faire, laissez-passer, le monde va de lui-même* , o escocês Adam Smith, em seu livro Da Riqueza das Nações (1776), sustentava que a melhor contribuição que cada um poderia dar à ordem social seria a contribuição de seu egoísmo pessoal. Escreveu que o mercado era regularizado por uma mão-invisível, que impulsionava os indivíduos a exercer atividades econômicas visando exclusivamente ao lucro

[1] NASCIMENTO, Amauri Mascaro, **Curso de Direito do Trabalho**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 23.

e a seu próprio bem-estar, produzindo, assim um benefício a toda a coletividade, não sendo necessária atuação do Estado para que sua economia se fortificasse.[2]

O Estado, então, intervém o mínimo possível. Desempenha somente suas funções típicas, como exercício do poder de polícia, distribuição de justiça.

> O primeiro Estado jurídico, guardião das liberdades individuais, alcançou sua experimentação história na Revolução Francesa. E tanto ele como a sociedade, qual a idearam os teóricos desse mesmo embate, entendendo-a como uma soma de átomos, correspondem, segundo alguns pensadores, entre os quais Schmitt, tão-somente à concepção burguesa da ordem política.[3]

As Constituições edificadas sob a mácula do Liberalismo objetivavam, primordialmente, proteger o indivíduo de possíveis arbitrariedades do Estado, contemplando, portanto, os conhecidos como direitos fundamentais de primeira geração ou de primeira dimensão, quais sejam, os direitos de liberdade e de defesa, criando mecanismos de garantia da limitação do poder do Estado. Os princípios básicos eram a autonomia da vontade e a liberdade negocial. Nas lições de Ferreira Filho, a idéia de Constituição que século XVIII consagra:

> Visa a estabelecer uma organização limitativa do poder político que sirva para garantir contra o abuso a liberdade e a liberdades individuais. Abuso este que, a juízo dos pensadores da época, somente proviria do Governo, ou melhor, do Rei e de seus ministros, como então era o caso. As constituições que formam a primeira geração do constitucionalismo não contêm, por isso, normas destinadas a disciplinar a vontade econômica.[4]

A História revelou, entretanto, as inúmeras crises econômicas que desse modelo de Estado resultaram. A atuação sem limites dos detentores de capital geraram embates sociais, como o exacerbamento do conflito capital X trabalho, levando a massa populacional a uma condição de miséria e de sofrimento acirradas. Viu-se, portanto, impossível a auto-regulação dos mercados, tendo em vista a incapacidade de as leis naturais da economia promoverem a distribuição da riqueza em nível suficiente para assegurar digna existência a todos.

A realidade do poder econômico tornou-se incoerente com os princípios que regiam o afã liberal do período, visto que se contrapôs aos próprios ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. Infere o professor Eros Grau acerca da não subsistência desses três paradigmas da Revolução Francesa:

---

[2] SMITH, Adam. **Da Riqueza das Nações.** v 1. São Paulo: Abril, 1983, p. 379.
[3] BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**, 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 42.
[4] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 3.

> A pretexto da defesa da concorrência, suprimiram-se as corporações de ofício, mas ensejou, em substituição do domínio pela tradição, a hegemonia do capital. A liberdade econômica, porque abria campo às manifestações do poder econômico, levou à supressão da concorrência. [...] A igualdade, de outra parte, alcançava concreção exclusivamente no nível formal. Cuidava-se de uma igualdade à moda do porco de Owell, no bojo da qual havia – como há – os "iguais" e os "mais iguais". [...] Quanto à fraternidade, há toda evidência não poderia ser lograda de uma sociedade na qual compareciam o egoísmo e a competição como motores da atividade econômica.[5]

Assim, vemos que o Liberalismo, embora tendo apregoado a liberdade de iniciativa e de competição, não atentou para a preservação das condições de competição. Falava-se em igualdade e liberdade, mas não existiam instrumentos em face do Estado para a efetivação prática desses valores, esquecendo que, para que se possa competir, é preciso dispor de condições para tal. Com maestria, exprime o professor Paulo Bonavides:

> O velho Liberalismo, na esteira de sua formulação habitual, não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise. A liberdade política como liberdade restrita era inoperante. Não dava nenhuma solução às contradições sociais, mormente daqueles que se achavam à margem da vida, desapossados de quase todos os bens.[6]

Surgem, então, em meio a essa crise do Liberalismo, para conciliar esses modos de pensar acerca da estruturação da sociedade em face do Estado, legislações protegendo a competitividade e evitando o monopólio.

Nesse mesmo contexto, principalmente após a Segunda Guerra Mundial essas legislações infraconstitucionais dão causa ao nascimento de Constituições Sociais, aquelas que são escritas e que em cujo corpo aparecem normas destinadas a reger o fato econômico, assumindo o Estado o papel de agente regulador da economia. Esse fato se deu no mundo em duas vertentes, a saber, o Estado Socialista e o Estado Social Democrático.

O primeiro assentou-se sob uma face totalmente oposta à do liberalismo. Foi edificado pela Revolução Russa de 1917, na qual foi abolida a propriedade privada de meios de produção e a livre iniciativa. A respeito desse modelo, disserta Vizeu Figueredo:

> Baseado na valorização do coletivo sobre o individual, o poder público passa a ser o centro exclusivo das deliberações referentes à economia. Os bens de produção são apropriados coletivamente pela sociedade por meio do Estado, de modo que este passa a ser o único produtor, vendedor, e empregador. A livre-concorrência e a liberdade de mercado são literalmente substituídas pelo planejamento econômico racional e centralizado em torno do poder público, rejeitando-se, sistematicamente, a

[5] GRAU, Eros Roberto, **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica).** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 40-43.
[6] BONAVIDES, Paulo, op. cit., 2004, p. 188.

> autonomia das decisões privadas. Preocupa-se basicamente com o bem comum e as necessidades da coletividade, em detrimento do liberalismo individual.[7]

O segundo modelo, objeto de nosso maior interesse para os fins desta pesquisa, foi o Estado Social Democrático, que buscava suavizar as injustiças econômicas e sociais que se desenvolveram à sombra do liberalismo. "O Estado Social significa intervencionismo, patronagem, paternalismo. Não se confunde com o Estado Socialista, mas com este coexiste. O mundo moderno fê-lo uma necessidade, não importa sob que regime político".[8]

Teve seu primeiro suspiro com a Constituição mexicana de 1917, a qual apontava reconhecimento de direitos sociais, como educação e fazia uma previsão de reforma agrária, fruto de uma Revolução de camponeses que almejavam recuperar suas terras, que, no decorrer do período colonial e no século XIX haviam sido tomadas pelos grandes latifundiários.

Somente em 1919, contudo, a Constituição alemã, que ficou conhecida como Constituição de Weimer, fixou esse modelo, surgindo, assim, a Constituição Econômica formalmente considerada. Esta Constituição, de fato, contém uma seção intitulada "Da vida econômica", na qual estão contidas grandes linhas de uma sistemática regulação da economia.

A partir daí, as Constituições, que antes serviam apenas como meros instrumentos de reconhecimento da organização política dos Estados passaram a esboçar em seu conteúdo, expressamente, normas de conteúdo econômico. Importantes observações fazem os professores Eros Grau e Celso Bastos, quando lembram que:

> Atuação no campo econômico, o Estado sempre desenvolveu. Apenas, no entanto, agora o faz sob e a partir de renovadas motivações mediante dinamização de instrumentos mais efetivos, o que confere substância a essas políticas. De resto, ainda no tempo do Liberalismo era o Estado, seguidas vezes, no interesse do capital, chamado a intervir na economia.[9]

> A partir daquele século, as Constituições passaram a conter normas de natureza especificamente econômicas, isto não quer dizer que só então tenha surgido a Constituição econômica. Na realidade o que ocorreu foi que ela tornou-se explícita, ao revés do que se dava até então, quando era implícita.[10]

Mesmo prevendo tais mecanismos de ingerência do Estado na esfera econômica, as Constituições Sociais não se desapropriaram do modo de produção capitalista, porque se apóiam essencialmente na iniciativa privada e na apropriação dos meios de produção. Pelo contrário, esse sistema é modernizado e legitimado. São mantidos integralmente o modo de

[7] FIGUEREDO, Leonardo Vizeu, **Lições de Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 30.
[8] BONAVIDES, Paulo, op. cit., 2004, p. 203.
[9] GRAU, Eros Roberto, op. cit., 1990, p. 40.
[10] BASTOS, Celso Ribeiro, **Curso de Direito Constitucional.** 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 34.

produção, os esquemas de repartição do produto e os mercados. Objeta com propriedade Eros Grau:

> Daí porque interessa ao Capitalismo uma constituição progressista. Justamente no ser progressista é que a constituição formal não apenas ensejará a manutenção da ordem capitalista, mas conferirá operacionalidade plena ao poder detido pelas classes dominantes. [...] O crescimento populacional implica a ocupação dos espaços do mundo. Mas essa ocupação é fragmentada, na medida em que a intercomunicação entre os indivíduos é comprometida. Embora os homens estejam mais próximos uns dos outros, não se comunicam entre si: a competição em que estão envolvidos os aparta. [...] e assim, o que é mais importante para a integridade do Capitalismo, essa fragmentação, além de comprometer a autenticidade da representação política, impede a superação da "ordem capitalista", que apenas se autotransforma, isto é, se aperfeiçoa. [11]

A postura intervencionista, que visava a regular, e não a reger (como no socialismo) veio, então para salvar o mercado. Não queria extirpá-lo, pelo contrário, apresentou-se mais como uma saída para o capitalismo, servindo para corrigir os vícios do Liberalismo, embora tenha, de certa forma, como vimos, limitado suas expressões.

3 CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E ORDEM ECONÔMICA: CONCEITO E EVIDÊNCIAS PRÁTICAS

Tendo em vista toda essa transição social política e econômica acima examinada, e devido a essa importância do "tema econômico" no Estado Social adotado por diversos países, não puderam suas Constituições deixar de elencá-lo, sob pena de se tornarem frívolas, fugindo do encargo de serem a Lei Fundamental, definidora e matriz de todo o Direito Positivo.

Assim, a Constituição econômica passa a ser a base das medidas de políticas econômicas que vão compor a vida do país. "Essa presença do econômico nas Constituições modernas tem levado os autores a aplicar-lhe a expressão Constituição econômica visto como representam os artigos correspondentes, em boa técnica, reunidos em Títulos Especializados"[12].

Esse conjunto de preceitos e instituições jurídicas que instituem determinada organização econômica e funcional da economia, com normas de força constitucional, portanto, são as chamadas Constituições Econômicas. Aparecem nos textos constitucionais como espécie de um adendo, não existindo Constituição Econômica em um documento exclusivo.

---

[11] Id. Ibid., 1990. p. 71-72.
[12] SOUZA, Washington Peluso Albino de, **Direito Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 201.

A Constituição econômica compõe a base da organização jurídica da economia. Restringe-se apenas ao essencial da regulamentação da Economia, refreando-se apenas a designar os princípios gerais, que garantem a estrutura de determinada economia.

Devemos distingui-la entre constituição econômica formal e constituição econômica material.

Como vimos, a primeira tentativa de se emprestar conteúdo expressamente econômico a um texto constitucional se deu na Constituição alemã de 11 de agosto de 1919, a Constituição de Weimar. Essa disposição de normas econômicas formalmente apontadas nas Constituições concebe as Constituições Econômicas Formais, mais precisamente: "A Constituição Econômica Formal é o conjunto de normas que, incluídas na Constituição, escrita, formal do Estado, versam o econômico".[13]

A respeito da Constituição germânica acima citada, continua o autor:

> O modelo de Weimer, todavia, não importava num tratamento completo da matéria econômica. Longe mesmo fica de abordar todos os pontos fundamentais de uma ordenação jurídica da economia. Contém, sobretudo, afirmações de princípio, não raro declarações pias de intenções generosas, bem como numerosos lugares comuns. É indiscutível, porém, que nessa Constituição, como nas que lhe seguiram os passos, se encontra uma constituição econômica formal. Há regras formalmente constitucionais que definem pontos fundamentais da organização jurídica da economia. [14]

A Constituição econômica Material, por sua vez, alcança todos os pontos essenciais de normatização da economia estejam ou não incluídas no texto constitucional. Caracterizam-se não pela forma, mas pelo conteúdo. Nos dizeres de Sousa Franco, as constituições econômicas sob seu ponto de vista material:

> Integram o núcleo essencial de normas jurídicas que regem o sistema e os princípios básicos de instituições econômicas, quer constem quer não do texto constitucional: máxime, quer seja ou não dotada da particular estabilidade que caracteriza as normas nos textos constitucionais.[15]

Há quem critique e mesmo afirme ter morrido a teoria da Constituição Econômica, tendo em vista que as regras de cunho econômico estão espalhadas pelo ordenamento, sendo impossível constarem todas num texto constitucional, como nota Carlos Ferreira de Almeida:

---

[13] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, op. cit., 1990, p. 6.
[14] Id. Ibid., 1990, p. 7.
[15] FRANCO, Antônio Souza de. **Noções de Direito Econômico**. v 1. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1982, p 91.

> O Conceito de Constituição Econômica envolve uma ficção, pois que as normas jurídicas que o preenchem não são na verdade constitucionais, tanto do ponto de vista orgânico quanto de sua colocação hierárquica. A necessidade de considerar uma constituição econômica material é o reconhecimento de que os fundamentos da ordem econômica se não contêm exclusivamente na Constituição Política. Então o melhor será dar às normas constitucionais o seu verdadeiro lugar na ordem jurídica e máximo valor na hierarquia da vigência e o mais abstracto no enunciado dos objetivos, sem os confundir com os dados únicos, ou mesmo principais, para caracterização da ordem econômica.[16]

Feito esse colóquio acerca das Constituições econômicas, podemos agora partir para uma análise dos conceitos de ordem econômica, com os olhos voltados a nossa Constituição Federal de 1988.

A expressão "ordem econômica" ganhou espaço no mundo jurídico principalmente na primeira metade do século XX, quando do surgimento das Constituições econômicas formais.

No Brasil, as Constituições de 1934 até a de 1967 (também com a EC nº 1, de 1969) faziam referência a uma "ordem econômica e social", exceto a Constituição do Estado Novo (1937), a qual se remetia apenas a uma "ordem econômica". Somente vamos encontrar separadamente uma "ordem econômica" e uma "ordem social" na Constituição de 1988.

A expressão "ordem econômica" pode assumir distintas conotações, sendo considerada, por isso, muitas vezes, ambígua.

Em uma primeira acepção, Ordem econômica é vista como um conceito de fato, vale dizer, um conceito do mundo do ser e não de um conceito normativo ou de valor. Seria o modo de ser empírico de determinada economia concreta.

> O que a caracteriza é a circunstância de referir-se não a um conjunto de regras ou normas reguladoras de relações sócias, mas sim a uma relação entre fenômenos econômicos e materiais, ou seja, relação entre fatores econômicos e materiais, ou seja, relação entre fatores econômicos concretos; conceito do mundo do ser, exprime a realidade de uma inerente articulação do econômico com o fato.[17]

Num segundo significado, o termo "ordem econômica" estaria enquadrado no mundo do dever ser. Seria alusiva ao conjunto de todas as regras, jurídicas, morais religiosas, enfim, sociológicas referentes ao econômico.

> É expressão que designa o conjunto de todas as normas (ou regras de conduta) qualquer que seja a sua natureza (jurídica, religiosa, moral etc.), que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; é o sistema normativo (no sentido sociológico) da ação econômica.[18]

---

[16] ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Direito Econômico**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1979, p. 712-713.
[17] Id. Ibid., 1990, p. 69
[18] Id. Ibid., 1990, p. 69.

Em uma terceira interpretação, "ordem econômica" seria a ordem jurídica da economia. Bastante próximo do conceito de Constituição econômica. São, pois:

> O conjunto de princípios jurídicos de conformação do processo econômico, desde uma visão macrojurídica, conformação que se opera mediante o condicionamento da atividade econômica a determinados fins políticos do Estado. Tais princípios gravitam em torno de um núcleo, que podemos identificar nos regimes jurídicos da propriedade e do contrato[19].

A confusão desses sentidos da expressão "ordem econômica" é bastante comum. Nem sempre, ao nos depararmos com um instrumento normativo o qual contenha essa expressão, estará ela empregada no sentido jurídico.

Podemos exemplificar por meio do artigo 170 da Constituição de 1988: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios".

O leitor, ao encontrar-se com o referido dispositivo normativo, pode esperar, naturalmente, que a expressão esteja em seu sentido jurídico (o último de que tratamos). Entretanto, se pararmos para uma análise sob o ponto de vista das três faces do sentido da expressão "ordem econômica", veremos que o alcance aqui empregado é uma indicação do modo de ser da economia brasileira, a articulação do econômico como fato, ou seja, a "ordem econômica" como conjunto das relações econômicas (o segundo sentido por nós acima elencado).

O enunciado do artigo 170, então, assim deveria ser lido: as relações econômicas (ou as atividades econômicas) *deverão ser (ou deverão estar)* fundadas na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados determinados princípios, atendidas as normas que seguem (normas essas que comporiam a *ordem econômica* no *sentido jurídico* do vocábulo "ordem econômica"). Por isso, assim opina o professor Grau:

> O esclarecimento dessas distinções é indispensável à correta compreensão das sentenças nas quais esteja sendo utilizada a expressão. Não obstante a obviedade disso seja plena, é fora de dúvida que, inúmeras vezes, seja por culpa de quem a pronuncia, seja por falta de quem a ouve ou lê, a fluência e a coerência da sentença resultam comprometidas.[20]

[19] Id. Ibid., 1990, p 72.
[20] Id. Ibid., 1990, p. 69.

Feitas essas análises acerca da dimensão do conceito de constituição econômica e de ordem econômica, iniciaremos um inspeção especificamente voltada a como se mostra a ordem econômica em nossa Constituição de 1988.

4 A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Antes de nos lançarmos a um raciocínio em torno do que arrola o primeiro artigo do Capítulo I do Título VII (artigo 170) de nossa Constituição Federal, façamos uma breve análise axiológica de nossa Carta.

A dignidade da pessoa humana é o fundamento material da Constituição. Reza o artigo 1º da Constituição Federal: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; *III –a dignidade da pessoa humana*; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político."(grifo nosso)

Ainda que esse fundamento esteja explícito junto a outros quatro no artigo 1º da Constituição, sob o ponto de vista de uma análise sistêmica esmerada, podemos concluir que todos os preceitos constitucionais devem ser interpretados adotando como marco referencial a dignidade humana. Justifica essa afirmação a exata lição do professor Glauco Magalhães Filho:

> O direito foi criado para o homem, que é fim e meio. O princípio da dignidade da pessoa humana, embora esteja consagrado na Constituição, é um valor suprapositivo, pois é pressuposto do conceito de Direito e a fonte de todos os direitos, particularmente os fundamentais. [...] A Constituição axiológica, vista em sua dinamicidade, é um processo dialético que tem a dignidade da pessoa humana como princípio regulador. [...] A pessoa humana é o valor básico da Constituição, o Uno do qual provêm os direitos fundamentais não por emanação metafísica, mas por desdobramento histórico, ou seja, pela conquista direta do homem.[21]

Assim, devemos confrontar as normas constitucionais do Título VII intitulado "A Ordem Econômica e Financeira" com a perspectiva da dignidade da pessoa humana. Essa dicotomia se dá de tal forma que Raul Machado Horta assim a contextualiza:

> A ordem econômica da Constituição está impregnada de princípios e soluções contraditórias. Ora inflete no rumo do Capitalismo neoliberal, consagrando os valores fundamentais desse sistema, ora avança no sentido do intervencionismo sistemático e do dirigismo planificador com elementos socializantes.[22]

[21] MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira, **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição.** 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 206-207.
[22] HORTA, Raul Machado. **Direito Administrativo e Constitucional**. São Paulo: Del Rey, p. 141.

As normas diretoras da Ordem econômica são, em sua maioria, diretivas, conhecidas também por doutrinárias ou programáticas, ou seja, enunciam diretrizes, fins, programas, objetivos a serem seguidos pelo Estado e pela sociedade. Isso não reduz sua importância, pois elas norteiam por onde se deve ir e aonde se deve chegar. Revelam um compromisso entre as forças políticas liberais e as reivindicações populares de justiça. Empresta maior consistência ao que foi dito sobre as normas econômicas o professor José Afonso da Silva: "São traduzidas nos textos supremos apenas em princípio, como esquemas genéricos, simples programas a serem desenvolvidos ulteriormente pela atividade dos legisladores ordinários".[23]

O artigo 170 tem sobre si os fundamentos e o fim da ordem econômica brasileira. Aduz o *caput* desse artigo que "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios".

Da leitura desse dispositivo concluímos que o fundamento da ordem econômica brasileira é a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa.

A previsão da valorização do trabalho dentre os fundamentos da ordem econômica não é inovação em nosso sistema constitucional, visto que o aludido fundamento já se encontrava disciplinado no artigo 160, II, da Constituição de 1969. O termo valorização do trabalho é compreendido, na dicção do professor Celso Ribeiro Bastos desta forma: "O trabalho deve fazer jus a uma contrapartida monetária que o torne materialmente digno".[24]

A livre iniciativa apareceu expressamente pela primeira vez na Constituição de 1946, em seu artigo 145, tendo sido esse dispositivo reproduzido pela Constituição de 1967. Havia, contudo, esse princípio implicitamente considerado nas constituições anteriores, desde a Constituição Imperial.

Compreende-se por livre iniciativa a liberdade de indústria e comércio, vale dizer, esse preceito essencialmente capitalista consagra a liberdade de lançar-se ao mercado sem restrições do Estado, conduzindo a livre escolha do trabalho, sendo assim uma das expressões fundamentais da liberdade humana. Pressupõe a liberdade contratual, em que os compromissos firmados por meio de contratos são livremente estipulados pelos seus agentes.

Isso quer dizer que, ao mesmo tempo em que a Constituição consagra um princípio que mantém vivo o sistema capitalista (livre iniciativa), dá prioridade ao valor humano do trabalho, vale dizer, em vez de reconhecer a luta entre trabalho e capital, historicamente

[23]SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 659.
[24] BASTOS, Celso Ribeiro**, Curso de Direito Constitucional**. 22. ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 279.

comprovada, o texto constitucional, ao reverso, transmite uma idéia de harmonização, integração, conciliação, de tal sorte que assegura a livre iniciativa, mas exige que seja feita resguardados os valores do trabalho humano. Complementa esse raciocínio o professor Régis Frota:

> Assim, deve existir alguma intervenção estatal, com ações principalmente regulatórias, objetivando corrigir imperfeições do mercado geradas pelo sistema capitalista, de modo a conferir dignidade ao trabalho humano. Não podem existir preconceitos contra o trabalho, nem rebaixá-lo a ponto de não ser materialmente viável. [...] Está, pois, superada a desumana exploração do trabalhador pela eminente burguesia contemporânea à Revolução Industrial, a qual contratava os trabalhadores por qualquer quantia, submetendo crianças e mulheres grávidas a jornadas de, em média, 17 horas por dia.[25]

Por conseguinte, a intervenção do Estado na economia deve ter por escopo fazer valer os valores sociais do trabalho, os quais, não apenas são fundamentos da ordem econômica, mas também da República Federativa do Brasil (artigo 1º, IV).

Patente está, outrossim, no dispositivo em análise, a finalidade da ordem econômica constitucional brasileira, a qual conforme escreve o artigo 170, "tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social".

Corolário da dignidade da pessoa humana, vemos então que o objetivo específico do desenvolvimento da atividade econômica é a existência digna, ou seja, é buscar a erradicação da miséria, com garantia da satisfação das necessidades básicas do homem.

Em que pese o fato de países emergentes, como o Brasil, encontrarem sérias dificuldades no tocante à concentração de renda e enfrentamento das desigualdades sociais, coloca-se como uma meta do Estado a conjugação de todos os esforços no sentido de tornar o desenvolvimento econômico voltado à melhor distribuição de renda, o que por certo, garantirá a propalada existência digna.

Quanto à terminologia "justiça social", deixou-nos o constituinte originário com dificuldades de precisar o seu alcance e o seu delineamento. Em sendo assim, tendo em vista a dificuldade da compreensão da amplitude desse conceito, podemos afirmar que pelo menos essa expressão traduz um afastamento no que diz respeito a disparidades profundas no atinente à riqueza e à renda. No intento de precisar a definição de justiça social, Celso Ribeiro Bastos assevera: "A justiça social consiste na possibilidade de todos contarem com o mínimo para satisfazerem suas necessidades fundamentais, tanto físicas quanto espirituais, morais e artísticas. É dizer: justiça social significa repartir o produto econômico entre todos" [26].

[25] ARAÚJO, Francisco Régis Frota, **Direito Constitucional Econômico e Financeiro**. Fortaleza: Abc, 2007, p. 142.
[26] Id. Ibid., 2001, p. 143.

Rende-nos sua precisa ratificação acerca da justiça social o professor José Afonso da Silva:

> Um regime de justiça social será aquele em que cada um deve poder dispor dos meios materiais de viver confortavelmente segundo as exigências de sua natureza física, espiritual e política. Não aceita as profundas desigualdades, a pobreza absoluta e a miséria. O reconhecimento dos direitos sociais, como instrumento de tutela dos menos favorecidos não teve até aqui a eficácia necessária para reequilibrar a posição de inferioridade que os impede o efetivo exercício das liberdades garantidas.[27]

Difícil é, conforme concluímos da leitura acima, em um regime de acumulação e concentração de capital e renda, propiciar uma justiça social efetiva. O que está escrito na passagem constitucional é que devem o legislador e o aplicador do Direito observar essa finalidade quando da elaboração ou interpretação das normas.

Sua contribuição está, principalmente, em dar as diretrizes principais, os caminhos que devemos seguir, a base hermenêutica para a interpretação desse tipo de normas. Desta maneira esclarece Josaphat Marinho:

> A ordem econômica, configurada na Constituição, prevê apenas algumas medidas e princípios que poderão sistematizar o campo as atividades criadoras e lucrativas e reduzir desigualdades e anomalias diversas na proporção em que as leis se convertem em instrumentos reais de correção das contradições de interesses privados. [28]

Assim, a Constituição incumbe ao Estado o dever de pelo menos moderar os excessos advindos do capitalismo. Conclui com perfeição nosso estudo dos fins e fundamentos da Constituição brasileira o pensamento de José Afonso da Silva:

> Assim como as declarações dos direitos do homem do século XVIII postularam a realização dos valores jurídicos da segurança, da ordem e da certeza, as declarações constitucionais dos direitos econômicos e sociais, revelada nesses elementos sócio-ideológicos, pretendem a realização do valor-fim do Direito: a justiça social, que é uma aspiração do nosso tempo, em luta aberta contra as injustiças do individualismo capitalista.[29]

5 DOS PRINCÍPIOS ECONÔMICOS APONTADOS NO ARTIGO 170 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

[27] Id. Ibid., 1990, p. 661
[28] Id. Ibid., 1990, p. 660.
[29] Id. Ibid., 1990, p. 660.

Trataremos, neste momento, dos princípios constitucionais da ordem econômica, vale dizer, aqueles que estão tomados a rol no artigo 170, os quais concretizam a ordem econômica sob o ponto de vista conceitual da ordem jurídica da economia, sobre a qual já dissertamos alhures.

Nesta feição estão dispostos os princípios, *in verbis:*

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.
> Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei."

5.1 Soberania Nacional

A soberania é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, I), além de ser, igualmente um princípio de suas relações internacionais (artigo 4º: A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional...).

Soberania, na definição de Alexandre de Moraes, consiste em:

> Um poder político supremo e independente, entendendo-se por poder supremo aquele que não está limitado por nenhum outro na ordem interna e, na sociedade internacional, não tem de acatar regras que não sejam voluntariamente aceitas e está de pé a igualdade com os poderes supremos de outros povos.[30]

Não há pleonasmo quando a Constituição, no artigo 170, enuncia a soberania nacional como princípio geral da ordem econômica, visto que, nessa ocasião, temos a expressão com significado de soberania nacional econômica, a saber, deve-se extrair do inciso I do artigo 170 a noção de não-subordinação, de independência perante os estados estrangeiros economicamente mais fortes.

Mesmo sendo país emergente, o Poder Constituinte Originário não acabou com o sistema capitalista, mas deixou a tarefa desse buscar uma maior independência econômica, isto é, a busca de um capitalismo interno autônomo. Remata esse raciocínio José Afonso da

[30] MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 2. ed., Rio de Janeiro: Atlas, 1987, p. 169.

Silva: "Essa é uma tarefa que a Constituinte, em última análise, confiou à burguesia nacional na medida em que constitucionalizou uma ordem econômica de ordem capitalista".[31]

Pondera o professor Eros Grau acerca da soberania econômica: "Não supõe o isolamento econômico, mas antes, pelo contrario, a modernização da economia e da sociedade e a ruptura de nossa situação de dependência em relação às sociedades desenvolvidas". [32]

Por isso, esse dispositivo não salvaguarda o xenofobismo ou o repúdio ao capital estrangeiro, reservando, à lei infraconstitucional, inclusive, o dever estabelecer o regramento do capital estrangeiro: "art. 172: A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros", entretanto, devem estes respeitar a soberania nacional econômica".

5.2 Propriedade privada

Assim se expressa o artigo 5º XXII de nossa Constituição Federal: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXII - é garantido o direito de propriedade [...]" Logo, à propriedade é dado *status* de direito fundamental.

O Direito Constitucional Brasileiro passou por uma lenta e contínua evolução concernente ao conceito de propriedade. Isso se deu em virtude do fenômeno conhecido por Constitucionalização do Direito Privado, ao qual, após a Segunda Guerra Mundial, o mundo assistiu. Saímos de um ordenamento patrimonialista para um ordenamento personalista, efeito denominado pelo jurisconsulto Jorge Miranda[33] de Giro Copérnico do Direito.

Assim, o conceito patrimonialista de propriedade, arraigado no individualismo, evoluiu para um conceito baseado, principalmente no interesse social, o qual supera, definitivamente, a antiga concepção individual de propriedade. Anota Caretella Júnior: "Antes, a propriedade tinha um sentido nitidamente individual, exclusivo; hoje, a propriedade tem um sentido social. A expressão destinação social opõe-se à expressão destinação individual".[34]

---

[31] Id. Ibid., 1990, p. 666.
[32] Id. Ibid., 1990, p. 242.
[33] MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** v IV. Coimbra: Coimbra, 1988.
[34] CARETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 396.

Vale lembrar que o antigo conceito de propriedade, por meio do qual o indivíduo podia usar, gozar e dispor vem sendo afastado pelo constitucionalismo pátrio desde a Constituição de 1934.

O direito à propriedade continua protegido pelo direito brasileiro, com sua titularidade garantida e seus direitos assegurados. Mas esses direitos estão atrelados a deveres. O proprietário passa a ter deveres sociais a cumprir: fazer a terra produzir, garantir o bem-estar de quem labuta na propriedade, torná-la fértil, sem esgotá-la, enfim, terá sempre que dar uma destinação social à propriedade, seja ela urbana ou rural, ou seja, o direito à propriedade encontra seus limites na função social da propriedade,próximo princípio que exploraremos.

Faz uma muito conveniente ressalva à regra da função social da propriedade o professor Eros Grau. Observa que a propriedade está dividida em propriedade de função individual e propriedade dotada de função social, ou seja, somente algumas propriedades podem servir ao princípio da função social; àquelas que reclama a subsistência do indivíduo e de sua família não justifica tal princípio. Já a propriedade dotada de função social, ainda conforme o entendimento do ilustre doutrinador: "Só pode ser aquela que exceda o padrão qualificador da propriedade dotada de função social". [35]

Vai mais longe quando enuncia a propriedade privada dos bens de produção afetados pelo princípio da função social: "O princípio da função social da propriedade tem como pressuposto a propriedade dos bens de produção e de bens que excedam o quanto caracterizável como propriedade afetada como função individual".[36]

Assim, a afetação do princípio da função social repudia o conceito de propriedade como exclusiva fonte de poder.

5.3 Função Social da Propriedade

Está esse princípio estampado em nosso ordenamento constitucional dede a Constituição de 1934 até a atual Constituição, exceto pelo silêncio da Constituição de 1937.

Está também elencado como direito fundamental no artigo 5º XXIII: "a propriedade atenderá a sua função social".

Diante disso, não pairam dúvidas que, em não havendo uma destinação adequada ao interesse social, a propriedade privada que não se enquadrar nesses princípios não terá proteção do direito brasileiro.

[35] Id. Ibid., 1990, p. 257.
[36] Id. Ibid., 1990, p. 257.

Esse princípio é advindo dos ensinamentos da Igreja Católica, segundo os quais, sobre toda propriedade particular, pesa uma hipoteca social. Tradicionalmente a Igreja sempre defendeu, através de Encíclicas Papais, por exemplo, a autenticidade cristã do direito de propriedade, contudo, sem nunca deixar de fazer o condicionamento do bom uso da propriedade.

Essa adequação da propriedade privada aos interesses de sua função social é de fundamental importância para a convivência harmoniosa em sociedade. No século XIX já dizia Rousseau: "Cada um de nós coloca a sua pessoa e toda potência sob a direção suprema da vontade geral; e recebemos, enquanto corpo, cada membro como parte indivisível do todo".[37]

Apesar da importância do cumprimento de sua função social, este princípio não pode, de forma arbitrária, suprimir a propriedade privada. Deve haver muito cuidado do intérprete quando da interpretação desses preceitos levada a cabo no caso concreto. Gilmar Mendes assim confirma esse pensamento:

> Não tendo a Constituição de 1988 estabelecido nenhuma hierarquia entre os valores consubstanciados no direito de propriedade e na sua função social, resta ao intérprete/aplicador resolver seus eventuais "conflitos" à luz do caso concreto, mediante judiciosa ponderação, optando, afinal, por aquele cuja prevalência, nas circunstâncias conduzir a uma decisão correta e justa e, assim, realizar a justiça em sentido material como referente fundamental a idéia de direito.[38]

5.4 Livre Concorrência

A livre concorrência é um dos alicerces da estrutura da economia, e está muito relacionada com a livre iniciativa, da qual já tratamos anteriormente. A vinculação é tão notória que podemos dizer que só pode existir a livre concorrência onde houver livre iniciativa, no entanto, o inverso não é verdadeiro, podendo existir a livre iniciativa sem que haja a livre concorrência. Desse modo, temos que a livre concorrência é algo que se associa à livre iniciativa, consistindo na situação em que os diversos agentes produtores se lançam na concorrência dos seus rivais

Vale ressaltar que o princípio da livre concorrência foi uma inovação do constituinte originário, haja vista que até a Constituição Federal de 1988, ele nunca havia estado expressamente presente no texto das constituições anteriores.

---

[37] ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Hemus, 1981. p. 28.

[38] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1357.

Essa garantia é advinda do princípio da igualdade, no âmbito do domínio econômico. Por essa razão, impõe ao Estado não apenas as prevenções e a punição do abuso de poder econômico, mas também obsta que o Poder público crie distinções ou estabeleça benefícios arbitrários para determinadas empresas, setores ou grupos econômicos, a menos, é claro, que a distinção esteja no próprio texto constitucional.

Exemplo que qualifica essa situação é o que temos no inciso IX do artigo 170, o qual exige que em princípio da ordem econômica, o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Outro tratamento de diferença que nossa Constituição confere na tentativa de atingir a equidade é o exposto no artigo 179, nos termos do qual, "A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei."

Um terceiro exemplo desse favorecimento é o insculpido no parágrafo 4º do artigo 174, que aduz que a*s* "cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei".

São valiosas as lições do professor Régis Frota, o qual, embasado nos preceitos de Cabral de Moncada, arrazoa:

> O monopólio e o oligopólio são incompatíveis com a economia de mercado. Por conseguinte, o Estado punirá essas formas supramencionadas, pois são modalidades de exercício econômico através das quais existe a aversão das leis de mercado, garantindo-lhes uma parcela fixa do mercado. Vale expor o juízo de Cabral de Moncada: "O objetivo das leis de defesa da concorrência é o de assegurar uma estrutura e comportamento concorrenciais dos vários mercados num pressuposto de que é o mercado livre que, selecionados os mais capazes, logra orientar a produção para os setores susceptíveis de garantir uma melhor satisfação das necessidades dos consumidores e, ao mesmo tempo, a mais eficiente afetação dos recursos econômicos disponíveis, que é como que quem diz os mais baixos custos e preços. A concorrência assim é encarada como melhor processo de fazer circular e orientar livremente a maior e mais completa informação econômica, quer a nível do produtor, quer a nível dos consumidores, assim esclarecendo as respectivas preferências. É, por isso, que sua defesa é um bom objetivo de política econômica".[39]

[39] ARAÚJO, Francisco Régis Frota op. cit., 2007, p. 147.

5.5 Defesa do Consumidor

A Constituição de 1988 foi a primeira a contemplar em seu conteúdo a defesa do consumidor.

> Foi a Constituição portuguesa de 1976 a primeira a acolher normas de proteção do consumidor, de maneira bastante avançada, no que foi prontamente seguida pela Carta Política espanhola de 1978, a que serviu de modelo e, dez anos mais tarde, pela atual Constituição brasileira.[40]

O consumidor, como regra, é hiposuficiente quando comparado economicamente com seus fornecedores de bens e serviços. Há casos em que o Direito compensa essa desigualdade material ou fática instituindo uma desigualdade jurídica em favor dos hiposuficientes mediante regras protetivas imperativas, isto é, não passíveis de derrogação por meio de acordos de vontades.

Não podemos nos furtar de mencionar as ponderações pertinentes de Gilmar Mendes a respeito da justificativa histórica, social e justiça desse tipo de proteção:

> A emergência desse novo direito insere-se, como é sabido, na transição do Estado Liberal para o Estado Social, exatamente porque as relações de consumo- como relações jurídicas em geral-, tendo-se tornado ilegítimas, pela quebra do equilíbrio entre os sujeitos de direito- estavam a reclamar uma nova atitude do legislador para absorver e/ou racionalizar, na medida do possível, a revolta dos fatos contra os códigos, na feliz expressão com que Gaston Morin denunciou a perda de sintonia entre os modelos jurídicos herdados do liberalismo em suas múltiplas facetas e a realidade socioeconômica gerada pela Revolução Industrial e pela conseqüente formação do operariado como classe social. Nesse contexto, é fácil compreender porque, no bojo da constitucionalização da economia, a figura do consumidor mereceu tratamento especifico e diferenciado, conferindo-se-lhe indiscutível superioridade jurídica para compensar a sua evidente inferioridade de fato, enquanto agente econômico mais vulnerável nas relações de consumo. Trata-se, no particular, de uma idéia essencialmente idêntica à que inspirou, desde suas origens, a legislação trabalhista como instrumento de proteção do trabalhador, para tanto considerado a parte frágil na relação de emprego[41].

Mas quem seria o indivíduo consumidor? Nos termos do Código de Defesa do Consumidor, podemos perceber que é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, equiparando-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

A lei assegura a defesa do consumidor contra atos atentatórios do fornecedor, definindo este como a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem,

[40] SILVA, José Afonso da, op. cit., 1990, p. 423
[41] Id. Ibid., 2008, p. 1362.

criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

O dano ao consumidor pode ser patrimonial ou pessoal. O objetivo da lei do consumidor foi o de preservar o equilíbrio da Ordem Econômica, pondo fim aos abusos cometidos pelo fornecedor, quer mediante o emprego de publicidade enganosa ou abusiva, quer entregando produtos defeituosos ou prestando serviços que não correspondam aos serviços anunciados.

Por fim, oportuno é lembrar que a defesa do consumidor é também um direito fundamental, expresso no inciso XXXII do Art. 5º *in verbis:* "O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor".

5.6 Defesa do Meio Ambiente

Revela o inciso VI do artigo 170 da Constituição o princípio da defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

Devemos observar que o meio ambiente também é tratado, em muito mais detalhes, no Título VIII da Constituição vigente, especificamente no artigo 225, *caput*:" Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações".

Tendo a Constituição elevado a preservação do meio ambiente ao nível de princípio da ordem econômica, significa que a atividade produtiva está condicionada ao respeito ao meio ambiente, ou seja, o Poder Público poderá interferir, se necessário, para que a exploração econômica preserve a ecologia.

O princípio constitucional da defesa do meio ambiente traduz que não se podem produzir riquezas hodiernamente a qualquer custo ambiental. A atividade econômica de que se produzam riquezas só é legítima se compatível com a proteção do mio ambiente. É o chamado desenvolvimento sustentável.

Ainda que as riquezas fossem teoricamente distribuídas de forma equitativa, o que seria convergente com uma ordem econômica que assegure a todos uma existência digna, a atividade econômica que acarretasse destruição insustentável do meio ambiente seria coibida pelo Estado. Nesse sentido, valiosos são os ensinamentos de Fiorillo:

> Devemos lembrar que a idéia principal é assegurar a existência digna, através de uma vida com qualidade. Com isso, o princípio não objetiva impedir o desenvolvimento econômico. Sabemos que a atividade econômica, na maioria das vezes, representa alguma degradação ambiental. Todavia, o que se procura é minimizá-la, pois pensar de forma contrária significaria dizer que nenhuma indústria que venha a deteriorar o meio ambiente poderá ser instalada, e não é essa a concepção apreendida do texto. O correto é que as atividades sejam desenvolvidas lançando-se mão dos instrumentos existentes adequados para a menor degradação possível. [...] Por isso, delimita-se o princípio do desenvolvimento sustentável como o desenvolvimento que atenta às necessidades do presente, sem comprometer as futuras gerações.[42]

5.7 Redução das Desigualdades Sociais e Regionais

Esse princípio é classificado como princípio de integração porque está dirigido a resolver os problemas de marginalização social ou regional.[43]

É mencionado como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil no artigo 3º inciso III: "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais".

A colonização do Brasil é a principal raiz das desigualdades sociais e econômicas existentes entre diversas regiões desse país. Ela deixou suas marcas tanto no que se refere às diferenças culturais e raciais que subsistem até os dias atuais, como no desenvolvimento econômico das várias regiões do Brasil.

O desenvolvimento há de ser compartilhado por todos. Atualmente, nosso país apresenta problemas de desequiparações acentuadas de rendas em duas dimensões diferentes, a saber, a regional e a social. Cada uma delas deverá ser objeto de políticas adequadas. Até mesmo por motivações de unidade nacional, a preocupação como desenvolvimento mais acelerado das regiões mais pobres deve ser uma diretriz fundamental da política nacional.

A redução das desigualdades regionais é objetivo reiteradamente manifestado pelo Constituinte, como ilustra a parte final do inciso I do artigo 151 da Constituição, o qual veda à União*:* "instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País".

Já a redução das desigualdades sociais é objetivo mais amplo do que a mera erradicação da pobreza. Assim, as atividades econômicas, como um todo, devem propiciar não só a eliminação da pobreza, mais também uma distribuição equitativa da riqueza produzida. Aponta, nessas linhas, Marcelo Alexandrino:

---

[42]FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 36.
[43] SILVA, José Afonso da, op. cit.,1990, p. 667.

> O setor privado deve colaborar com essa tarefa, mediante a contratação sempre formal de seus trabalhadores (empregos com carteira assinada), na qual são plenamente assegurados os direitos trabalhistas. Note-se que, se o salário mínimo tivesse seus valores fixados em conformidade com os parâmetros constitucionalmente impostos (CF, art. 7º, IV), a simples contratação formal de trabalhadores já contribuiria de sobremaneira para reduzir as desigualdades sociais (e mais ainda para erradicar a pobreza. Esbarra-se mais uma vez, entretanto, na cláusula do princípio implícito da reserva do possível[44]

5.8 Busca do Pleno Emprego

Aparece aqui esse princípio no sentido de proporcionar trabalho a todos quantos estejam em condições de exercer atividade produtiva. Trata-se do pleno emprego da força do trabalho capaz. Harmoniza-se com a regra de que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano. É um princípio diretivo que se opõe às políticas recessivas. Eros Grau Afirma que "consubstancia também o princípio do pleno emprego, indiretamente, uma garantia para o trabalhador, na medida em que está coligado ao princípio da valorização do trabalho humano e reflete efeitos em relação ao direito social do trabalho" [45].

Há quem critique a expressão "pleno emprego", alegando ser ela inalcançável. Sugerem o termo utilizado já em outras constituições nacionais de significado semelhante, como a "busca pela expansão das oportunidades de emprego".

No que tange ao modo como pode haver essa busca do pleno emprego, lembra Régis Frota:

> A teoria de Pigou explica que o pleno emprego é alcançado espontaneamente, se adotada uma economia se mercado. A teoria de Keynes acredita que há determinados meios podem ser instrumentalizados para que se estimule a economia e se consiga a ocupação de todos os fatores de produção. [46]

5.9 Tratamento Favorecido para as Empresas Brasileiras de Capital Nacional e de Pequeno Porte

Embora já tenhamos feito consideráveis reflexões acerca desse princípio quando falamos do princípio da livre concorrência, devemos, em virtude da importância do assunto, voltar a comentarmos a seu respeito.

---

[44] ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 933-934.
[45] Id. Ibid., 1990, p. 263.
[46] Id. Ibid., 2007, p. 149.

Esse princípio só se aplica às empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país. Essas empresas segundo José Afonso da Silva podem ser brasileiras ou não, pois:

> Basta que a empresa estrangeira ou multinacional (ou parte dela) se organize aqui segundo as leis brasileiras e tenha sede aqui para ser reputada brasileira, pouco importa a nacionalidade de seu capital e a nacionalidade, domicilio e residência das pessoas que detêm seu controle.[47]

O tratamento favorecido dispensado pela Constituição às empresas de pequeno porte tem relevantes conseqüências sócio-econômicas. Não haveria uma disputa justa entre as macroempresas e as empresas de pequeno porte, se o ônus burocrático e a carga tributária sobre ambas fossem o mesmo.

Busca-se, então, por meio desse princípio, eliminar os entraves para o exercício de atividade econômica. Outro motivo que justifica o apoio do Poder Público às empresas de pequeno porte, é o de, freqüentemente, não haver condições de elas levantarem empréstimos diante das leis vigentes no mercado financeiro por se tratar de um empreendimento de pequena monta.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de uma realidade de injustiça social tão perversa, não é de se entranhar que os operadores do direito freqüentemente subestimem a normatividade ínsita aos fundamentos, finalidades e princípios da ordem econômica na Constituição de 1988.

Entretanto, desde que promulgada a Constituição, podemos notar uma evolução abrangendo todas essas mazelas sociais.

De fato, a Constituição de 1988 representou, em todos os aspectos, uma revolução silenciosa, fato que nos faz acreditar, cada vez mais, concretamente, ser possível atingir a meta da existência digna nos ditames da justiça social.

7 BIBLIOGRAFIA

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

[47] Id. Ibid., 1990, p. 729.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Direito Econômico**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1979.

ARAÚJO, Francisco Régis Frota. **Direito Constitucional Econômico e Financeiro**. Fortaleza: ABC, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CARETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1990.

FIGUEREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

FRANCO, Antônio Souza de. **Noções de Direito Econômico**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1982.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

HORTA, Raul Machado. **Direito Administrativo e Constitucional**. São Paulo: Del Rey.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 3 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constituciona.** São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** vol. IV. Coimbra: Coimbra, 1988.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Atlas, 1987.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**, São Paulo: Saraiva, 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Do Contrato Social.** São Paulo: Hemus, 1981.

SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

SMITH, Adam. **Da Riqueza das Nações.** São Paulo: Abril, 1983.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Direito Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1980.

A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UM INSTRUMENTO DE GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

REBECA PEIXOTO LEÃO ALMEIDA*

RESUMO
O presente trabalho pretende analisar o instituto da reclamação constitucional perante o Supremo Tribunal Federal, considerando-o como um instrumento de garantia da aplicabilidade imediata e ótima dos direitos fundamentais. Desta forma, dividiu-se o presente estudo em três partes, abordando a primeira etapa os direitos fundamentais hodiernamente, seu caráter de mandamento de otimização, bem como a sua aplicabilidade imediata para os casos concretos. Após este breve estudo, passa-se a análise do direito fundamental ao devido processo legal, em especial o seu aspecto subjetivo que sedimenta o esforço teórico empreendido aqui para que a Reclamação Constitucional seja um verdadeiro instrumento de garantias fundamentais. Ao final, estuda-se a Reclamação Constitucional em específico.

Palavras-Chaves: Direitos Fundamentais. Devido Processo Legal. Reclamação Constitucional.

ABSTRACT
This paper pretends to analyze the institution of constitutional complaint in the Supreme Federal Court, considering it as a tool for ensuring optimal and immediate applicability of fundamental rights. Thus, divided the study into three parts, the first step in addressing the fundamental rights of today, his command of character optimization, as well as its immediate applicability to concrete cases. After this brief study is to analyze the fundamental right to due process, especially its subjective aspect that consolidates the theoretical effort undertaken here for the constitutional complaint is a true instrument of fundamental guarantees. Finally, we study the constitutional complaint in particular.

Keywords: Fundamental Rights. Due Process of Law. Constitutional Complaint.

1. INTRODUÇÃO

O direito a um processo que obedeça às exigências legais e materiais de justiça constitui um direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988. Note-se que a Constituição é o fundamento de legitimidade do Poder Judiciário no exercício da função jurisdicional. Somente por meio da observância dos postulados constitucionais estará o processo em consonância com a vontade e a soberania popular. Desta forma, torna-se necessário o estudo e a aplicação do Direito Processual à luz dos preceitos e mandamentos constitucionais.

A reclamação constitucional para preservação da competência do Supremo Tribunal Federal e da autoridade de suas decisões era reconhecida apenas pela jurisprudência brasileira,

* Aluna da graduação da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Monitora institucional da disciplina Direito Processual Civil I.

que a fundamentava na teoria dos poderes implícitos que preceitua que sempre que a Constituição confere competência a determinado órgão lhe confere também os meios de exercê-la.

O Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do judiciário brasileiro, incumbido da guarda Constituição e de sua interpretação em *ultima ratio*, cabendo-lhe, portanto, na interpretação das normas constitucionais, delinear as competências e poderes de cada órgão, mesmo que não haja mecanismo expresso para tanto. Nesse ensejo, a Suprema Corte passa a adotar a reclamação para preservar sua competência, bem como para garantir suas decisões com fulcro em sua posição de guardião da Constituição Federal.

Torna-se a reclamação, com o advento da Constituição Federal de 1988, importante instrumento constitucional de garantia de direitos fundamentais relacionados ao processo. É nesse contexto que o presente trabalho buscará estudar a reclamação constitucional, seus fundamentos e sua relevância jurídica e social.

2. DELIMITAÇÃO CONCEITUAL E NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O pós-positivismo é o movimento constituinte ocorrido nas ultimas décadas do século XX, em razão do qual se acentuou a hegemonia axiológica dos princípios, deixando estes de configurarem apenas postulados ético-valorativos que inspiravam o ideal de justiça, passando, então, a possuir normatividade em grau constitucional e função fundamentadora de toda ordem jurídica.[1]

Com a normatização dos princípios, surge a necessidade de distinguir as normas que constituem regras das que constituem princípios, pois dentre estas se encontram os direitos fundamentais. Ao fazer essa distinção, Willis Santiago Guerra Filho afirma que "as regras trazem a descrição de estados-de-coisa formado por um fato ou um certo número deles, enquanto nos princípios há uma referência direta a valores".[2] O critério utilizado pelo autor é o da generalidade, que é, indubitavelmente, o mais adotado pela doutrina.

As regras jurídicas disciplinam tão-somente atos ou fatos, contemplando, desta feita, situações jurídicas determinadas.[3] Os princípios, por seu turno, atingem um maior grau de abstração, uma vez que ditam comandos valorativos genéricos, não se limitando a regular um "estado-de-coisa", nem a comandar, diretamente, uma ação. Percebe-se, desse modo, que as

[1] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008, p. 258-266.
[2] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 44.
[3] BOULANGER, Jean APUD BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., 2008, p. 267.

regras e, por conseguinte, todo o ordenamento jurídico, devem possuir como alicerce os valores inscritos nos princípios.

Outra diferença é apontada por Robert Alexy[4] ao observar que os princípios constituem verdadeiros comandos de otimização, de modo que seus preceitos devem ser realizados na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, podendo, desta forma, serem satisfeitos em graus variados. Já no que concerne às regras, justamente por contemplarem uma situação jurídica determinada, serão simplesmente satisfeitas ou não. Sendo assim, não é possível o conhecimento da total abrangência de um princípio pela simples leitura da norma que o consagra, uma vez que deve ser complementado pela consideração de outros fatores. Desse modo, tem-se que a sua normatividade é provisória porquanto necessita adaptar-se à situação fática, sempre na busca de uma solução ótima.[5]

Os direitos fundamentais constituem-se pelos princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia de cada ordenamento jurídico, designando as prerrogativas e instituições que eles concretizam em garantias de uma convivência digna, livre e igual para todas as pessoas. São fundamentais justamente por serem compostos pelos valores tidos como indispensáveis ao ser humano e sua existência.[6]

A designação de determinados direitos como fundamentais dá-se não apenas por sua importância, mas também por exigirem uma aplicação diferente daquela destinada às normas com estrutura de regra. Ao analisar o tratamento conferido aos direitos fundamentais pela Constituição Federal de 1988, Gilmar Ferreira Mendes observa que o art. 5º, § 1º, ao dispor que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata", ressalta a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardar-lhes estrita observância. Ademais, conclui que o constituinte brasileiro reconheceu que esses direitos são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição, e, por isso, vedou qualquer reforma constitucional tendente a aboli-los, conforme preceitua o art. 60, § 4º, CF/88.[7] Destarte, percebe-se que os direitos fundamentais constituem não só direitos subjetivos, mas elementos fundamentais da ordem constitucional e do Estado Democrático de Direito:

> [...] os direitos fundamentais constituem, para além de sua função limitativa do poder (que, ademais, não é comum a todos direitos), critérios de legitimação do

[4] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91.
[5] MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 319.
[6] SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 178.
[7] MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-2.

> poder estatal e, em decorrência, da própria ordem constitucional, na medida em que "o poder se justifica por e pela realização dos direitos do homem e que a idéia de justiça é hoje indissociável de tais direitos". [8]

Sua aplicação diferenciada resta evidente em situações que envolvem a colisão entre esses direitos, haja vista que se deve privilegiar o emprego de um valor-princípio sem causar a exclusão total do conteúdo do outro princípio conflitante.[9]

Durante muito tempo usou-se a subsunção como instrumento único de aplicação do direito. Tinha-se dado fato, premissa menor, aplicando-se a norma, premissa maior, com a conseqüente utilização do conteúdo da norma ao caso concreto.[10] Com a necessidade de compatibilizar os princípios em conflito no caso concreto, de modo que se mantivessem válidos todos eles, surgiu a teoria da ponderação. Acerca da ponderação, ensina Luís Roberto Barroso:

> A ponderação consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas. A estrutura interna do raciocínio ponderativo ainda não é bem conhecida, embora esteja sempre associada às noções difusas de balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas.[11]

O juízo de ponderação liga-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução de um conflito, que não exista outro meio menos gravoso para atingir o mesmo resultado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto não seja maior que o benefício que se pretende alcançar.[12]

O conteúdo do princípio da proporcionalidade, conforme ensinamento de Humberto Ávila, deve ser examinado sob três aspectos, a saber, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação condiciona a escolha do meio cuja eficácia possa realizar o fim almejado. Já a necessidade impõe a escolha do meio que menos restrinja os direitos fundamentais colateralmente afetados, sendo o meio necessário aquele mais suave ou menos gravoso. E, finalmente, a proporcionalidade em sentido estrito impõe a comparação

---

[8] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 59.
[9] GUERRA FILHO, Willis Santiago. Op. Cit., 1999, p. 45.
[10] BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 356.
[11] Id. Ibid., p. 358.
[12] MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco, Op. Cit., 2009, p. 319.

entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais.[13] No mesmo sentido é a lição de Gilmar Ferreira Mendes, *et al*:

> O exercício da ponderação é sensível à idéia de que, no sistema constitucional, embora todas as normas tenham o mesmo *status* hierárquico, os princípios constitucionais podem ter "pesos abstratos" diversos. Mas esse peso abstrato é apenas um dos fatores a ser *ponderado*. Há de se levar em conta, igualmente, o *grau de interferência* sobre o direito preterido que a escolha do outro pode ocasionar.[14]

Assim, os princípios quando configurados como direitos fundamentais, podem paralisar a incidência da norma ao caso concreto ou buscar-lhe um novo sentido, desde que se possa demonstrar, motivadamente, sua incompatibilidade com as exigências de razoabilidade e proporcionalidade. Para que a interpretação seja ponderada é necessário colocá-la em uma perspectiva principiológica na qual um princípio possa congregar as exigências voltadas para a obtenção do resultado pretendido em conformidade com os ditames da justiça material.

Tendo em vista que a nova dogmática jurídico-constitucional concedeu força normativa aos princípios, e, assim, aos direitos fundamentais, constituindo estes a base valorativa e fundamentadora de todo ordenamento jurídico, conclui-se que não é suficiente a inscrição desses direitos no corpo da Constituição. Faz-se, desta forma, necessária a previsão de mecanismos hábeis a garantir a sua observância, como é o caso da reclamação constitucional que tutela o direito fundamental ao devido processo legal, conforme se pretende demonstrar.

3. DO DIREITO FUNDAMENTAL AO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O devido processo legal encontra-se previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LIV, que preceitua que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". É considerado o princípio fundamental do processo, podendo-se afirmar que todos os demais princípios que tutelam o processo dele decorrem.[15]

O devido processo legal originou-se da expressão "*due process of law*", empregada pela primeira vez pelos ingleses na Magna Carta de João Sem Terra, em 1215, com escopo de impor limites à atuação do rei. Ressalte-se que a essa época, não se falava em direitos

[13] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 165-173.
[14] MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco, Op. Cit., 2009, p. 321.
[15] NERY Jr, Nelson. **Princípio do Processo Civil na Constituição Federal**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 59.

fundamentais, mas em meras tolerâncias do soberano. Entretanto, o *due process of law* inglês não vinculava o Poder Legislativo, em face da supremacia desse Poder sobre todos os demais. Nesse ensejo, por ocasião da expansão dos domínios ingleses na América do Norte, essa cláusula sofreu um aprimoramento em sua interpretação, uma vez que os colonos norte-americanos logo perceberam que o legislador, por si só, não era capaz de proteger o homem em seus aspectos fundamentais. Assiste-se, então, à ampliação da extensão do conteúdo do *due process of law*, que passou a ser compreendido não apenas como garantia de cumprimento da legalidade, mas de realização da justiça, devendo, portanto, vincular todos os poderes do Estado.[16] Não sendo mais possível interpretá-lo apenas como tutela processual, fala-se, então, em *substantive due process*, ou seja, devido processo legal em sentido material:

> O conceito de "devido processo legal" foi-se modificando no tempo, sendo que a doutrina e a jurisprudência alargaram o âmbito de abrangência da cláusula, de sorte a permitir interpretação elástica, o mais amplamente possível, em nome dos direitos fundamentais do cidadão.[17]

Para melhor compreensão do devido processo legal, faz-se necessário, primeiramente, identificar sua natureza jurídica, considerando o tratamento despendido pelo ordenamento jurídico brasileiro. Sob uma visão estrutural das normas jurídicas que as classifica em regras e princípios, o devido processo legal enquadra-se nesta última categoria. Ressalte-se que é também um direito fundamental, uma vez que o devido processo legal corresponde a um ideal valorativo segundo o qual se deve pautar a atividade estatal, a fim de resguardar a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito.

O devido processo legal projeta-se no momento da criação e da interpretação-aplicação do texto normativo, não para dar solução ao conflito de interesses em litígio, mas para servir de pauta orientadora e de conferência para o sujeito, tanto sob a dimensão material, quanto processual. Desse modo, é guia de aplicação da regra da proporcionalidade e da razoabilidade por ocasião da tarefa de concordância prática entre os bens protegidos constitucionalmente, a fim de que eles obtenham uma máxima efetividade.

Ademais, esse princípio não só corresponde a um direito fundamental dos litigantes a um processo devido; é também legitimador da atividade jurisdicional. O Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, decorrendo da participação do povo no processo de produção das normas jurídicas, através da escolha de seus representantes, a legitimidade da

[16] GRINOVER, Ada Pellegrini. **Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil**. São Paulo: José Bushtsky, 1975, p. 10-11.
[17] Id. Ibid., p. 65.

autoridade e obrigatoriedade do direito. Posto que o Judiciário seja formado por membros não eleitos, sua legitimidade funda-se no princípio constitucional do devido processo legal e nos demais princípios constitucionais.[18] Isso porque o Estado Democrático de Direito não se assenta apenas no princípio majoritário de escolha direta dos representantes, mas também na realização dos valores substantivos e na concretização dos direitos fundamentais.[19] Nesse sentido, Cintra, Pellegrini e Rangel afirmam:

> Entende-se, com essa fórmula, o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimamente do exercício da jurisdição.[20]

O devido processo legal, portanto, possui dupla função, a saber: a) garantir um processo justo e devido mediante o estrito cumprimento das garantias das partes; b) legitimar a atividade jurisdicional.

4. A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Dispõe a Constituição Federal, em seu art. 102, inciso I, alínea "l", que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.

A reclamação constitucional tem sua origem ligada à correição parcial. Na égide do Código de Processo Civil de 1939, existiam decisões interlocutórias irrecorríveis em razão da ausência de sua previsão no rol do art. 842, que estabelecia, taxativamente, as hipóteses que comportavam agravo de instrumento.[21] Nessa sistemática, a correição parcial apresentava-se como a medida eficaz para impugnar atos ou omissões dos juízes de primeiro grau de jurisdição não passíveis de recurso.[22] Insta ressaltar, no entanto, que a correição parcial possuía natureza administrativa e por isso não teria o condão de alterar decisões proferidas em

[18] ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 45.
[19] BARROSO, Luís Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.** 3 ed.: revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 58.
[20] GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 82
[21] DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. v. 3. 6 ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 440.
[22] DINAMARCO, Cândido Rangel. A reclamação no processo civil brasileiro. **Revista forense**. v. 99, n. 366, 2003, p. 08.

processos judiciais, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes. Logo, a correição parcial limitava-se a corrigir o *error in procedendo* que causasse inversão tumultuária dos atos processuais legalmente previstos e, ainda, desde que não houvesse previsão de recurso específico para o caso.[23]

A reclamação, antes de ser positivada, já encontrava guarida na jurisprudência que, valendo-se da teoria dos poderes implícitos[24], autorizava, mesmo sem previsão constitucional de tal competência, o Supremo Tribunal Federal fazer valer seus pronunciamentos judiciais, bem como delinear, em *ultima ratio*, a sua competência.[25] Somente com o advento da Constituição Federal de 1988, a reclamação passa a possuir fundamento constitucional.

Com a previsão constitucional da reclamação esvaziou-se as discussões em torno de sua constitucionalidade. Entretanto, persistem divergências quanto à sua natureza jurídica, haja vista sua similaridade com o instituto da correição parcial. É certo que prevalece entre os processualistas a corrente doutrinária que a define como medida jurisdicional, e não de caráter administrativo, como é a correição.

Uma vez definida sua natureza como medida jurisdicional, divergem a doutrina e a jurisprudência quanto à reclamação constituir-se um recurso, uma ação ou mera expressão do direito fundamental de petição. Cândido Rangel Dinamarco, apoiando-se em Carnelutti, enquadra-a na definição de remédios processuais, que é mais ampla e abriga em si todas as medidas mediante as quais se afasta a eficácia de um ato judicial viciado, retifica-se ou busca-se sua adequação aos requisitos da conveniência ou da justiça.[26]

Negando a natureza de recurso à reclamação, tendo em vista o seu duplo objetivo, quais sejam o de preservar a competência do tribunal e o de garantir a autoridade de suas decisões, assevera Ada Pellegrini Grinover:

> Assim, a posição que vê a reclamação como recurso não leva em conta aquela que visa a garantir a autoridade da decisão, porque esta: a) não visa a impugnar uma decisão, mas justamente a assegurá-la; b) não é utilizada antes da preclusão, mas, ao contrário, depois do trânsito em julgado da decisão que quer preservar; c) não se faz

[23] PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Configurada a hipótese de reclamação, estaria inviabilizado, necessariamente, o manejo do mandado de segurança? **Interesse público**: revista bimestral de direito público. v. 8 , n. 38, 2006, p. 127.

[24] A teoria dos poderes implícitos (*implied powers*) teve origem na escola clássica do constitucionalismo americano. Segundo tal teoria, sempre que se outorga um poder geral nele se inclui todo o poder necessário para efetivá-lo. Nas palavras de Paulo Bonavides, a teoria dos poderes implícitos "é, ao mesmo tempo, técnica que, partidos os laço de origem, e conseqüentemente emancipada de toda a servidão ideológica, pode, com a máxima eficácia, se constituir num instrumento interpretativo de toda Constituição, não importa o conteúdo material nem as premissas teóricas sobre as quais se repouse". BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., 2008, p. 475.

[25] MENDES, Gilmar Ferreira. A reclamação constitucional no Supremo Tribunal Federal. **Fórum Administrativo – Direito Público**. ano 9, n. 100 (jun.), Belo Horizonte, 2009, p. 94-111.

[26] DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. Cit., 2003, p. 09.

> na mesma relação processual, mas depois que esta encerrou; d) não objetiva reformar, invalidar, esclarecer ou integrar decisão, mas sim garantir a autoridade de uma decisão cujo conteúdo se quer justamente assegurar.[27]

Nessa esteira, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se sobre a divergência, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2.212-1/CE, afirmando que a reclamação constitucional deriva diretamente do direito de petição, refutando, desta forma, a sua possível natureza recursal e de ação. Veja-se:

> 1. A natureza jurídica da reclamação não é a de um recurso, de uma ação e nem de um incidente processual. Situa-se no âmbito do direito constitucional de petição previsto no art. 5º, inciso XXXIV da Constituição Federal. Em conseqüência, a sua adoção pelo Estado-membro, pela via legislativa local, não implica em invasão de competência privativa da União para legislar sobre direito processual (art. 22, I da CF).

Assim, a Suprema Corte esposou o posicionamento de que a reclamação seria decorrência do exercício do direito de petição, cuidando-se, portanto, de mera postulação para o cumprimento de uma decisão perante o próprio órgão que a proferiu. Em crítica a esta decisão, Fredie Didier Júnior afirma que o direito de petição também pode ser exercido na seara administrativa, o que não poderia ocorrer com a reclamação, face ao seu caráter jurisdicional, bem como não seria possível exigir-se capacidade postulatória para sua interposição, o que de fato ocorre.[28]

Em que pese o entendimento supramencionado, Gilmar Ferreira Mendes, em trabalho específico acerca do tema, atribuiu à reclamação a natureza de ação propriamente dita, defendendo sua tese em dois argumentos: a) é possível, através da reclamação, a provocação da jurisdição e a formulação de pedido de tutela jurisdicional; b) há em seu bojo uma lide a ser resolvida, passível de revestir-se pela imutabilidade inerente à coisa julgada.[29]

Pode-se afirmar, a despeito de autorizadas vozes da doutrina entenderem em sentido diverso, que a reclamação possui natureza de ação constitucional, definida nas hipóteses de competência originária do STF, no art. 102, inciso I, alínea f, da Constituição Federal. Isso porque não está prevista em lei federal como recurso, não se trata de renovação do exercício do direito de ação e muito menos exige a existência de sucumbência ou gravame à parte interessada, requisitos estes necessários para a definição de uma espécie recursal.[30]

---

[27] GRINOVER, Ada Pellegrine. Da reclamação. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 10, n. 38, 2002, p. 79.
[28] DIDIER JR., Fredie, CUNHA; Leonardo José Carneiro da. Op. Cit., 2008. p, 445.
[29] MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit., 2008, p. 96.
[30] DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da, Op. Cit., 2008, p. 442-443.

Igualmente, não é a reclamação manifestação do simples direito de petição, como pretende a Suprema Corte. Note-se que, aos Estados-membros, foi reconhecida a possibilidade de instituição da reclamação através de suas constituições, com o escopo de preservar a competência e garantir as decisões de seus respectivos tribunais. Por outro lado, tal interpretação implica a negativa dessa possibilidade para os Tribunais Regionais Federais, haja vista que estes tribunais submetem-se, no que se refere à sua competência, apenas à norma prevista no art. 108 da Constituição Federal, silente quanto à previsão da reclamação.[31] Ora, seria um contra-senso defini-la como exercício do direito de petição e ver afastada a possibilidade de sua interposição perante os Tribunais Regionais Federais. Restaria comprometida, nesse caso, a máxima efetividade do direito fundamental de petição. Sendo, portanto, a melhor definição de sua natureza aquela que a classifica como ação constitucional.

Entre outros motivos, a importância da definição da natureza jurídica da reclamação, segundo Flávio Henrique Unes Pereira, consiste na constatação de que sua utilização, seja como ação seja como expressão do direito de petição, não inviabiliza o manejo de mandado de segurança, pois não se aplicará a ela a Súmula 267 do STF, que dispõe que "não cabe mandando de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição". [32] Destarte, a simples possibilidade de interposição de reclamação constitucional não afasta a faculdade do titular de um direito líquido e certo valer-se do mandando de segurança para protegê-lo, de tal modo que, somente nessa linha de raciocínio, assegura-se a máxima efetividade a esse instrumento elevado à categoria de garantia constitucional.

Outrossim, mostra-se relevante a discussão para a definição do regramento geral aplicável ao instituto. Primeiramente, somente poderá ser disciplinada, além das disposições constitucionais existentes, por lei federal, eis que a ação constitui matéria de processo, cuja competência legislativa é privativa da União. Além disso, somente poderá ser proposta por quem possua capacidade postulatória, seguindo a regra das demais ações. Por fim, a decisão nela proferida poderá produzir coisa julgada material, não sendo mais possível a rediscussão da matéria, salvo mediante o ajuizamento da ação rescisória, observados os requisitos legais.[33]

4.1 Do objeto da reclamação constitucional e sua relevância jurídica e social

A reclamação constitucional perante a Suprema Corte, desde antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, busca atingir dois objetivos: a) resguardar a competência do

[31] Id. Ibid., 2008, p. 447.
[32] PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Op. Cit., 2006, p. 131.
[33] DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Op. Cit., 2008, p. 444.

Supremo Tribunal Federal; b) garantir o efetivo cumprimento de suas decisões. Constata-se que seu fundamento não é outro, senão resguardar dois princípios norteadores do direito processual, essenciais para a materialização do direito fundamental ao devido processo legal, a saber, o do juiz natural, previsto no art. 5º, XXXVII e LIII[34], e o da tutela jurisdicional efetiva.[35] Se a reclamação visa a tutelar princípios constitucionais e direitos fundamentais, pode-se afirmar que ela é uma garantia constitucional. Enquadra-se, desse modo, no conceito de garantias constitucionais exposto por José Afonso da Silva: "instituições, determinações e procedimentos mediante os quais a própria Constituição tutela a observância, ou, em caso de inobservância, a reintegração de direitos fundamentais".[36]

O princípio do juiz natural impõe a existência de um juiz competente, conforme regras abstratas previamente estabelecidas com o escopo último de garantir a imparcialidade e a independência dos magistrados.[37] Somente através da independência e da imparcialidade, a posição do Poder Judiciário, como guardião das liberdades e direitos individuais e, sobretudo, dos direitos fundamentais, pode ser preservada.[38] Sendo assim, a fixação prévia da competência e a sua observância são imprescindíveis para o resguardo da atuação jurisdicional e, conseqüentemente, da tutela dos direitos e da efetivação de suas garantias.

Há que se ressaltar que a Constituição Federal decorre do poder constituinte originário e legítimo é o poder constituinte do povo.[39] É, portanto, expressão da vontade e da soberania popular. Desta forma, as competências constitucionais só serão exercidas legitimamente enquanto observarem as regras e os limites impostos na própria Constituição. Resta evidente, desse modo, a importância da reclamação como mecanismo de proteção da atuação do Judiciário e da própria soberania popular.

No que concerne à efetividade do processo, em que pese não se encontrar de forma expressa na Constituição, trata-se de um direito fundamental. Note-se que a Constituição consagra o princípio do devido processo legal, cuja acepção não se restringe à mera

---

[34] Art. 5º, inciso XXXVII: "Não haverá juízo ou tribunal de exceção"; inciso LIII: "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente."

[35]DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000, p. 469.

[36] SILVA, José Afonso. Op. Cit., 2007, p. 188.

[37] Nelson Nery Junior define o conteúdo do princípio do juiz natural, da seguinte forma: "Exigência de *deteminabilidade*, consistente na prévia individualização dos juízes por meio de leis gerais, isto é, *a pré-constituição* do direito italiano (art 25, CF italiana); b) garantia de *justiça material* (independência e imparcialidade dos juízes); c) *fixação da competência*, vale dizer, o estabelecimento de critérios objetivos para a determinação da competência dos juízes; d) observância das determinações de procedimento referentes à *divisão funcional interna*, tal como ocorre com o *Geschäfstverteilungsplan* do direito alemão". (NERY Jr, Nelson. Op. Cit., 2004, p.104).

[38] GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 17 ed.: revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 162.

[39] DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 33.

regularidade formal do processo. Possui o devido processo legal um conteúdo complexo, tratando-se de uma cláusula geral e aberta, na qual se incluem todas as demais exigências para a configuração de um processo justo, dentre elas há a de ser o processo efetivo, apto a realizar o direito material vindicado.[40]

Ademais, torna-se sobremaneira imperiosa a obediência às regras de competência e a efetividade das decisões quando dizem respeito ao Supremo Tribunal Federal. Isso porque a Suprema Corte é o órgão de cúpula da estrutura judiciária, cabendo-lhe, precipuamente, a guarda da Constituição e o julgamento originário de causas consideradas pela Constituição de maior relevância em razão da matéria ou das pessoas.[41]

> Tem, desse modo, a reclamação, as funções de oferecer maior segurança jurídica à ordem jurídico-constitucional, notadamente no que tange à estrutura competencial das cortes maiores do Judiciário, traçada, direta ou indiretamente, pela Lei Magna, através de meio rápido e eficaz de preservá-la. Ainda, de reforçar as decisões desses órgãos com um instrumento de respaldo jurisdicional expedito e direto. E, finalmente, de preservar, desse modo – e ao menos em relação aos órgãos judiciários aos quais é cometida -, os referidos princípios do juiz e do promotor natural, e da eficácia da tutela jurisdicional.[42]

Ao tratar do objeto da reclamação, não se pode olvidar a inovação trazida com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, que instituiu as súmulas vinculantes. As súmulas vinculantes foram criadas com o objetivo de reduzir o número de processos judiciais e evitar que, em diferentes juízos ou tribunais, teses jurídicas idênticas recebam tratamento diversificado, em nome do princípio da isonomia. Possuem, portanto, o condão de vincular diretamente os órgãos judiciais e os órgãos da Administração Pública ao seu teor.

A Constituição passou, então, a prever, em seu art. 103-A, § 3º, a reclamação como forma de garantir a orientação do Supremo inscrita em súmula vinculante por parte dos órgãos judiciais e administrativos. A única inovação trazida em relação à reclamação para respeito à súmula vinculante consiste na sua interposição contra ato da Administração, uma vez que contra decisão judicial dotada de força vinculante já poderia ser maneja pela previsão genérica do art. 102, inciso I, alínea "l", da Carta de 1988.[43]

Dessa forma, ganha relevância a reclamação constitucional, pois sua existência vem conciliar a garantia do exercício da função jurisdicional de forma legitima e eficaz pelo Poder

[40] DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil:** Teoria geral do processo e processo de conhecimento. v.1. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 40
[41] GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Op. Cit. 2001, p. 180.
[42] DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Op. Cit., 2000, p. 469.
[43] MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. Op. Cit., 2009, p. 1013.

Judiciário com a realidade social, em que se constata o descumprimento de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e o desrespeito às normas de competências definidas pela Constituição.

4.2 Reflexão crítica acerca da existência da reclamação

Os efeitos do julgamento procedente da reclamação encontram-se na Lei 8.038/90, em seu artigo 17, bem como no regimento interno da Suprema Corte. Em caso de reclamação para preservação de competência, poderá o plenário ou turma do STF avocar o conhecimento do processo em que se verifique usurpação de sua competência ou ordenar que lhe sejam remetidos, com urgência, os autos do recurso para ele interposto, hipótese esta que se refere à usurpação de competência por omissão. Já quanto à reclamação interposta para garantia de autoridade de decisões, poderá ser cassada a decisão exorbitante de seu julgado, ou determinada medida adequada à observância de sua jurisdição.

Expostas as finalidades e os efeitos da reclamação, urge examinar a necessidade e a utilidade de sua existência no ordenamento jurídico brasileiro. A conceder tratar-se de instituto jurídico, em princípio, genuinamente brasileiro, sendo suas finalidades alcançadas por meios diversos nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, indaga-se se seus objetivos não poderiam ser alcançados de outra forma já prevista, sendo desnecessária a sua existência. [44]

Marcelo Navarro Dantas afirma que a invasão de competência do Supremo Tribunal Federal poderia ser resolvida com o manejo dos mecanismos processuais dos conflitos de competência e, tendo em vista a posição de preeminência do STF, apenas com avocação da causa. Conclui, então, que sob esse prisma não se justificaria a existência da reclamação.[45]

Posto isso, analise-se, então, a previsão da reclamação como instrumento de garantia da eficácia de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Acerca da temática, dispõe Leonardo Lins Morato:

> Considerando que a Constituição Federal conferiu que ao Poder Judiciário a função jurisdicional, para que exercesse de modo eficaz a fim de garantir a existência do nosso Estado, os atos desse poder deveriam ter força suficiente para, uma vez emitidos, alcançarem seus fins a que foram concebidos. Ou seja, as decisões judiciais deveriam ser auto-suficientes, bastantes.[46]

[44]Marcelo Navarro faz minuciosa análise no direito comparado sobre reclamação constitucional, demonstrando, por fim, a sua inexistência nos sistemas jurídicos americano, alemão, austríaco, espanhol, francês, italiano, português e comunitário. DANTAS, Marcelo Navarro. Op. Cit., 2000, p. 385-423.
[45] Id. Ibid., p. 491.
[46] MORATO, Leonardo Lins. A reclamação constitucional e a sua importância para o Estado Democrático de Direito. **Revista de direito constitucional e internacional**: Cadernos de direito constitucional e ciências política. v. 13 , n. 51, p. 171-187, 2005.

Nesse aspecto, a reclamação constituir-se-ia um paradoxo em nosso sistema jurídico, uma vez que ele determina a obrigatória observância das decisões judiciais, enquanto a reclamação possui, como pressuposto de sua existência, exatamente o descumprimento de decisões judiciais. Deve-se, contudo, não só observar a idealização de um sistema jurídico. É necessário conciliá-lo com a realidade em que lhe é posta, na qual, inevitavelmente, constata-se a sua falibilidade. Não fosse assim, seriam também inócuas as previsões de hipóteses de cabimento de recursos, pois os juízes não falhariam na aplicação do direito processual ou material, bem como da ação rescisória que pressupõe um erro grave ocorrido em um processo já findo.[47] É necessário, portanto, que o sistema jurídico também preveja mecanismos de proteção contra possíveis falhas na sua operacionalidade, de modo a afastar sua ineficiência.

Note-se que o problema não reside apena nas falhas encontradas no sistema jurídico pátrio no caso de insubmissão aos comandos judiciários. No ensinamento de Marcelo Navarro, "a mudança tem de ser na *mentalidade* das pessoas – aí incluídos, com destaque, os operadores jurídicos em geral e os juízes em particular – e dos grupos sociais, uma mudança, enfim, da sociedade".[48] Há também que se mudar o comportamento dos administradores, de forma que se respeite o princípio da separação dos poderes e a moralização do Poder Judiciário.

Para, enfim, restar demonstrada a necessidade de criação de um mecanismo para proteger a força das decisões judiciais, deve-se analisar se há, no atual ordenamento jurídico brasileiro, outro mecanismo previsto para o mesmo fim. Marcelo Navarro Dantas aponta a intervenção federal como meio alternativo para se impor o cumprimento das decisões judiciais, porém critica-a por sua lentidão e ineficácia.[49] Não apenas por isso não deve a intervenção para a defesa da ordem constitucional, autorizada pelo art. 34, inciso VI, da Constituição Federal, substituir a reclamação constitucional, mas por ser medida drástica que restringe a autonomia dos entes federativos, devendo apenas ser utilizadas em casos excepcionais.

Não se pode afirmar que não há o porquê da previsão da reclamação, uma vez que ela é fruto da criação jurisprudencial, que se desenvolveu, paulatinamente, diante da necessidade de o Supremo Tribunal Federal garantir o cumprimento de suas decisões e o respeito de sua competência. Ora, se o STF precisou, antes mesmo da criação da reclamação pelo regimento interno, valer-se dela para conseguir atingir tais objetivos e, ainda, a Constituição tendo

[47] Id. Ibid., p. 172.
[48] DANTAS, Marcelo Navarro. Op. Cit., 2000, p. 502.
[49] Id. Ibid., p. 498.

elegido-a como matéria de maior relevância, pela sua simples previsão em seu texto, não há como se negar a necessidade e utilidade desse instrumento.

Com efeito, não é a reclamação, em si, uma simples prova que o ordenamento jurídico brasileiro é falho. Ela é um meio eficaz de buscar a preservação de direitos fundamentais, o respeito às decisões da Suprema Corte e o resguardo da Constituição Federal.

5. CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais constituem o alicerce de todo o ordenamento jurídico por consubstanciarem valores supremos e indispensáveis para o homem e para a sociedade. Portanto, faz-se imperiosa a observância desses direitos, bem como a criação de mecanismos aptos a resguardá-los. No que concerne ao processo, o postulado fundamental que o tutela é o devido processo legal, porquanto nele se enquadram todos as exigências necessárias para a configuração de um processo substancialmente justo.

Nesse contexto, a reclamação constitucional surge como garantia do direito fundamental ao devido processo legal, uma vez que tem como escopo garantir a autoridade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e o respeito à sua competência, constitucionalmente definida. Percebe-se, assim, que seus objetivos constituem requisitos essências para se alcançar um processo devido e justo, haja vista que correspondem, respectivamente, ao princípio da efetividade e ao princípio do juiz natural.

Isto posto, resta demonstrado que a reclamação é importante instrumento de garantia da supremacia da Constituição Federal e da observância dos direitos fundamentais. Reside sua relevância na busca da conciliação entre o exercício da função jurisdicional de forma legítima e eficaz pelo Poder Judiciário com a realidade social, que demonstra a falibilidade do sistema legal através do descumprimento de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e o desrespeito às normas de competências definidas pela Carta Magna.

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil:** Teoria geral do processo e processo de conhecimento. v.1. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

DIDIER Jr., Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro Da. **Curso de Direito Processual Civil**: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. v. 3. 6 ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A reclamação no processo civil brasileiro. **Revista forense**. v. 99, n. 366, p. 09-15, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da reclamação. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 10, n. 38, p. 75-83, 2002.

_____. **Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil**. São Paulo: José Bushtsky, 1975.

_____; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. **Fundamentos constitucionais do processo**: sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. A reclamação constitucional no Supremo Tribunal Federal. **Fórum Administrativo – Direito Público**. ano 9, n. 100 (jun.), Belo Horizonte, 2009, p. 94-111.

_____. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORATO, Leonardo Lins. A reclamação constitucional e a sua importância para o Estado Democrático de Direito. **Revista de direito constitucional e internacional**: Cadernos de direito constitucional e ciências política. v. 13 , n. 51, 2005, p. 171-187.

NERY Jr, Nelson. **Princípio do Processo Civil na Constituição Federal**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Configurada a hipótese de reclamação, estaria inviabilizado, necessariamente, o manejo do mandado de segurança? **Interesse público**: revista bimestral de direito público. v. 8 , n. 38, 2006, p, 123-133.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

ALIMENTAÇÃO ADEQUADA COMO DIREITO FUNDAMENTAL: DESAFIOS PARA GARANTIR A EFETIVAÇÃO

DANIELA LIMA DE ALMEIDA*

RESUMO
O desenvolvimento deste trabalho diz respeito à problemática da efetivação do Direito Humano à Alimentação Adequada, enfatizando os desafios, os limites e as possibilidades para sua realização. Têm-se como objetivos: identificar conceitos e dimensões que demonstram a importância de uma visão transdisciplinar para garantir a concretização deste direito; mostrar a importância do tema para a realidade vivenciada pela população mundial e brasileira; e verificar a integração dos esforços entre governo e sociedade civil para a realização desse direito. Como resultado foi verificado a necessidade de: identificar a importância da inclusão desta discussão em programas educacionais relacionando os temas e a participação política; identificar instrumentos que potencializem o papel das políticas públicas orientadas conforme as realidades locais existentes; e intensificar a preocupação com a proteção e efetivação dos direitos declarados.

Palavras – chave: Direitos Humanos e Fundamentais, Alimentação Adequada.

ABSTRACT
The development of this work concerns the problem of the effectuation of the Human Right to Adequate Food, emphasizing the challenges, the limits and possibilities for its realization. The objectives are: identify concepts and dimensions that demonstrate the importance of a transdisciplinary vision to ensure the realization of this right, show the importance of the theme to the reality experienced by the population in Brazil and to verify the integration of efforts between government and civil society for the realization of this right. As a result it was verified the need to: identify the importance of including this discussion in educational programs relating themes and political participation; identify tools that enhance the role of public policies according existing local realities, and increase preoccupation for the protection and realization of the declared rights.

Keywords: Human Rights and Fundamental, Adequate Food.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo traz em seu conteúdo uma discussão atual e relevante no que se refere a um direito básico inerente a todo ser humano, o direito à alimentação, requisito para efetivação do direito à vida.

O objetivo geral deste trabalho é realizar uma discussão acerca do tema alimentação adequada como direito fundamental e os desafios para sua efetivação. Além disso, têm-se como objetivos específicos: identificar conceitos e dimensões que demonstram a importância de uma visão transdisciplinar para garantir a concretização deste direito; mostrar a importância do tema para a realidade vivenciada pela população mundial e brasileira; e

* Aluna da Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

verificar a integração dos esforços entre governo e sociedade civil para a realização do direito à alimentação adequada.

Foram utilizadas as seguintes etapas fundamentais para o desenvolvimento da pesquisa: escolha do tema; levantamento bibliográfico preliminar; elaboração do plano provisório do assunto; busca das fontes; leitura do material; organização lógica do assunto; e redação do texto.

No dia 05 de fevereiro de 2010 foi publicada no Diário Oficial da União a promulgação da Emenda Constitucional n° 64, que inclui a alimentação entre os direitos sociais, fixados no artigo 6º da Constituição Federal. Esta inclusão ocorreu após longa campanha da sociedade civil, que luta para que programas de alimentação adequada se tornem políticas do Estado e não estratégias de governo.

Dentre as ações da campanha intitulada *Alimentação: direito de todos* foi lançado em 2009 o documentário chamado *Garapa*, do diretor José Padilha, que trata sobre a questão da fome no Brasil, sob o ponto de vista de três famílias cearenses que convivem com este problema.

É possível destacar com a realização deste trabalho que a efetivação do direito à alimentação, recentemente positivado na Constituição Federal de 1988 como Direito Fundamental, exige, em todos os níveis, um olhar transdisciplinar, pois perpassa a adoção de políticas e estratégias sustentáveis de produção, distribuição, acesso e consumo de alimentos seguros e de qualidade, com promoção da saúde e da alimentação saudável. A importância da discussão a respeito deste tema é pela permanência histórica da problemática. Nesse sentido, o espectro da pobreza tem sido uma presença constante na história da humanidade. Um quarto da população mundial (1,3 bilhão de pessoas) vive em pobreza extrema e cerca de 800 milhões não têm alimento suficiente, além de 500 milhões sofrerem de desnutrição crônica[1].

Josué de Castro, ex-presidente do Conselho da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura (FAO), afirmou que "*no Brasil ninguém dorme por causa da fome. Metade porque está com fome e a outra metade porque tem medo de quem tem fome*"[2].

O Brasil é um dos maiores exportadores de alimentos, e é também a décima maior economia do mundo. Apesar disso, milhões de brasileiros ainda sofrem de fome e desnutrição[3].

---

[1] CIMADAMORE, Alberto, DEAN, Hartley, SIQUEIRA, Jorge (orgs). **A pobreza do Estado**: reconsiderando o papel do Estado na luta contra a pobreza global. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales: CLACSO, 2006.

[2] CASTRO, Josué. **Geografia da fome:** o dilema brasileiro: pão ou aço. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

Estes dados nos remetem a uma reflexão feita pelo poeta e dramaturgo abaixo citado. Seu poema traz argumentos que inquietam e questionam o posicionamento social a respeito da temática.

> Quem se defende porque lhe tiram o ar
> Ao lhe apertar a garganta, para este há um parágrafo
> Que diz: ele agiu em legítima defesa. Mas
> O mesmo parágrafo silencia quando você se defende porque lhes tiram o pão.
> E, no entanto, morre quem não come, e quem não come
> o suficiente
> Morre lentamente. Durante os anos todos em que morre
> Não lhe é permitido se defender.
>
> *Bertolt Brecht (1898-1956)*

2 OS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

Os Direitos Humanos são aqueles que os seres humanos possuem pelo fato de serem parte da espécie humana e são inerentes à própria existência. São direitos inalienáveis e independem de legislação nacional, estadual ou municipal específica. Asseguram às pessoas o direito de levar uma vida digna, objetivando a harmonia e o bem estar. A definição de Direitos Humanos está em constante construção, pois esses direitos foram conquistados a partir de lutas históricas e, por essa razão, correspondem a valores que mudam com o tempo. Eles avançam à medida que avança a humanidade, de acordo com os conhecimentos construídos e com a organização da sociedade e do Estado.

Pode-se fazer uma distinção entre Direitos Humanos e direitos fundamentais[4]. Os direitos fundamentais são os Direitos Humanos reconhecidos como tal pelas autoridades, às quais se atribui o poder político de editar normas; são os Direitos Humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais. Ele exerce também uma função pedagógica, no sentido de fazer prevalecer os grandes valores éticos, os quais, sem esse reconhecimento oficial, tardariam a se impor na vida coletiva. O reconhecimento oficial dos Direitos Humanos pelo ordenamento jurídico dá mais segurança às relações sociais.

Uma característica essencial dos Direitos Humanos consiste no fato de valerem contra o Estado. Para além da organização estatal, os Direitos Humanos se fundamentam em última instância na consciência ética coletiva, a convicção largamente estabelecida na comunidade

[3] VALENTE, Flávio Luiz Schieck. **Direito humano à alimentação**: desafios e conquistas. São Paulo: Cortez, 2002.
[4] COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

de que a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstância, mesmo que ainda não reconhecidos no ordenamento estatal.[5]

É nesse entendimento que Bobbio afirma que os direitos positivos universais representam "os direitos do cidadão daquela cidade que não tem fronteiras, porque compreende toda a humanidade, ou em outras palavras, (...) os direitos do homem enquanto cidadão do mundo"[6]. É também nesse sentido que alguns autores consideram o sistema internacional de Direitos Humanos como uma espécie de Direito Constitucional Internacional.

Todos os Estados têm a responsabilidade primordial de criar condições nacionais e internacionais favoráveis à realização do direito ao desenvolvimento[7]. Devendo os Estados, no plano nacional, tomar as medidas necessárias à realização desse direito, assegurando, notadamente, a igualdade de oportunidades, para todos, no acesso aos recursos básicos, à educação, aos serviços de saúde, à alimentação, ao emprego e a uma justa distribuição de renda.

No Brasil, para que os tratados, acordos e convenções internacionais que versem sobre Direitos Humanos sejam incorporados ao ordenamento interno, é necessária prévia aprovação do Poder Legislativo, de acordo com o artigo 5°, §3° da Constituição Federal vigente. A partir da publicação, passa o tratado a integrar o acervo normativo nacional, habilitando-se ao cumprimento por particulares e governantes, e à garantia de vigência pelo Poder Judiciário.

Percebe-se então que a proteção dos Direitos Humanos não deve se limitar ao domínio reservado do Estado, isto é, não deve se restringir à competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica exclusiva, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Assim, cristaliza-se a idéia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de direito.

3 O DIREITO À ALIMENTAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

O direito de se alimentar suficientemente faz parte do núcleo essencial dos Direitos Humanos, pois representa mera extensão do direito à vida. É vergonhoso, nessas condições, que uma parcela crescente da humanidade, segundo o reconhecimento unânime das mais variadas instituições internacionais, sofra permanentemente de fome[8].

[5] Id. Ibid., 2001.
[6] BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro, Campus, 1992, p. 30.
[7] COMPARATO, Fábio Konder. op. cit., 2001.
[8] Id. Ibid., 2001.

Ademais, a defesa do Direito Humano à Alimentação Adequada e sua positivação na legislação nacional, é uma resposta à fome, que é uma das maiores crises até hoje enfrentadas pela humanidade. O desenvolvimento jurídico da alimentação como direito humano fundamental tem se apresentado em contínua progressão no Brasil, e o reflexo disso foi a aprovação da Emenda Constitucional n° 64, que acrescenta a alimentação como direito fundamental, constando no artigo 6° junto com outros direitos sociais:

> EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 64, DE 4 DE FEVEREIRO DE 2010 – DOU DE 05/02/2010
> Altera o art. 6º da Constituição Federal, para introduzir a alimentação como direito social.
> As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:
> Art. 1º O art. 6º da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:
> "Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição." (NR)
> Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.
> Brasília, em 4 de fevereiro de 2010.
> Mesa da Câmara dos Deputados
> Mesa do Senado Federal

A campanha nacional intitulada *Alimentação: direito de todos,* que objetivava a inclusão da alimentação como direito fundamental na Constituição Federal de 1988, foi liderada pelo Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (Consea), e teve a participação de entidades civis, movimentos sociais, órgãos públicos e privados, organizações não governamentais e cidadãos de todo o país.

Além desta recente alteração, temos na Constituição Federal[9] o termo "alimentação" nos seguintes dispositivos:

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;
>
> Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: VII - atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.
>
> Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na

[9] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União [da República Federativa do Brasil], Brasília.

> manutenção e desenvolvimento do ensino. § 4º - Os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde previstos no art. 208, VII, serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários.
>
> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A positivação do tema alimentação nos artigos acima citados reflete a preocupação do legislador constituinte com a problemática aqui abordada. Verifica-se que não houve intenção de excluir o direito à alimentação da Carta Magna, ele apenas não estava explícito como direito fundamental, mas, realizando uma interpretação sistemática, a identificação deste direito fica claramente exposta.

4 DISPOSIÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS QUE ABRANGEM O DIREITO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA

O direito à alimentação é parte dos direitos fundamentais da humanidade, que foram definidos no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, do qual o Brasil é signatário desde 1991. Esses direitos referem-se a um conjunto de condições necessárias e essenciais para que todos os seres humanos, de forma igualitária e sem nenhum tipo de discriminação, existam, desenvolvam suas capacidades e participem plenamente e dignamente da vida em sociedade. "*O conceito de Direito Humano à Alimentação Adequada é holístico e incorpora os componentes nutricionais, culturais, fisiológicos, familiares, comunitários, espirituais e religiosos do ato de alimentar*"[10].

Em 2002, o Relator Especial da ONU para o direito à alimentação definiu o Direito Humano à Alimentação Adequada da seguinte forma:

> O direito à alimentação adequada é um direito humano inerente a todas as pessoas de ter acesso regular, permanente e irrestrito, quer diretamente ou por meio de aquisições financeiras, a alimentos seguros e saudáveis, em quantidade e qualidade adequadas e suficientes, correspondentes às tradições culturais do seu povo e que garanta uma vida livre do medo, digna e plena nas dimensões física e mental, individual e coletiva.

[10] CONSEA, **Princípios e Diretrizes de uma Política de Segurança Alimentar e Nutricional**. Textos de Referência da II Conferência Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. Brasília: CONSEA, 2004.

Torna-se fundamental afirmar o acesso à alimentação como um direito em si mesmo, que não pode ser negado sem negar a primeira condição para a cidadania, que é a própria vida. É indispensável a convicção de que a alimentação constitui-se no próprio direito à vida. E, por isso, sobrepõe-se a qualquer outra razão de ordem econômica ou política que possa justificar sua negação. A preocupação mundial com a questão da alimentação pode ser verificada a partir de algumas disposições sobre Direitos Humanos que abrangem o Direito Humano à Alimentação Adequada:

Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948)

> Artigo XI - Toda pessoa tem direito a que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, vestuário, habitação e cuidados médicos correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e da coletividade.

Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)

> Artigo XXV
> 1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.
> 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)

> Artigo 11 - §1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.
> §2. Os Estados-partes no presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome, adotarão, individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessários para:
> 1. Melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais.
> 2. Assegurar uma repartição eqüitativa dos recursos alimentícios mundiais em relação às necessidades, levando-se em conta os problemas tanto dos países importadores quanto dos exportadores de gêneros alimentícios.

Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979)

> Artigo 12 - §1º Os Estados Partes adotarão todas as medidas adequadas para eliminar a discriminação contra as mulheres na esfera dos cuidados com a saúde, com vistas a assegurar-lhes, em condições de igualdade entre homens e mulheres, o acesso aos serviços médicos, inclusive os relativos ao planejamento familiar.
> §2º Inobstante o disposto no parágrafo 1 deste artigo, os Estados Partes garantirão às mulheres assistência apropriada, e se necessário gratuita, durante a gravidez, o parto e o período posterior ao parto, e assegurarão a ela uma nutrição condizente durante a gravidez e o aleitamento.

Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos na Área de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988) – "Protocolo de São Salvador"

> Artigo 12 - Direito à Alimentação
> 1 - Toda pessoa tem direito a nutrição adequada, que lhe assegure a possibilidade de gozar do mais alto nível de desenvolvimento físico, emocional e intelectual.
> 2 - A fim de tornar efetivo esse direito e de eliminar a desnutrição, os Estados-partes comprometem-se a aperfeiçoar os métodos de produção, abastecimento e distribuição de alimentos, para o que se comprometem a promover maior cooperação internacional com vistas a apoiar as políticas nacionais referentes à matéria.

Convenção sobre os Direitos da Criança (1989)

> Artigo 24 - 1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança de gozar do melhor padrão possível de saúde e dos serviços destinados ao tratamento das doenças e à recuperação da saúde. Os Estados Partes envidarão esforços no sentido de assegurar que nenhuma criança se veja privada de seu direito de usufruir desses serviços sanitários.
> 2. Os Estados Partes garantirão a plena aplicação desse direito e, em especial, adotarão as medidas apropriadas com vistas a:
> a) reduzir a mortalidade infantil;
> b) assegurar a prestação de assistência médica e cuidados sanitários necessários a todas as crianças, dando ênfase aos cuidados básicos de saúde;
> c) combater as doenças e a desnutrição dentro do contexto dos cuidados básicos de saúde mediante, inter alia, a aplicação de tecnologia disponível e o fornecimento de alimentos nutritivos e de água potável, tendo em vista os perigos e riscos da poluição ambiental;
> d) assegurar às mães adequada assistência pré-natal e pós-natal;
> e) assegurar que todos os setores da sociedade, e em especial os pais e as crianças, conheçam os princípios básicos de saúde e nutrição das crianças, as vantagens da amamentação, da higiene e do saneamento ambiental e das medidas de prevenção de acidentes, e tenham acesso à educação pertinente e recebam apoio para a aplicação desses conhecimentos;
> 3. Os Estados Partes adotarão todas as medidas eficazes e adequadas para abolir práticas tradicionais que sejam prejudicais à saúde da criança.(...)
> Artigo 27 - 1. Os Estados Partes reconhecem o direito de toda criança a um nível de vida adequado ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social.
> 2. Cabe aos pais, ou a outras pessoas encarregadas, a responsabilidade primordial de propiciar, de acordo com suas possibilidades e meios financeiros, as condições de vida necessárias ao desenvolvimento da criança.

> 3. Os Estados Partes, de acordo com as condições nacionais e dentro de suas possibilidades, adotarão medidas apropriadas a fim de ajudar os pais e outras pessoas responsáveis pela criança a tornar efetivo esse direito e, caso necessário, proporcionarão assistência material e programas de apoio, especialmente no que diz respeito à nutrição, ao vestuário e à habitação.(...)

Carta Africana sobre os Direitos e o Bem Estar da Criança (1990)

> Artigo 14 - Saúde e os Serviços de Saúde (...)
> 2. Os Estados Partes na presente Carta, assegurarão a realização integral deste direito e, em especial, adotarão medidas apropriadas por forma a:
> (a) reduzir o índice de mortalidade infantil e de crianças; (...)
> (c) assegurar o aproveitamento de alimentos nutritivos e o acesso a água potável;
> (d) lutar contra a doença e a má nutrição, no quadro dos cuidados primários de saúde, mediante entre outras coisas, utilização de tecnologias apropriadas e disponíveis; (...)
> (h) assegurar que todos os setores da sociedade e, em particular, os pais, as crianças, os líderes comunitários e os trabalhadores comunitários conheçam e suportem os princípios básicos de saúde e nutrição, as vantagens do aleitamento materno, higiene a do saneamento do meio ambiente, bem como das medidas de prevenção de acidentes domésticos e outros;(...)

Existe ainda a *Declaração do Cairo sobre Direitos Humanos no Islã* (1990), que no artigo 3º determina o direito dos prisioneiros de serem alimentados, no artigo 7º o direito da criança ao aleitamento materno adequado, e no artigo 17 o direito do indivíduo a um meio de vida decente (...) inclusive alimentação. O *Protocolo à Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos no que se refere aos Direitos da Mulher na África* (2003), no artigo 15 refere-se ao direito à segurança alimentar, aos direitos da mulher à água potável, a fontes de combustível doméstico, à terra e aos meios para produzir e armazenar alimentos para garantir a segurança alimentar. Dessa forma, cabe aos Estados obedecerem à legislação sobre Direitos Humanos, garantindo o respeito, a proteção, a promoção e o provimento dos mesmos. Os Estados devem assegurar que todas as pessoas possam exercer livremente o seu Direito Humano à Alimentação Adequada.

5 LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

5.1 Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional (Lei n° 11.346/06)

O conceito de Segurança Alimentar e Nutricional (SAN), assim como o conceito de Direitos Humanos, está em construção e se modifica na medida em que avança a história da humanidade e alteram-se a organização social e as relações de poder em uma sociedade.

O termo *segurança alimentar* surge no final da Primeira Guerra Mundial como decorrência da preocupação acerca da dominação de um país sobre o outro, caso obtivesse o controle sobre o fornecimento de alimentos. Tratava-se, portanto, de uma questão de

segurança nacional que abrangia todos os países e apontava para a exigência de formação de estoques estratégicos de alimentos, fortalecendo a visão que estabelecia a necessidade de busca de auto-suficiência por cada país[11].

No final dos anos 80 e início dos anos 90, o conceito de segurança alimentar passou a incorporar a noção de acesso a alimentos seguros não contaminados biológica ou quimicamente; de qualidade nutricional, biológica, sanitária e tecnológica, produzidos de forma sustentável, equilibrada e culturalmente aceitável e, também, incorporando a idéia de acesso à informação[12]. Essa visão foi consolidada nas declarações da Conferência Internacional de Nutrição, realizada em Roma, em 1992, pela Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO) e pela Organização Mundial da Saúde (OMS). Agrega-se definitivamente o aspecto nutricional e sanitário ao conceito, que passa por isso a ser denominado *Segurança Alimentar e Nutricional*.

A Cúpula Mundial da Alimentação, de Roma (1996), organizada pela FAO, associou definitivamente o papel fundamental do Direito Humano à Alimentação Adequada à garantia da Segurança Alimentar e Nutricional. Ocorre em nível internacional e nacional a evolução conceitual do termo e caracteriza-se como um processo contínuo que acompanha as diferentes necessidades de cada povo e de cada época. No Brasil, o conceito vem sendo debatido há pelo menos 20 anos e da mesma forma sofre alterações.

Foi proposto em 1986, na I Conferência Nacional de Alimentação e Nutrição e consolidado na I Conferência Nacional de Segurança Alimentar, em 1994, o entendimento de segurança alimentar como sendo:

> (...) a garantia, a todos, de condições de acesso a alimentos básicos de qualidade, em quantidade suficiente, de modo permanente e sem comprometer o acesso a outras necessidades básicas, com base em práticas alimentares que possibilitem a saudável reprodução do organismo humano, contribuindo, assim, para uma existência digna.

Observam-se neste conceito duas dimensões bem definidas: a alimentar e a nutricional. A primeira se refere aos processos de disponibilidade (produção, comercialização e acesso ao alimento) e a segunda seria a dimensão nutricional, que diz respeito mais diretamente à escolha, ao preparo e consumo alimentar e sua relação com a saúde e a utilização biológica do alimento. Essas dimensões foram também incorporadas por ocasião da

[11] SILVA, Valquiria da, AMARAL, Ana Maria Pereira. **Segurança alimentar, comércio internacional e segurança sanitária**. Revista Informações Econômicas. v. 34, n. 6, São Paulo: junho, 2004.
[12] VALENTE, Flávio Luiz Schieck. op. cit.,, 2002.

II Conferência Nacional de SAN realizada em Olinda-PE, em março de 2004, que trouxe o conceito que até hoje é adotado no Brasil:

> A Segurança Alimentar e Nutricional consiste na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que seja ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentável.

Em 2006 entrou em vigor a Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional (LOSAN), que representa um grande avanço para a exigibilidade do direito à alimentação, através de mecanismos estatais. A sociedade civil brasileira, desde a década de noventa, apontava a importância da adoção de uma lei que dispusesse sobre a temática, como estratégia fundamental para a realização desse direito. Essa lei seria uma base, a partir de onde derivam de forma coerente, outras leis, políticas públicas, decisões e ações públicas relativas à Segurança Alimentar e Nutricional.

A Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional instituiu um sistema nacional norteado pelos princípios da universalidade, participação social, intersetorialidade e eqüidade. O sistema deve programar modos de produzir, abastecer, comercializar e consumir alimentos que sejam sustentáveis do ponto de vista sócio-econômico e ambiental, respeitem a diversidade cultural, promovam a saúde e garantam o direito humano à alimentação adequada.

5.2 Decreto n° 7.037, de 21 de dezembro de 2009

O Programa Nacional de Direitos Humanos 3 (PNDH-3) [13] foi sistematizado após a realização de 27 conferências em 20 Estados do Brasil, com diferentes segmentos representativos da sociedade civil. As conclusões desses encontros, exaustivamente discutidas, foram levadas à 11ª Conferência Nacional de Direitos Humanos em Brasília, em dezembro de 2008. O conjunto dessas propostas apresenta destaque a situações específicas dos grupos mais vulneráveis na sociedade, como crianças e adolescentes, deficientes físicos, idosos, indígenas, trabalhadores rurais, migrantes, negros e as demais vítimas de preconceitos por orientação sexual ou condição social.

A edição do PNDH-3 como documento indispensável para o processo de afirmação e consolidação da democracia brasileira é apoiado pela Associação Nacional de Direitos

[13] PROGRAMA Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3) /Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. ed. rev. Brasília: SEDH/PR, 2010.

Humanos – Pesquisa e Pós Graduação (ANDHEP). De um modo geral o PNDH-3 tem sido visto pelas organizações de Direitos Humanos da sociedade civil como uma oportunidade histórica para o aprofundamento do trabalho em torno das questões de Direitos Humanos que afetam a sociedade brasileira. Entende-se que o Plano é importante como uma diretriz democrática que pode servir de guia para o país, levando em consideração premissas normativas extraídas da ordem internacional. Assim, o PNDH-3 deve orientar um conjunto de mudanças jurídicas e sociais, que possam multiplicar as condições de avanço da cultura dos Direitos Humanos no Brasil.

O acesso à alimentação adequada por meio de políticas estruturantes está afirmado no PNDH-3 como objetivo estratégico II, constante no eixo orientador III que é intitulado: *universalizar direitos em um contexto de desigualdades*. As ações programáticas que visam atingir esse objetivo são: a) ampliar o acesso aos alimentos por meio de programas e ações de geração e transferência de renda, com ênfase na participação das mulheres como potenciais beneficiárias; b) vincular programas de transferência de renda à garantia da segurança alimentar da criança, por meio do acompanhamento da saúde e nutrição e do estímulo de hábitos alimentares saudáveis, com o objetivo de erradicar a desnutrição infantil; c) fortalecer a agricultura familiar e camponesa no desenvolvimento de ações específicas que promovam a geração de renda no campo e o aumento da produção de alimentos agroecológicos para o autoconsumo e para o mercado local; d) ampliar o abastecimento alimentar, com maior autonomia e fortalecimento da economia local, associado a programas de informação, de educação alimentar, de capacitação, de geração de ocupações produtivas, de agricultura familiar camponesa e de agricultura urbana; e) promover a implantação de equipamentos públicos de segurança alimentar e nutricional, com vistas a ampliar o acesso à alimentação saudável de baixo custo, valorizar as culturas alimentares regionais, estimular o aproveitamento integral dos alimentos, evitar o desperdício e contribuir com a recuperação social e de saúde da sociedade; f) garantir que os hábitos e contextos regionais sejam incorporados nos modelos de segurança alimentar como fatores da produção sustentável de alimentos; e g) realizar pesquisas científicas que promovam ganhos de produtividade na agricultura familiar e assegurar estoques reguladores.

6 ALIMENTAÇÃO ADEQUADA E INSEGURANÇA ALIMENTAR NO BRASIL

Um estudo desenvolvido pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), baseado na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) sobre Segurança

Alimentar, que trouxe dados de 2004, e foi publicada em 2006, revelou que cerca de 72 milhões de brasileiros - aproximadamente 40% da população – vive com algum grau de insegurança alimentar. Isso quer dizer que dois em cada cinco brasileiros não têm garantido o acesso à alimentação em qualidade, quantidade e regularidade necessárias. Destes, 14 milhões, ou seja, 7,7% da população, vive em estado de insegurança alimentar grave, mostrando que famílias inteiras passam fome ou convivem, de forma rotineira, com o medo da fome. Ainda de acordo com a pesquisa, crianças, negros e moradores da região Norte e Nordeste são os que mais sofrem com restrições na alimentação[14].

A região Nordeste é a que apresenta o perfil mais preocupante de insegurança alimentar. Aproximadamente 60% da população nordestina não tem garantia de acesso à alimentação em quantidade e regularidade suficiente. Mais da metade dos 14 milhões de brasileiros considerados em situação de insegurança alimentar grave vive nessa região[15].

No Brasil, os problemas de saúde decorrentes da realização de uma dieta qualitativamente inadequada são muito graves e podem ser comparados com os problemas decorrentes da falta absoluta de acesso aos alimentos. A questão da qualidade dos alimentos e da dieta alimentar é especialmente importante, implicando que todos os cidadãos consumam alimentos seguros que satisfaçam suas necessidades nutricionais, seus hábitos e práticas alimentares culturalmente construídas, promovendo sua saúde.

A ONU explica o termo alimentação adequada, afirmando que:

> O alimento é adequado quando satisfaz às necessidades alimentares, durante todo o ciclo da vida, levando em conta necessidades relacionadas a gênero, ocupação e cultura e que não contenha substâncias adversas acima do estabelecido por legislação, tenha frescor, sabor, aparência, palatabilidade e aceitabilidade cultural.

Complementando, o Ministério da Saúde adotou o seguinte conceito:

> Uma alimentação saudável é aquela que atende às necessidades nutricionais e as características de cada fase do curso da vida, é acessível física e financeiramente a todos, e saborosa, variada, colorida, harmônica e segura do ponto de vista sanitário e que respeita a cultura alimentar da população.

[14] **Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicilios** (PNAD/IBGE) 2006. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br > Acesso em: 20 Dez. 2009.

[15] WEISSHEIMER, Marco Aurélio. **Bolsa Família**: avanços, limites e possibilidades do programa que está transformando a vida de milhões de famílias no Brasil. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2006.

7 DESAFIOS PARA GARANTIR A EFETIVAÇÃO DA ALIMENTAÇÃO ADEQUADA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Os desafios para a efetivação do direito à alimentação adequada apontam problemas enfrentados pela sociedade e pelos órgãos públicos, e também possibilidades na obtenção de resultados positivos, principalmente com a interação de órgãos e instituições na concretização de objetivos comuns.

O conceito de alimentação adequada ainda não é conhecido por todos como parte dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, passível de reclamação. E muito menos o não cumprimento da obrigação de alimentos da parte do Estado constitui um delito, pois o direito à alimentação é imprescritível, irrenunciável, impenhorável e não pode ser objeto de compensação.

Do ponto de vista dos portadores de obrigações, muitos obstáculos e desafios podem ser identificados. Um deles é a falta de informação sobre suas obrigações e sobre Direitos Humanos, pois muitos servidores públicos, e mesmo os gestores públicos, não têm informações sobre suas obrigações enquanto agentes do Estado.

A fome de milhões de seres humanos não poderá ser superada enquanto se considerar que o funcionamento dos mercados e dos intercâmbios internacionais por si só pode resolver esse problema. É absolutamente essencial a aplicação de políticas complementares de desenvolvimento que diminuam as incertezas e assegurem a satisfação das necessidades alimentares de todos[16].

Estratégias de intervenção para promover segurança alimentar, particularmente aquelas envolvendo a doação de alimentos, são sujeitas aos questionamentos pela evidência de que oligarquias tradicionais no poder podem se apropriar desses programas a fim de manter o *status quo*. Isso é particularmente verdadeiro nas áreas onde os Direitos Humanos e as necessidades básicas estão longe de ser respeitados e os cidadãos não estão cientes de seus direitos. Como exemplo, uma análise das tendências nos gastos federais com educação no Brasil (que incluiu o programa de alimentação escolar) revelou que a variável "Estado de onde o ministro veio" era a que poderia melhor explicar o padrão de alocação de recursos durante um período de 15 anos[17].

[16] CHONCHOL, Jacques. A soberania alimentar. Estud. av. , São Paulo, v. 9, n. 55, 2005. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103401420050003000003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 29 Dez 2007.

[17] SANTOS, Leonor Maria Pacheco, et all. Avaliação de políticas públicas de segurança alimentar e combate à fome no período 1995-2002. **Caderno de Saúde Pública**. v. 23. n. 5. Rio de Janeiro: Nov, 2007.

A legislação brasileira, precipuamente à Carta Magna, criou e manteve instrumentos judiciais que permitem à população exigir do Estado atenção aos seus Direitos Humanos. Apesar disso, os níveis obrigacionais não têm sido atendidos. Exigibilidade é a possibilidade de exigir o respeito, a proteção, a promoção e o provimento de direitos, perante os órgãos públicos competentes (administrativos, políticos ou jurisdicionais), para prevenir as violações a esses direitos ou repará-las. Além disso, no conceito de exigibilidade está incluído, além do direito de reclamar, o direito de ter uma resposta e ação em tempo oportuno para a reparação da violação por parte do poder público[18].

Um dos mecanismos internacionais criados para monitorar a realização do direito à alimentação nos diferentes países foi a Relatoria sobre o Direito à Alimentação, instituída no ano 2000, em sessão anual da Comissão de Direitos Humanos da ONU. Seu objetivo é coletar e disseminar informação sobre todos os aspectos vinculados à realização do direito à alimentação.

Como início de solução para o problema da inefetividade das declarações sobre o direito dos povos a não morrer de fome, poder-se-ia pensar em atribuir à FAO, em conjugação com a Organização Mundial de Saúde, um poder de intervenção efetiva. À FAO e à OMS caberia, assim, o poder de identificar, em comunicação ao Secretário-Geral das Nações Unidas ou ao Conselho Econômico e Social, as populações assoladas pela fome, bem como indicar a existência de gêneros alimentícios não utilizados no território do Estado onde se encontram essas populações, ou em outros Estados-Partes do presente Pacto. O Secretário Geral da ONU, uma vez recebida essa comunicação, teria o poder de requisitar essas reservas alimentares, comunicando ao Conselho Econômico e Social a eventual recusa, pelo Estado em cujo território elas se acham, de dar segmento à requisição[19].

No plano nacional, o Ministério Público vem desempenhando importante papel na promoção desse direito, por sua prerrogativa de instaurar processos de inquérito civil público, por meio dos quais reúne informação e investiga possíveis irregularidades ou violações de direitos, emitindo recomendações ao poder público.

A ação civil pública é um instrumento jurídico previsto na Constituição Federal que pode ser usado para garantir o direito à alimentação. Essa ação, que pode ser solicitada por um estado da Federação, por um município, por uma organização não-governamental ou por empresa pública, prevê mecanismos de reparação do dano, podendo obrigar o Estado a

[18] ABRANDH, Ação Brasileira pela Nutrição e Direitos Humanos. **Curso formação em direito humano à alimentação adequada**: no contexto da segurança alimentar e nutricional. s.n.t. 2007.
19 COMPARATO, Fábio Konder. op. cit., 2001.

implementar determinado programa ou serviço para garantir o Direito Humano à Alimentação.

Um órgão importante nesse contexto é o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH) que foi instituído pela Lei nº 4319 de 16 de março de 1964 e hoje integra a Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH) tendo por finalidade "*a promoção e defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana em todo o país, zelando pela aplicação das normas que os asseguram, apurando as ocorrências de graves violações a esses direitos e as subseqüentes providências para a sua coibição e reparação*". Conforme dispõe o artigo 1º da referida lei, o CDDPH deve realizar ações, inquéritos, investigações e estudos relacionados aos direitos da pessoa humana previstos nos instrumentos de Direitos Humanos.

Como exemplos de organizações da sociedade civil que se relacionam diretamente com ações pela efetivação do direito à alimentação adequada têm-se: o Comitê Nacional de Implementação do Direito Humano à Alimentação Adequada – COMIDhA, que desenvolve trabalhos nas áreas de SAN e Direitos Humanos no Brasil; a Ação Brasileira pela Nutrição e Direitos Humanos (ABRANDH); a FIAN - Rede de Informação e Ação pelo Direito a se Alimentar; o INESC - Instituto de Estudos Socioeconômicos e o FENDH - Fórum de Entidades Nacionais de Direitos Humanos.

Já o Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (Consea) é um instrumento de articulação entre governo e sociedade civil na proposição de diretrizes para as ações na área da alimentação e nutrição. Foi instalado em 30 de janeiro de 2003 e tem caráter consultivo. O Consea estimula a participação da sociedade na formulação, execução e acompanhamento de políticas de segurança alimentar e nutricional. É formado por representantes da sociedade civil, ministros de Estado e representantes do Governo Federal, além de observadores convidados.

O combate à fome sempre se dividiu entre a doação de comida e aqueles que seguem o ditado de que "não basta dar o peixe, é preciso ensinar a pescar". Ambos são importantes, já que existem pessoas que podem morrer de fome agora, e não podem esperar. Mas essas pessoas também precisam se sustentar por conta própria, sem depender para sempre de doações e filantropia[20]. Não devemos desprezar o valor de doações e da solidariedade entre as pessoas, mas, para combater a fome e a miséria, é preciso criar condições para que as famílias tenham trabalho, renda, educação e lazer, entre outras necessidades básicas.

[20] BABETTE, Mendoza, et all**. Módulo III**: Direito à vida, direito à saúde e direito à alimentação adequada. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2008.

Outro componente importante é o direito do consumidor a informações corretas sobre a composição e validade dos alimentos, possíveis riscos no consumo de certos alimentos e hábitos alimentares recomendáveis[21]. Grande parte dessas atividades é desenvolvida quando o alimento é produzido para exportação, sendo necessário aplicar os mesmos mecanismos de controle ao destinado para consumo interno.

As coletividades que têm seus direitos violados não podem ser consideradas como impotentes, pois despertam facilmente para seus direitos quando elas têm a possibilidade de expressar suas necessidades e quando têm oportunidade de se mobilizar. É importante considerar que, ainda que uma parte dos grupos e populações que têm seus direitos violados esteja mobilizada e tenha algum grau de organização para exigir seus direitos, uma parcela muito grande dessas populações enfrenta enormes dificuldades até mesmo para ter condições mínimas de sobrevivência, dificultando as possibilidades reais e concretas de envolver-se em um processo organizativo, com força suficiente para mudar suas realidades.

8 CONCLUSÃO

O título deste tópico seria mais coerente se fosse apenas chamado de considerações, pois não se pretende aqui realizar afirmações que ponham termo à temática estudada, trabalho este que seria pretensioso e irreal, visto a complexidade e capilaridades das abordagens que podem ser realizadas. A idéia, então, é traçar algumas considerações que complementem e sintetizem o tema trabalhado.

Ao fazer este levantamento fica claro que a alimentação torna-se direito não de uma hora para outra, mas a partir de uma construção histórica e social que possibilita o olhar da sociedade para uma crise há tempos vislumbrada, que é a fome, em seu mais completo conceito. A luta contra a fome é passo decisivo para a efetivação da alimentação como direito fundamental.

A exclusão social de grande parte da população, e o controle dos meios de comunicação e produção por uma minoria, gera não apenas concentração de bens materiais, mas também concentração de bens intangíveis, tais como a informação. Dessa forma, muitas pessoas desconhecem que têm direitos, ou desconhecem os mecanismos e instâncias existentes para exigi-los.

[21] MALUF, Renato S.; MENEZES, Francisco e VALENTE, Flávio Luiz. Contribuição ao tema da segurança alimentar no Brasil. **Revista Cadernos de debate**. UNICAMP, v. 4. 1996, p. 66-88.

O fato de todos os cidadãos terem acesso a alimentos em quantidade e qualidade suficiente para atender suas necessidades nutricionais básicas e essenciais para a manutenção da saúde é o primeiro passo, mas, além disso, a alimentação para o ser humano tem outras conotações importantes permeadas pelas características culturais de cada agrupamento humano, contrapondo-se à tendência padronizadora de alimentação. Faz-se necessário, portanto, estabelecer a noção de processo e não perder de vista os caminhos que perpassam a chegada dos alimentos ao prato do consumidor final. Por isso, devem-se analisar os fatores sociais, culturais e ambientais determinantes da produção ao consumo.

O reconhecimento da problemática e a sensibilização da população brasileira quanto à importância do acesso a uma alimentação adequada pressiona a ampliação de recursos destinados para políticas públicas na área de alimentação, levantando a possibilidade de efetivar uma política agrária que fortaleça a agricultura familiar, sendo esse um importante desafio.

Não só o Estado brasileiro, mas várias outras nações mundiais ainda têm dificuldade para concretizar efetivamente os Direitos Humanos. E ainda há uma carência de resposta específica sobre a dimensão da responsabilidade do Estado pela efetivação dos Direitos Humanos e quais as conseqüências ou sanções sofridas por ele quando esses direitos são violados. Fala-se em sanção moral e publicidade negativa, mas para, além disso, qual a responsabilização do Estado infrator? A reparação do dano causado seria uma boa resposta. É o mínimo esperado. Mas definitivamente não é a resposta mais simples de ser executada, nem a solução para a inibição da infração realizada.

Há carência de procedimentos sistemáticos que possibilitem concluir sobre o impacto e a implementação das políticas públicas no Brasil. Por isso, recomenda-se a realização de estudos de avaliação das políticas de alimentação que aconteceram e que estão acontecendo no Brasil. Parece claro também que políticas de alimentação isoladas de outras políticas sociais não trarão resultados satisfatórios, na medida em que todos os outros direitos sociais garantidos na legislação nacional e internacional são indissociáveis e, assim, complementares. Também por isso o direito fundamental à alimentação adequada é transdisciplinar.

Com a inclusão da alimentação na Constituição Federal como direito fundamental, vimos a intenção de que políticas públicas de alimentação adequada não sejam apenas programas de governo, mas permaneçam como obrigação do Estado. Entretanto, cabe uma reflexão acerca não apenas da declaração ou fundamentação dos direitos, mas, sobretudo, sobre a sua proteção e efetivação.

Cabe também realizar uma ponderação a respeito da importância da educação para a efetivação dos direitos sociais. Almeja-se uma educação emancipadora que contribua com a elevação da consciência das pessoas. A sociedade vive um contexto de reordenamento social, e a contradição das condições vivenciadas pela população acometida pela falta de acesso à alimentação adequada, é reflexo dos problemas sociais determinados pelo modelo político e econômico vigente.

Como citado por diversos autores apresentados neste trabalho, os limites para à efetivação do Direito Humano à Alimentação Adequada são muitos. Já as possibilidades passam por uma reflexão sobre interesses de transformação social da realidade existente. A conjugação de esforços do poder público e da sociedade civil pode ser uma pista para encontrar o melhor caminho, juntamente com a divulgação de resultados alcançados em experiências exitosas de grupos e movimentos sociais.

Políticas compensatórias podem atuar como remédios que apenas aliviam dores de uma doença grave e, ao sentir as fortes dores, insanos seriam aqueles que rejeitam o remédio. Todavia, o que a sociedade realmente precisa, é de métodos que previnam o surgimento da doença.

As recomendações, pela ótica dos Direitos Humanos, que o desenvolvimento deve ser um processo centrado na pessoa humana, reúnem-se na identificação de instrumentos que potencializem o papel das políticas públicas orientadas conforme as realidades locais existentes. Por isso, reforça-se a necessidade de conhecimento dessas realidades e coerência na propositura de mecanismos satisfatórios.

A (re)união dos conceitos e das noções apresentadas aqui indicam que é significativa e relevante a preocupação pela temática e a sensibilização das pessoas para a sistematização de estudos. A inclusão desta discussão em programas educacionais, inter-relacionando os temas e a participação política, é um desafio posto não apenas para o governo, mas precipuamente para as organizações da sociedade civil.

Com o término deste trabalho pretende-se reiterar que não se teve a pretensão de esgotar o debate. O mesmo está posto, é bastante pertinente e deve ser cada vez mais aprofundado por estudos e pesquisas nas diversas áreas envolvidas.

9. REFERÊNCIAS

ABRANDH, Ação Brasileira pela Nutrição e Direitos Humanos. **Curso formação em direito humano à alimentação adequada**: no contexto da segurança alimentar e nutricional. s.n.t. 2007.

BABETTE, Mendoza, et all. **Módulo III**: Direito à vida, direito à saúde e direito à alimentação adequada. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União [da República Federativa do Brasil], Brasília.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CHONCHOL, Jacques. **A soberania alimentar**. Estud. av., São Paulo, v. 9, n. 55, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S01034014200500 0300003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 29 Dez 2007.

CASTRO, Josué. **Geografia da fome:** o dilema brasileiro: pão ou aço. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CIMADAMORE, Alberto, DEAN, Hartley, SIQUEIRA, Jorge (orgs). **A pobreza do Estado**: reconsiderando o papel do Estado na luta contra a pobreza global. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales: CLACSO, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CONSEA, **Princípios e Diretrizes de uma Política de Segurança Alimentar e Nutricional**. Textos de Referência da II Conferência Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. Brasília: CONSEA, 2004.

MALUF, Renato S.; MENEZES, Francisco; VALENTE, Flávio Luiz. Contribuição ao tema da segurança alimentar no Brasil**. Revista Cadernos de debate**. UNICAMP, v. 4. p. 66-88, 1996.

PROGRAMA Nacional de Direitos Humanos (**PNDH-3**) / Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. ed. rev. Brasília: SEDH/PR, 2010.

SANTOS, Leonor Maria Pacheco, et all. Avaliação de políticas públicas de segurança alimentar e combate à fome no período 1995-2002. **Caderno de Saúde Pública**. v. 23. n. 5. Rio de Janeiro: Nov, 2007.

SILVA, Valquiria da, AMARAL, Ana Maria Pereira. Segurança alimentar, comércio internacional e segurança sanitária. **Revista Informações Econômicas**. v. 34, n. 6, São Paulo: junho, 2004.

VALENTE, Flávio Luiz Schieck. **Direito humano à alimentação**: desafios e conquistas. São Paulo: Cortez, 2002.

WEISSHEIMER, Marco Aurélio. **Bolsa Família**: avanços, limites e possibilidades do programa que está transformando a vida de milhões de famílias no Brasil. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006.

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E PONDERAÇÃO

EMANUEL DE MELO FERREIRA*

RESUMO
A dignidade da pessoa humana ganhou extraordinária força após os trágicos eventos vivenciados na Segunda Guerra Mundial, quando o ser humano foi alvo das mais condenáveis barbáries. Apesar de apresentar status constitucional, a dignidade é uma qualidade essencial do ser humano, conforme os ensinamentos Cristãos, não cabendo à ordem jurídica conferir dignidade, mas sim reconhecê-la, protegê-la, promovê-la e respeitá-la. Através das idéias de Kant, a dignidade se laiciza, e ganha força a idéia do homem como um fim em si mesmo. Há profunda divergência acerca do caráter absoluto ou relativo da dignidade da pessoa humana, sendo que autores como Ingo Sarlet defendem a relativização do princípio, tendo em vista sua colisão com a dignidade de outrem.

Palavras-chaves: dignidade da pessoa humana. ponderação.

ABSTRACT
The human person's dignity won extraordinary force after the tragic events lived in Second World War, when the human being was the target of the most condemnable barbarisms. In spite of presenting constitutional status, the dignity it is an essential quality of the human being, according to the Christian teachings, and the juridical order is not apt to check dignity, but to recognize, to protect, to promote and to respect it. Through Kant´s ideas, dignity laicizes itself, and wins force the idea of human being as an end in itself. There is deep divergence concerning the absolute or relative character of the human person's dignity, and authors such as Ingo Sarlet relativizes the principle, tends in view its collision with somebody else´s dignity.

Keywords: human dignity. balancing.

INTRODUÇÃO

Sabe-se que o princípio da dignidade da pessoa humana ocupa papel de destaque nas constituições contemporâneas, sobretudo nos países nos quais vige o regime democrático. Em verdade, tal tendência encontrou campo fecundo para proliferação após os horrores vivenciados durante a Segunda Guerra Mundial, sobretudo tendo em vista, por exemplo, o genocídio de judeus perpetrado pelo regime nazista, demonstrando como o ser humano pode ter sua condição degradada mediante ataques desferidos pelas próprias autoridades públicas.[1]

* Advogado da União. Especialista. Mestre em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

[1] É nesse sentido que Glauco Barreira Magalhães Filho aponta a necessidade de se reconhecer uma garantia aos direitos até mesmo frente à própria lei, pois esta pode amparar atitudes ditatoriais, como ocorreu em relação às praticas nazistas e a outras ditaduras nos mais diversos países. Tal garantia seria exercida pela Constituição, já que "a lei pode, às vezes, corromper; a Constituição, todavia, apresenta-se como garantia do poder autorizado ou

Tal afirmação histórica, desse modo, mostrou-se consentânea com a vontade de resposta e reação que a humanidade de uma maneira geral sentiu em relação aos abusos cometidos contra o ser humano, havendo a necessidade, portanto, de se positivar em diversos textos constitucionais o princípio da dignidade da pessoa humana. Tal consagração implicou a revisão de diversos conceitos antes aceitos como verdadeiramente absolutos, tendo em vista, sobretudo, o reconhecimento da supremacia da Constituição frente a então reconhecida supremacia da lei e, conseqüentemente, a aceitação da força normativa dos princípios, passando a concebê-los como normas jurídicas.

É nessa perspectiva neo-constitucional[2] que se abordará o tema em questão, analisando em que consiste a dignidade da pessoa humana, seu caráter aberto e de difícil conceituação, seu aspecto normativo fundamental e sua implicação com os direitos fundamentais, passando-se, necessariamente, por uma consideração filosófica, na qual abordar-se-ão as tematizações feitas pelo cristianismo e pela filosofia moral de Kant, pressupostos necessários para o entendimento razoável desse princípio tão caro para a humanidade e para o constitucionalismo contemporâneo.

Além disso, enfrentar-se-á o problema referente ao caráter absoluto ou relativo do princípio em tela, analisando, assim, se numa eventual colisão com outros princípios constitucionais haveria a possibilidade de se ponderar as normas colidentes, relativizando, portanto, o princípio em questão. Há fecunda polêmica em torno dessa problemática, que será debatida a partir, sobretudo, dos referenciais teóricos propostos por Robert Alexy, para quem a dignidade da pessoa humana apresenta-se em parte como regra e em parte como princípio.[3]

Nesse momento, será apresentado o célebre HC 71.373, no qual o Supremo Tribunal Federal (STF) deparou-se com a questão acerca da constitucionalidade da condução coercitiva do réu que se nega a fazer o exame de DNA no curso da ação de investigação de paternidade. A decisão dessa Corte mostrará como sua jurisprudência posiciona-se sobre a relativização da dignidade da pessoa humana.

---

legítimo, exercido em proveito da pessoa humana". MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição.** 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p, 64-65.

[2] A expressão é utilizada e defendida, dentre outros, por Luís Roberto Barroso em seu artigo Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo** nº 240 (Abril/Junho de 2005). Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Nesse texto o autor aponta as razões teóricas, históricas e filosóficas para o reconhecimento de uma nova maneira de ver a Constituição, agora compreendida como realidade normativa.

[3] ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 2002. p, 105-109.

2. ASPECTOS FILOSÓFICOS DA DIGNIDADE: A DOUTRINA CRISTÃ E A FILOSOFIA MORAL DE KANT

O cristianismo apresentou ao mundo uma doutrina pautada em ideais de igualdade e fraternidade, tendo mostrado formulações sobre a idéia de dignidade da pessoa humana até então desconhecidas. Em verdade, ao se estatuir que "amarás o Senhor teu Deus de todo o teu coração, e de toda a tua alma, e de todo o teu pensamento", bem como "amarás o teu próximo como a ti mesmo", a doutrina cristã, através desses dois mandamentos,[4] mostrou como a preocupação meramente individual era egoística, cabendo a cada um o respeito ao próximo. Tal respeito ao semelhante era devido porque o homem havia sido concebido à imagem e semelhança de Deus, não havendo, portanto, diferença ontológica entre eles. Todos seriam, assim, dotados da mesma dignidade, pois descendentes do mesmo Criador.

Partindo de tais premissas, Glauco Barreira Magalhães Filho, assinala que:

> para o cristianismo, o homem distingue-se dos animais por possuir uma alma imortal, racional e livre, dotada de capacidade de fazer opções morais e de poder de criatividade artística. Essa alma distingue-se do corpo, apesar de interagir com ele, daí porque muitas emoções diferentes provocam as mesmas reações físicas, evidenciando que há em nós um homem interior tão rico que as sensações físicas se mostram como uma linguagem pobre para lhe dar expressão.[5]

Já se pode perceber que a dignidade da pessoa humana, da maneira como apresentada pela doutrina cristã, deveria ser entendida como atributo inerente à qualidade de ser humano. Tal entendimento afasta-se frontalmente da idéia de dignidade relacionada à ocupação de determinado cargo, posição ou função de destaque em certa hierarquia administrativa, pois o que confere dignidade não é o exercício de certas funções ou a aquisição de certa honraria. Esse antigo entendimento, portanto, afastava-se completamente do conceito de dignidade da pessoa humana no âmbito da moral.[6]

Gradativamente, no entanto, o entendimento acerca da dignidade da pessoa humana foi se laicizando, encontrando na filosofia de Kant sua mais festejada concepção. Foi na clássica obra "Fundamentação da metafísica dos costumes", de 1785, que as bases do que hoje se aceita como ponto de partida para qualquer teorização sobre o princípio em questão

[4] Evangelho segundo São Mateus, capítulo 22, versículos 37 a 40.
[5] MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira, op. cit., p. 140.
[6] ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. In: **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, ano 2, nº 2, vol. 2, 2001. p, 53. Nesse artigo, a autora aponta que "etimologicamente, dignidade vem do latim *dignitas*, adotado desde o final do século XI, significando cargo, honra ou honraria, título, podendo, ainda, ser considerado o seu sentido de postura socialmente conveniente diante de determinada pessoa ou situação".

foram lançadas, cabendo a Kant as honrarias de "grande filósofo da dignidade".[7] Analisando a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos constitucionais para se reconhecer a possibilidade de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, Wilson Antônio Steinmetz aponta que:

> o objetivo de Kant era descobrir o princípio supremo da moralidade, um princípio incondicionado da moralidade – incondicionado no sentido de um princípio racional independente de conteúdos empíricos, válido para todos e independente de circunstâncias particulares. O filósofo alemão concluiu que esse princípio supremo era o imperativo categórico.[8]

Tal imperativo, notadamente no tocante ao tema ora desenvolvido, formulava-se da seguinte maneira: "age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como um fim e nunca simplesmente como meio".[9] As implicações que se pode depreender de tal formulação são caríssimas ao Direito. Para Kant, o ser humano deveria ser considerado como um fim em si mesmo, não como meio para se alcançar determinado resultado. O ser humano, como ser dotado de autonomia, não poderia jamais ser instrumentalizado ou coisificado, não se prestando, portanto, a ter sua condição reduzida a de mera cobaia, pois "o homem não é uma coisa; não é, portanto, um objeto passível de ser utilizado como simples meio, mas, pelo contrário, deve ser considerado sempre em todas as suas ações como fim em si mesmo".[10]

Fortificando tal argumentação, o autor aponta que tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Aquilo que tem preço só poderia ser um objeto, admitindo-se sua substituição por algo também quantificável por um preço. Contrariamente, a dignidade está acima deste, e o ser humano é qualificado por ela, tornando-o insubstituível. O preço seria algo quantificável por ser exterior, servindo de meio, ao passo que a dignidade seria algo interior e impossível de mensuração, por ser um fim. Através dessa fórmula, a diferença entre o homem e o objeto estava traçada, não se podendo admitir, portanto, a redução daquele a este.[11]

---

[7] Idem. p, 53.

[8] STEINMETZ, Wilson Antônio. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2004. p, 114.

[9] KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, s.d., p, 59.

[10] KANT, Immanuel, op. cit., p.60.

[11] Idem. p, 65. Ainda nesse sentido, lapidares são as lições do filósofo: "o que diz respeito às inclinações e necessidades do homem tem um preço comercial; o que, sem supor necessidade, se conforma a certo gosto, digamos, a uma satisfação produzida pelo simples jogo, sem finalidade alguma, de nossas faculdades, tem um preço de afeição ou de sentimento (*Affektionspreis*); mas o que se faz condição para alguma coisa que seja fim

Analisando o pensamento de Kant, Ingo Sarlet reconhece os avanços e a influência que tais idéias têm hodiernamente, não se furtando, no entanto, de fazer breve análise crítica, sobretudo no que concerne ao antropocentrismo que cerca a teoria kantiana, pois, ao colocar o homem como referencial único da dignidade, em face de sua racionalidade, estar-se-ia olvidando os demais seres vivos. Desse modo, poder-se-ia conceber a dignidade da vida de uma maneira geral, tendo em vista, por exemplo, a consagração da proteção ao meio ambiente como direito fundamental de terceira geração, através do qual se procura assegurar a sadia qualidade de vida para as presentes e futuras gerações, mantendo um ambiente propício a preservação e desenvolvimento de toda a forma de vida, "ainda que se possa argumentar que tal proteção da vida em geral constitua, em última analise, exigência da vida humana e de uma vida humana com dignidade".[12]

Indubitavelmente, os preciosos estudos de Kant serviram para densificar, mesmo que em plano ainda teórico, o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo sua fórmula do "homem-objeto" sido seguida por diversos doutrinadores, principalmente quando se pensa na árdua tarefa de conceituar o princípio em questão, como adiante referido. Assim, é a partir da concepção kantiana que se pode iniciar a demarcar alguns elementos intimamente relacionados à dignidade da pessoa humana, como o valor intrínseco da pessoa, sua não-funcionalização, irredutibilidade de seu *status*, sua autonomia (autodeterminação), sua autofinalidade e sua liberdade, bem como seu respeito e sua promoção.[13]

3. CONCEITUAÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE

Já se disse, anteriormente, como o princípio da dignidade da pessoa humana apresenta-se com uma formulação semanticamente aberta, causadora de dificuldades para a confecção de uma conceituação satisfatória. Além disso, igualmente complexa é a tarefa de densificar o princípio, estabelecendo seu conteúdo, o que é essencial para se perquirir, por exemplo, quando ele é violado ou não, fazendo com que se cesse ou se evite tal violação.

A "ambigüidade e porosidade"[14] da expressão "dignidade da pessoa humana", no entanto, não pode constituir óbice intransponível ao intérprete, mas este tem de ter em mente

---

em si mesma, isso não tem simplesmente valor relativo ou preço, mas um valor interno, e isso quer dizer, dignidade".

[12] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4 Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 34-35.

[13] STEINMETZ, Wilson Antônio, op. cit., p. 116.

[14] ROCHA, Carmen Lúcia Antunes, op. Cit., p. 50.

que o entendimento de tal princípio, bem como sua conceituação, é algo ainda inacabado, consubstanciando um conceito em permanente construção.[15]

Desfaça-se a idéia, desde já, de que a dignidade da pessoa humana seria uma qualidade conferida pelo ordenamento jurídico, em especial pela Constituição, no sentido de que se não houvesse tal consagração constitucional, não se poderia admitir que a pessoa humana, em determinado Estado, fosse dotada de dignidade. A dignidade é atributo inerente ao ser humano, como demonstrado na análise das concepções cristã e kantiana. Como tal, não necessita de concessão estatal para se fazer presente,[16] pois ao Estado cabe, verdadeiramente, o reconhecimento, respeito, proteção e promoção da dignidade, o que já revela o caráter multidimensional do princípio. Se o Estado não é capaz de conceder dignidade, como dito anteriormente, a consagração dela em texto constitucional torna a atuação estatal legítima.[17] Sobre o tema, pode-se avançar ainda mais, no sentido de que, se a dignidade, eventualmente, não fosse conferida pela ordem constitucional, ou seja, mesmo que determinada Constituição não trouxesse, hodiernamente, o princípio de maneira expressa, o mesmo restaria consagrado de maneira implícita, bastando deduzi-lo do catálogo de direitos fundamentais postos.[18]

Tentando, ainda, trazer maior apuro técnico na pesquisa em torno do conteúdo e conceito do princípio, não se pode confundir as expressões "dignidade da pessoa" e "dignidade humana". A primeira expressão faz referência ao aspecto concreto da dignidade, enquanto a segunda refere-se à humanidade como um todo. Ocorre que só há espaço para se conceber a violação da dignidade de maneira concreta, a saber, referindo-se especificamente a uma pessoa, não se admitindo uma violação à dignidade do homem abstratamente considerado.[19]

Referiu-se, anteriormente, acerca do caráter multidimensional da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, o princípio pode ser compreendido em diversos aspectos, seguindo-se

---

[15] Idem. p, 50.

[16] Idem. p, 51. Nesse sentido, a autora assenta que: "o sistema normativo de direito não constitui, pois, por óbvio, a dignidade da pessoa humana. O que ele pode é tão somente reconhecê-la como dado essencial da construção jurídico-normativa, princípio do ordenamento e matriz de toda organização social, protegendo o homem e criando garantias institucionais postas à disposição de pessoas a fim de que elas possam garantir a sua eficácia e o respeito à sua estatuição."

[17] Assim, "este princípio vincula e obriga todas as ações políticas públicas, pois o Estado é tido como meio fundado no fim que é o homem, ao qual se há de respeitar em sua dignidade fundante do sistema constituído (constitucionalizado). É esse acatamento pleno ao princípio que torna legítimas as condutas estatais, as suas ações e suas opções." Idem. p, 55.

[18] A relação entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais será adiante referida com mais temperamentos, quando da análise da dignidade como fundamento do Estado Democrático de Direito.

[19] SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p, 52.

o magistério de Podlech, citado por Ingo Sarlet.[20] Num primeiro momento, pode-se vislumbrar um caráter negativo, responsável pela imposição de limites à atuação estatal, que deve preservar e respeitar a dignidade humana, consistindo num aspecto fixo ou imutável do princípio. Diversamente, um caráter positivo ou prestacional também pode ser intuído dele, no sentido de que cabe ao Estado, além do respeito e preservação à dignidade, sua promoção e proteção, implicando, assim, prestações capazes de dignificar cada vez mais a pessoa humana. Tal dimensão consistiria num aspecto mutável da dignidade, pois tais prestações dependeriam, por exemplo, das necessidades sociais e disponibilidades orçamentárias estatais.[21] Nesse campo é que se pode inserir o conceito de mínimo existencial, no sentido de que as limitações orçamentárias não podem servir como desculpas para a não prestação de um mínimo de serviços estatais cujo objetivo seja realizar alguns dos direitos essenciais à dignidade humana, tais como educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à justiça.[22]

Além desses aspectos negativo (limites) e positivo (prestacional) da dignidade da pessoa humana, pode-se referir, ainda nessa perspectiva multidimensional, um caráter individual, no qual prevalece a idéia de autodeterminação da pessoa, tendo em vista suas decisões fundamentais, bem como um caráter assistencial, através do qual mesmo o indivíduo que não mais pudesse exprimir sua vontade de maneira livre – em face de estado de coma ou de demência, por exemplo – deveria ter sua dignidade protegida através desse aspecto do princípio. Com isso, impor-se-ia, eventualmente, a nomeação de um curador ou a submissão involuntária a tratamento médico e/ou internação, justificado, nesses casos, pela prevalência do caráter assistencial em face do autonômico.[23]

Tendo em vista essas referidas considerações, Ingo Sarlet propõe uma conceituação para o princípio da dignidade da pessoa humana, para quem ela se apresenta como:

> a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venha a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável

[20] PODLECH, Adalbert Apud SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit. p, 47.
[21] Sobre esse aspecto prestacional, preciosa é a lição de Carmem Lúcia Antunes Rocha, mais uma vez citada, para quem "com o acolhimento desse princípio o Estado é obrigado a adotar políticas públicas inclusivas, ou seja, políticas que incluam todos os homens nos bens e serviços que os possibilitem ser parte ativa no processo socioeconômico e cidadão autor da história política que a coletividade eleja como trajetória humana". Idem. p, 57.
[22] BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana.** 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 277-333.
[23] KOPPERNOCK, Martin Apud SARLET, Ingo Wolfgang, op. Cit., p, 49.

> nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.[24]

Percebe-se, dessa forma, como os aspectos da dignidade antes referidos estão presentes na brilhante conceituação proposta, tendo em vista o caráter negativo, positivo, autonômico e de proteção da dignidade da pessoa humana, princípio, repita-se, através do qual se concebe o homem com fim em si mesmo, condição essa que lhe é inerente, independendo, portanto, de qualquer concessão estatal nesse sentido. Mencionando como uma das finalidades do princípio a potencialidade de determinar condições materiais mínimas para uma vida saudável, através de prestações estatais, o autor opina no sentido de que o critério de "vida saudável" poderia ser aferido tendo em vista as determinações estabelecidas pela Organização Mundial de Saúde.[25] Ressalte-se, finalmente, que a amplitude da conceituação proposta autoriza, até mesmo, fundamentar a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais através da dignidade da pessoa humana, cujo respeito e consideração se impõem não só em face do Estado, mas também em face da comunidade.[26]

4. ASPECTOS JURÍDICOS DA DIGNIDADE

4.1 Aspecto geral: fundamento do estado democrático de direito

A dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, nos termos do art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988 (CF/88). Esse texto foi o primeiro da história constitucional pátria a conceber explicitamente como norma fundamental o princípio em questão, acompanhando a tendência anteriormente referida acerca de sua consagração no plano internacional. Nesse sentido se encaixa o célebre art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, ao estatuir que "Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade". Esse prestígio à dignidade e, conseqüentemente, aos direitos fundamentais de um modo geral, foi fruto de um processo de internacionalização dos direitos, seguindo uma linha de evolução muito bem delineada por

[24] Idem, p. 60.
[25] Idem. p, 60.
[26] STEINMETZ, Wilson Antônio, op. cit., p. 117. Também apontando a importância do princípio nas relações privadas, Luís Roberto Barroso assenta que: "(...) merece destaque em todas as relações públicas e privadas o princípio da dignidade da pessoa humana, (art. 1º, III), que se tornou o centro axiológico da concepção de Estado democrático de direito e de uma ordem mundial idealmente pautada pelos direitos fundamentais". BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 375.

Norberto Bobbio.[27] De acordo com esse autor, os direitos são, inicialmente, considerados filosoficamente nas obras de diversos autores, que, estudando o tema, teorizam sobre eles numa perspectiva universalista, mas abstrata. Quando tais teorizações são acolhidas nos textos constitucionais, fato ocorrido, pela primeira vez, nas Constituições americana de 1787 e francesa de 1791, tem-se a positivação de tais idéias, tornando os direitos particularizados e concretos, porque destinados aos cidadãos daqueles Estados. Avança-se, assim, de uma perspectiva universal e abstrata para uma realidade concreta e positiva. Finalmente, quando há uma previsão internacional nos moldes da Declaração Universal dos Direitos do Homem, tem-se, verdadeiramente, uma previsão universal e positiva dos direitos fundamentais, já que destinada não só a este ou aquele cidadão, mas ao homem de um modo geral e previsto num texto formal de reconhecimento internacional.

Tecendo comentários sobre a República portuguesa, também fundada na dignidade da pessoa humana, Canotilho assenta que "a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizatórios".[28] Coloca-se em bom termo a discussão, negando-se a qualidade de meio ou instrumento ao ser humano para o alcance dos fins estatais.

A posição topográfica dos princípios fundamentais na Constituição brasileira, constantes logo após o preâmbulo, compondo o Título I, demonstra que tais normas consistem nas opções políticas básicas feitas pelo poder constituinte originário. Uma de suas funções é justamente informar toda a ordem constitucional, no sentido de que as disposições constitucionais subseqüentes podem, com certo esforço interpretativo, refletirem o conteúdo das normas fundamentais. Veja-se, por exemplo, a relação estabelecida entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos e garantias fundamentais, constantes, em seu maior número, no Título II. Pode-se dizer que aquela é a fonte ética destes,[29] de modo que eles podem ser derivados dela, seja em maior ou menor grau.[30]

Diga-se, por último, que a dignidade da pessoa humana também se encontra presente no art. 170, *caput*, no qual se estatui que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos

[27] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p, 29-30.
[28] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p, 225.
[29] MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira, op. cit., p, 136.
[30] Ingo Sarlet afirma ser possível desenvolver certos direitos fundamentais a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, mostrando-se reticente, contudo, no concernente à possibilidade de que todos os direitos fundamentais formalmente postos na Constituição possam ser alvo de tal derivação. SARLET, Ingo Wolfgang, op.cit., p, 131.

existência digna e no art. 226 § 7º, quando se determina que o planejamento familiar será fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável.

4.2 ASPECTO ESPECÍFICO: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO NORMA JURÍDICA

Já se disse que o ordenamento constitucional não confere dignidade, mas apenas a reconhece, respeita, protege e promove. Dessa forma, não é tecnicamente correto falar num "direito fundamental à dignidade", pois esta, como dito, é uma qualidade inerente ao ser humano, que o protege contra qualquer tratamento degradante ou coisificador, pois, repita-se, o homem deve ser concebido como um fim em si mesmo. Se, eventualmente, o intérprete se deparar com tal equivocada expressão, deve ficar claro, verdadeiramente, que o direito fundamental existente diz respeito a um direito de reconhecimento, proteção e promoção da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido é possível conceber a dignidade da pessoa humana como norma jurídica, devendo-se, a partir de agora, enfrentar o posicionamento de Alexy, para quem a norma consagradora da dignidade da pessoa humana é em parte regra e princípio. A partir dessa análise será possível adentrar no segundo ponto do trabalho, perquirindo se a dignidade humana pode ser relativizada ou não.

Não é o escopo da presente pesquisa analisar exaustivamente as diferenças entre regras e princípios,[31] bastando assentar que estes são dotados de plena normatividade, pois, ao se admitir que a Constituição em si é dotada de uma força normativa, capaz de determinar a sociedade e não apenas ser determinada por ela,[32] fazendo frente àqueles fatores reais de poder propostos por Lassale,[33] deve-se, conseqüentemente, concluir acerca da normatividade de suas normas, que não mais podem ser consideradas como meros conselhos ou exortações morais aos Poderes constituídos.

Assim, para Alexy, os princípios seriam mandamentos de otimização,[34] pois determinariam que algo fosse cumprido da melhor maneira possível, não se admitindo, assim,

---

[31] Para uma análise mais detida, consultar: BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 255-295; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4 ed. São Paulo: RCS, 2005, p. 67-73; BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2 Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 44-70.

[32] HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 25.

[33] LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição**. 3 ed. Tradução de Leandro Farina. Sorocaba/SP: Minelli, 2006. p. 21-31. Para o autor, os fatores reais de poder seriam o poder militar exercido pelo exército; o poder econômico dos banqueiros e grandes industriais e o poder do latifúndio inerente à nobreza.

[34] ALEXY, Robert, op. cit., p, 86.

uma aplicação absoluta. As regras, por sua vez, seriam mandamentos de definição,[35] pois determinariam que algo fosse cumprido na exata medida de suas prescrições, seguindo, assim, uma aplicação absoluta ou uma lógica do tudo ou nada ("rules are aplicable in all-or-nothing fashion"), utilizando-se a expressão cunhada por Dworkin.[36]

Partindo-se de tal diferenciação, eventual conflito entre regras terá, fatalmente, uma solução bem distinta da colisão de princípios. Quando duas regras entram em choque, uma delas será excluída do ordenamento jurídico, já que uma será inválida, utilizando-se para tanto os clássicos critérios cronológico, hierárquico e da especialidade.[37] Diversamente, quando dois princípios entram em colisão, não se pode falar em invalidade de um deles, pois tal colisão pressupõe, necessariamente, a validade de tais normas. Além disso, não há uma hierarquia entre princípios, já que sua ambiência maior é a Constituição, e esta não apresenta normas mais constitucionais que outras, reinando a plena unidade. Assim, a solução possível para uma colisão principiológica é recorrer a um exercício de ponderação, através do qual se avaliará qual princípio, no caso concreto e sob certas circunstâncias fáticas e jurídicas, pode prevalecer condicionadamente em face do outro.

Para se alcançar tal desiderato, faz-se mister analisar a lei de colisão de Alexy, que é assim enunciada: "Las condiciones bajo las cuales um principio precede a outro constituyen el supuesto de hecho de uma regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente"[38], ou seja, "as condições sob as quais um princípio prevalece sobre outro constituem o pressuposto fático de uma regra que expressa a conseqüência jurídica do princípio prevalente".

Percebe-se que a aplicação da referida lei acaba gerando a incidência de uma regra jurídica, que determinará a conseqüência jurídica do princípio prevalente. Tal regra incidirá sobre as condições de prevalência determinadas pelo julgador, as quais justificam a superação de um dos princípios colidentes. Para a fixação de tais condições é essencial o trabalho argumentativo do intéprete, que deve buscar uma fundamentação exauriente e abundante, a fim de alcançar a racionalidade e evitar o subjetivismo, cuja incidência é fértil em sede de colisão entre princípios.

---

[35] Idem, p, 86-87.
[36] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 24-25.
[37] MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica jurídica clássica**. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 81.
[38] ALEXY, Robert, op. cit., p. 94.

A busca pela racionalidade da decisão judicial em sede de colisão de princípios também passa pela análise do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, no qual se insere a lei da ponderação, também formulada por Robert Alexy. A utilização do princípio da proporcionalidade pressupõe a existência de uma relação meio-fim, entendendo o fim como o objetivo constitucional que se busca com a limitação, e o meio como o próprio conteúdo da decisão limitadora, que, no caso de uma colisão de princípios, provirá de uma decisão judicial.[39]

Ocorre que para determinar precisamente a aptidão de determinado meio para a consecução de certo fim, deve-se, necessariamente, "testá-lo", sucessivamente, através dos três subprincípios ou princípios parciais do princípio da proporcionalidade. Assim, para um meio tornar-se hígido para limitar um direito fundamental, ele deve ser adequado, necessário e proporcional em sentido estrito.

Pela adequação tem-se a verificação da aptidão que certo meio apresenta para realizar o fim em questão. Se o meio for capaz de realizar o fim, ele será adequado e, dessa forma, haverá passado no primeiro teste da proporcionalidade. Percebe-se que neste momento há o confronto entre meio e fim. Virgílio Afonso da Silva sustenta que adequado não é somente o meio que propicia o atendimento do objetivo colimado, mas também aquele meio que fomenta ou promove aquele fim, mesmo que este não seja completamente realizado.[40]

Passa-se, então, para a análise do subprincípio da necessidade, também conhecido como princípio da exigibilidade, da indispensabilidade ou da intervenção mínima. Após perquirir se o meio é apto para alcançar o fim colimado, deve-se pesquisar se não há outro meio igualmente eficaz para o alcance daquele fim, mas que seja menos gravoso para o direito fundamental restringido. Atente-se para o fato de que o meio menos gravoso deve alcançar ou promover o fim objetivado com a mesma eficácia do meio mais gravoso,[41] de modo que a existência de um meio menos gravoso e menos eficaz não se apresenta apto para passar no teste da necessidade. Através do subprincípio da necessidade, portanto, há o confronto entre meios.

---

[39] STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p, 148-149.

[40] SILVA, Luís Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais**, ano 91, volume 798, abril de 2002. p, 36. Aduz o autor que a melhor tradução para o verbo *förden,* referente à adequação, seria "fomentar" e não "alcançar".

[41] SILVA, Luís Virgílio Afonso, op. cit., p. 38.

Finalmente, pela proporcionalidade em sentido estrito, examina-se a proporcionalidade entre a medida fixada na decisão judicial e sua eficácia referente aos direitos fundamentais colidentes, tendo-se sempre em vista, repita-se, a finalidade perseguida. Nesse sentido é que Alexy formulou a lei da ponderação, pois "cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro".[42] Para o autor, a ponderação resta estabelecida nesse subprincípio, de modo que quanto maior for o grau de afetação ou não satisfação de um princípio, tanto maior tem de ser o grau de satisfação ou não afetação do outro, guardando-se, claramente, uma idéia de proporção entre perdas e ganhos. Nesse sentido, Willis Santiago Guerra Filho afirma que "mesmo em havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens",[43] justificando a adoção de determinada medida restritiva, desde que pautada na lei da ponderação.

Feitas essas considerações sobre a lei de colisão e sobre o princípio da proporcionalidade, que inclui a ponderação, advirta-se que a prevalência condicionada de certo princípio não implicará, sempre, na sua superioridade em face do princípio vencido, pois, em outras circunstâncias fáticas e jurídicas as condições podem, tranqüilamente, alterar-se.

Traçadas essas premissas, pode-se indagar: o princípio da dignidade da pessoa humana também se sujeita a essa relativização, típica dos princípios constitucionais? Em outras palavras, haveria condições fáticas e jurídicas capazes de condicionar a prevalência de um princípio colidente em face do princípio da dignidade da pessoa humana? Para responder a tais indagações, adentrar-se-á no segundo ponto do presente trabalho, analisando alguns posicionamentos doutrinários sobre o tema, bem como a jurisprudência do STF.

5. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E PONDERAÇÃO

Para Inocêncio Coelho, o princípio da dignidade da pessoa humana é valor pré-constituinte e de hierarquia supraconstitucional.[44] O autor sustenta que:

[42] ALEXY, Robert, op. cit., p, 161.
[43] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4 ed. São Paulo: RCS, 2005, p. 95-96.
[44]MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2 Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 150.

> Essa tomada de posição, conquanto majoritária entre os doutrinadores e contando com o respaldo das mais importantes cortes constitucionais, nem por isso é imune a críticas e impugnações, a partir da idéia, de resto válida no geral, mas imprestável no particular, de que não existem princípios absolutos, sujeitos que estão, em sua totalidade, a juízos de ponderação – em cada situação hermenêutica – com outros bens ou valores dotados de igual hierarquia constitucional.[45]

Tentando ampliar o debate, Alexy, engenhosamente, defende a tese acerca do duplo caráter da norma consagradora da dignidade da pessoa humana, que seria em parte regra e em parte princípio. O autor mostra-se preocupado em defender sua tese acerca do caráter relativo dos princípios, frente às dúvidas lançadas sobre tal posicionamento tendo em vista, sobretudo, a norma contida no art. 1º, parágrafo 1º, frase 1 da Lei Fundamental Alemã, cujo texto – "a dignidade da pessoa humana é intangível" – apresentaria um princípio absoluto.

Na verdade, tal impressão acerca desse pretenso caráter absoluto dever-se-ia ao fato de que, considerando apenas o caráter principiológico da norma, não se poderia conceber, facilmente, condições fáticas e jurídicas capazes de determinar a prevalência de qualquer outro princípio em face da dignidade da pessoa humana. Em outros termos: seria extremamente problemático que algum princípio colidente com a dignidade da pessoa humana prevalecesse sobre este, pois, perante a dignidade da pessoa humana "existe un amplio grupo de condiciones de precedencia en las cuales existe un alto grado de seguridad acerca de que bajo ellas el principio de la dignidad de la persona precede a los princípios opuestos".[46] Tais óbices, portanto, não autorizariam a tese acerca do caráter absoluto do princípio.

Relativamente ao caráter de regra da dignidade da pessoa humana, tem-se que ela se mostra "en el hecho de que en los casos en los que esta norma es relevante no se pregunta si precede o no a otras normas sino tan solo si es violada o no".[47] Ocorre que tendo em vista a abertura semântica da expressão "dignidade da pessoa humana", há um grande elenco de respostas possíveis a tal indagação, de modo que a análise da violação ou não da dignidade demandará, fatalmente, um percuciente estudo em cada caso concreto. Desse modo, dever-se-ia analisar a dignidade da pessoa humana sob um duplo critério, capaz de determinar a possibilidade de uma relação de prevalência em face de outros princípios (norma-princípio)

[45] Idem. p, 150-151.
[46] ALEXY, Robert, op. cit., p, 106.
[47] Idem. p, 107.

ou, simplesmente, perquirir acerca de sua violação ou não (norma-regra), admitindo-se, portanto, a possibilidade de relativização.[48]

Ingo Sarlet também enfrenta a questão, iniciando seu estudo indagando se para assegurar a dignidade de alguns não se acaba, por vezes, impondo restrições à dignidade de outros, seja considerando a dignidade autonomamente ou como representativa do conteúdo de certo direito fundamental.[49] Posicionando-se favoravelmente à possibilidade de relativização do princípio da dignidade da pessoa humana, o autor distingue, precisamente, que quando se fala em relativização está-se referindo à dignidade como norma, pois a dignidade como qualidade inerente ao ser humano não pode jamais ser relativizada, preservando-se, sempre e necessariamente, a qualidade humana como sujeito, não objeto de direitos.[50]

A relativização do princípio seria, em verdade, demandada pelo próprio caráter intersubjetivo dele, pois, concretamente, a dignidade de um indivíduo poderia colidir com a de outrem.[51] Não se admitir uma relativização em tais casos seria equivalente a negar por completo a proteção pretendida pela dignidade, pois nenhum dos princípios poderia ceder. O autor também assinala que o princípio passa por uma relativização a partir do momento que se constata a dúvida ainda reinante acerca de seu preciso conteúdo, sendo que este, fatalmente, será alvo de decisões tendentes a determiná-lo, gerando, portanto, um debate sobre se houve ou não violação ao mesmo.[52] Assim, seria um fator de relativização, por exemplo, o entendimento divergente sobre o conceito de dignidade que os diversos órgãos julgadores poderiam apresentar, demonstrando a possibilidade de soluções distintas acerca da violação do princípio em casos idênticos.[53]

Questão extremamente complexa envolvendo a ponderação do princípio da dignidade da pessoa humana há quando este se encontra em colisão com o direito à vida. É o caso dos pacientes terminais, indagando-se se a dignidade englobaria "a necessidade de preservar e respeitar a vida humana, por mais sofrimento que se esteja a causar com tal medida".[54]Ora, em se optando pela preservação da vida a qualquer custo, a dignidade da pessoa humana acabaria, conseqüentemente, por ser relativizada.

---

[48] Assim, arremata o autor: "La impresión de absolutidad resulta del hecho de que existen dos normas de dignidad de la persona, es decir, una regla de la dignidad de la persona y un principio de la dignidad de la persona, como así también el hecho de que existe una serie de condiciones bajo las cuales el principio de la dignidad de la persona, com un alto grado de certeza, precede a todos los demás principios." Idem. p. 109.
[49] SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p, 124.
[50] Idem. p, 132.
[51] Idem. p, 125.
[52] Idem. p, 128-129.
[53] Idem. p, 139.
[54] Idem. p, 129.

Indubitavelmente, tendo em vista as relações concretamente vivenciadas pelos indivíduos, a dignidade de alguém poderia acabar colidindo com a dignidade alheia. Destarte, Ingo Sarlet arremata, esclarecendo que mesmo relativizado, o princípio da dignidade da pessoa humana apresentaria um conteúdo inviolável, nesses termos:

> Assim, também nas tensões verificadas no relacionamento entre pessoas igualmente dignas, não se poderá dispensar – até mesmo em face da necessidade de solucionar o caso concreto – um juízo de ponderação ou (o que parece mais correto) uma hierarquização, que, à evidência, jamais poderá resultar – e esta a dimensão efetivamente absoluta da dignidade – no sacrifício da dignidade, na condição de valor intrínseco e insubstituível de cada ser humano que, como tal, sempre deverá ser reconhecido e protegido, sendo, portanto – e especificamente nesse sentido – imponderável.[55]

Assim, deve-se reconhecer um núcleo essencial à dignidade, como se reconhece nos direitos fundamentais, sendo que tal essência é, verdadeiramente, absoluta e imponderável. Respeitando-se tal conteúdo, no entanto, a ponderação é uma tarefa que se impõe, tendo em vista a necessidade de harmonização dos princípios colidentes, cuja idéia de não-relativização acabaria por gerar, repita-se, a própria negação da proteção pretendida. Percebe-se, portanto, como as teses de Alexy e Ingo Sarlet acabam coincidindo, já que ambos admitem a relativização, sendo forçoso reconhecer, entretanto, que tal corrente é minoritária.

5.1 Dignidade da pessoa humana e a submissão do réu ao exame de DNA

Analisar-se-á o conhecido HC 71.373,[56] julgado pelo STF em 1996, no qual se discutiu a possibilidade de o juiz, com base nos seus poderes instrutórios gerais (art. 130 do Código de Processo Civil - CPC) determinar a condução coercitiva do réu – "condução debaixo de vara" – para a realização forçada de exame de DNA, quando o pretenso pai nega submeter-se ao exame no curso da ação de investigação de paternidade, no caso promovida por uma criança. Tem-se, assim, uma colisão de direitos fundamentais entre a intangibilidade do corpo do indigitado pai, decorrência direta do princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à identidade real da criança interessada, decorrência também direta de sua dignidade.[57]

[55] Idem. p, 130-131.
[56] Rel. para o acórdão Ministro Marco Aurélio, DJ de 22/11/1996.
[57] Para Canotilho, têm-se dois tipos de colisão de direitos fundamentais, a colisão própria e a imprópria. Ocorre a colisão de direitos fundamentais em sentido próprio quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular colide com o exercício do mesmo ou de outro direito fundamental por parte de outrem. Ocorre a colisão imprópria de direitos fundamentais, quando colidem direitos fundamentais e bens constitucionalmente

Através da corrente minoritária antes exposta, seria possível operar uma relativização da dignidade, já que haveria um "empate" entre as dignidades envolvidas. Não foi essa a solução adotada pelo STF.

O paciente alegara, em síntese, a impossibilidade de ser conduzido coercitivamente por inexistir lei que o obrigasse a tanto, o que feria o princípio da legalidade, bem como a possibilidade de sua negação ser interpretada como uma presunção contra ele, suprimindo sua recusa e presumindo sua paternidade. Além disso, aduziu que a condução coercitiva violaria seu direito à intimidade. O relator originário, Ministro Franciso Rezek, realizou em seu voto um juízo de ponderação, aplicando o princípio da proporcionalidade e relativizando a integridade corporal e a dignidade da pessoa humana do suposto pai para assentar a necessidade de se conhecer a verdade real sobre a paternidade. Sustentou que a intervenção sobre a integridade física do suposto pai era mínima em face do interesse almejado pelo investigante, já que um simples exame de DNA não traria maiores transtornos concretos. Argumentou ainda, concordando com o parecer do Ministério Público Federal, o fato de a Constituição impor à família, à sociedade e ao Estado o dever de respeitar a dignidade da criança, protegendo-a contra qualquer forma de negligência, sendo que consistiria uma flagrante forma desta alguém deixar de assumir a responsabilidade por sua paternidade.[58]

Essa, no entanto, não fora a corrente vitoriosa. Capitaneando a divergência, o Ministro Marco Aurélio não realizou esses juízos de ponderação, dando caráter absoluto à integridade corporal e à dignidade da pessoa humana do suposto pai. O Ministro contentou-se com a mera presunção da paternidade, justificando o afastamento do direito à real identificação da criança

---

protegidos. Como exemplo do primeiro caso, cite-se a colisão entre liberdade religiosa versus liberdade religiosa ou direito à intimidade versus liberdade de expressão e informação. Como exemplo do segundo caso, cite-se a colisão entre o direito de propriedade versus a proteção ao patrimônio histórico, concernente ao tombamento. O caso em estudo, evidentemente, trata-se de uma colisão própria de direitos fundamentais. CANOTILHO, J.J. Gomes, op. cit., p, 1270-1271.

[58] Assim dispôs o Ministro: "Lembra o impetrante que não existe lei que o obrigue a realizar o exame. Haveria, assim, afronta ao art. 5º II da CF. Chega a afirmar que sua recusa pode ser interpretada, conforme dispõe o art. 343, §2º do CPC, como uma confissão (fls.6). Mas não me parece, ante a ordem jurídica da República neste final de século, que isso frustre a legítima vontade do juízo de apurar a verdade real. A lei 8.069/90 veda qualquer restrição ao reconhecimento do estado de filiação, e é certo que a recusa significará uma restrição a tal conhecimento. O sacrifício imposto à integridade física do paciente é risível quando confrontado com o interesse do investigante, bem assim com a certeza que a prova pericial pode proporcionar à decisão do magistrado. Um último dispositivo constitucional pertinente, que o investigado diz ter sido objeto de afronta é o que tutela a intimidade, no inciso X do art. 5º. A propósito, observou o parecer do Ministério Público: 'a afirmação, ou não, do vínculo familiar não se pode opor ao direito ao próprio recato. Assim, a dita intimidade de um não pode escudá-lo à pretensão do outro de tê-lo como gerado pelo primeiro', e mais, a Constituição impõe como dever de família, da sociedade e do Estado assegurar à criança o direito á dignidade, ao respeito, além de colocá-la a salvo de toda forma de negligência. Como bem ponderou o parquet federal, no desfecho de sua manifestação, 'não há forma mais grava de negligência para com uma pessoa do que deixar de assumir a responsabilidade de tê-la fecundado no ventre materno. (...)". HC 71.373. Rel. para o acórdão Ministro Marco Aurélio, DJ de 22/11/1996.

baseando-se nesse critério meramente formal. Sustentou, ainda, que o caso não se equipararia àqueles em que há interesse público, como no caso das vacinações obrigatórias, esses sim justificadores do uso da força tendo em vista o bem comum ante o perigo de uma epidemia.[59]

Percebe-se, portanto, como a absolutização da dignidade da pessoa humana de um indivíduo pode abalar desproporcionalmente a dignidade da pessoa humana de outrem. No caso estudado, mesmo diante do irrisório efeito do exame de DNA à integridade física do suposto pai, e a pretexto de se preservar a sua dignidade, acabou-se por negar completamente a dignidade da criança investigante, que teve de se contentar com uma mera presunção de paternidade. Em suma: ao tornar absoluta a dignidade do suposto pai, rechaçou-se por completo a dignidade da criança. Por outro lado, se a relativização tivesse ocorrido, não haveria qualquer desprezo pela dignidade da pessoa humana, já que a intervenção aos direitos fundamentais do investigado seria proporcional, tendo em vista a mínima restrição imposta a sua integridade física e o alto grau de satisfação ao direito fundamental do investigante.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dignidade da pessoa humana é, verdadeiramente, o valor supremo da ordem constitucional, nacional e internacionalmente reconhecida nos diversos textos constitucionais, sobretudo no mundo ocidental. Nunca a humanidade exaltou tanto sua própria dignidade, como que numa resposta ao nível de barbárie até então nunca visto antes, tendo em vista os horrores perpetrados pelo nazismo e demais regimes autoritários, na página mais negra da história humana.

A dignidade da pessoa humana impõe respeito, reconhecimento, proteção e promoção por parte dos Estados que a consagram, expressa ou implicitamente, demandando, portanto, uma atuação negativa a fim de preservar a autonomia individual e uma prestação positiva, a fim de promover e proteger esse tão caro valor. Só assim o homem poderá ser visto como fim em si mesmo, repetindo-se, ainda uma vez, a grandeza do pensamento kantiano, cujo eco aponta para a vedação de qualquer prática coisificadora do ser humano, já que este não pode ser mensurado através de um preço, pois detém dignidade.

[59] Gilmar Mendes critica o voto do Ministro Marco Aurélio, reconhecendo a complexidade do caso, mas apontando que: "o argumento formal relacionado com a presunção de paternidade – confissão ficta – parece desconsiderar o significado do conhecimento real da paternidade para o direito de personalidade do requerente. Não se pode, com absoluta tranqüilidade, afirmar, como o fez o Ministro Marco Aurélio, que 'a hipótese não é daquelas em que o interesse público sobrepõe-se ao individual, como das vacinações obrigatórias, em épocas de epidemias, ou mesmo o da busca da preservação da vida humana, naqueles conhecidos casos em que convicções religiosas arraigadas acabam por conduzir à perda da racionalidade'." MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet, op. cit., p, 350.

A dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental, pode ser relativizada, atendendo a razões de harmonia e de concordância prática, desde que seu núcleo essencial, ou seja, seu mínimo, que faz do homem sujeito e não objeto do direito, seja preservado. Tal entendimento ainda é minoritário na doutrina, o que não significa dizer que suas provocações não causem caloroso debate, com a possibilidade de, futuramente, constituir-se em corrente majoritária, tamanha a expressividade de algumas de suas vozes.

Nesse sentido, forçoso é reconhecer o desacerto da decisão proferida no supracitado HC 71.373, no qual o STF, a pretexto de proteger a dignidade do réu coagido a fazer o exame de DNA no curso de ação de investigação de paternidade, acabou por, verdadeiramente, negar por completo a dignidade do investigante.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana.** 2 ed. Rio da Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo** nº 240 (Abril/Junho de 2005). Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho.. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. *7* ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4 ed. São Paulo: RCS, 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Leopoldo Holzbach.., São Paulo: Martin Claret, s.d.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição**. 3 ed. Tradução de Leandro Farina. Sorocaba/SP: Minelli, 2006.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica jurídica clássica**. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
_____. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. In: **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, ano 2, nº 2, vol. 2, 2001, p. 53.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Luís Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais**, ano 91, volume 798, abril de 2002.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

LA PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA INTEGRACIÓN DEL MERCOSUR: UN ANÁLISIS COMPARADO A PARTIR DE LOS SISTEMAS CONSTITUCIONALES DE BRASIL Y ARGENTINA

BRENDA LUCIANA MAFFEI*

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo central estudar as Constituições da Argentina e do Brasil para determinar se estas se encontram dispostas para receber a normativa do MERCOSUL, fazendo uma comparação entre os sistemas jurídicos de ambos os países. Tentará demonstrar, também, que a solução adotada pela Argentina na sua Constituição, depois da reforma de 1994, é a mais apropriada aos fins do desenvolvimento do espaço integrado. Mostraremos, por sua vez, a necessidade de uma harmonização constitucional nesse sentido.

Palavras chaves: Direito da Integração. MERCOSUL. Supremacia.

RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo central estudiar las Constituciones de Argentina y Brasil para determinar si estas se encuentran dispuestas para acoger la normativa del MERCOSUR, realizando una comparación entre los sistemas jurídicos de ambos países. Intentará demostrar, también, que la solución adoptada por Argentina en su Constitución, luego de la reforma de 1994, es la más apropiada a los fines de la evolución del espacio integrado. Mostraremos, a su vez, la necesidad de una armonización constitucional al respecto.

Palabras llaves: Derecho de la Integración. MERCOSUR. Supremacía.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo concreto analizar la situación jurídica actual del proceso de integración del MERCOSUR dentro de los sistemas jurídicos internos de los

* Advogada pela Universidade de Buenos Aires (UBA). Mestrando pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Bolsista da CAPES.

países propulsores del espacio integrado, Argentina y Brasil. Es notable observar que los países que impulsaron tal proceso, hace más de 20 años, todavía encuentran dificultades para reconocer la supremacía de las normas emanadas del bloque regional en sus ordenamientos jurídicos internos. Existe, sin embargo, una diferencia sustancial en la recepción del derecho regional por parte de Argentina con relación al Brasil, la cual será objeto de nuestro estudio.

La discusión sobre la recepción del derecho comunitario no se vincula directamente con el reconocimiento de la primacía del derecho internacional por los Estados miembros y escapa a la clásica discusión entre monismo y dualismo[1]. Es que cada país puede acoger el derecho internacional de diversas formas y adjudicar, no obstante ello, una jerarquía superior al derecho comunitario. Sin embargo, dentro del sistema jurídico de los países miembros del MERCOSUR la realidad jurídica y también política, es diferente. Dice Deisy Ventura al respecto:

> … Las lecciones de Europa permiten a los analistas del Mercosur percibir que la primacía del derecho de la integración no depende del dilema entre monismo y dualismo. En teoría, nada impide a un Estado dualista reconocer la primacía de la norma comunitaria no incorporada a su ordenamiento jurídico, ya que esta norma no

[1]Para continuar nuestro estudio y para una mejor comprensión del tema, y debido a que el derecho mercosureño todavía es acogido por las constituciones de los países miembros como derecho internacional general, es preciso hacer mención al conocido debate entre monistas y dualistas. Los dualistas defienden la idea de que el orden interno y el orden internacional componen sistemas jurídicos independientes y desconectados. Al formar parte en un tratado, el Estado se obliga ante otras personas jurídicas extranjeras sin que eso influencie su orden jurídico interno. Así, para hacer valer las disposiciones estipuladas en un tratado internacional, ese Estado debe reproducirlas en el derecho interno. Al ser incorporado el tratado internacional, como ley interna, comenzaría a vigorar internamente siguiendo las pautas establecidas para la jerarquía de leyes internas, esto es, los principios de: especialidad y tiempo. La teoría monista, por el contrario, defiende la idea de que no cabe la posibilidad de una división entre el derecho interno y el derecho internacional toda vez que existe un único orden jurídico. Las leyes, de esta forma, serian expresión del orden interno y del orden internacional y no habría necesidad de internacionalización de las obligaciones derivadas del tratado en el plano interno. Para esta corriente el dualismo es insostenible, ya que el derecho internacional y el nacional no pueden ser sistemas diferentes si las normas de ambos son consideradas válidas para el mismo espacio y al mismo tiempo. Cabe mencionar, que dentro de la teoría monista surgieron diferentes líneas de pensamientos. El denominado radical extremo que establece la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno, en este sentido, la Constitución del Estado, la mayor fuente normativa interna, se reporta en último análisis al derecho internacional, que da orientación sobre la legitimidad de su autoridad. Otra corriente, denominado monismo moderado, equipara jerárquicamente derecho interno e internacional y la prevalencia de uno sobre otro dependerá, en el caso concreto, del orden cronológico de su creación. Todavía, existen algunos autores que sostienen la clasificación del dualismo en radical extremo y moderado. El primero indica la necesidad de edición de una ley para la incorporación del tratado al orden jurídico nacional, el segundo, prescinde de ley, a pesar de que sea necesaria la observancia de los requisitos procedimentales previstos en el derecho interno: negociación, firma, aprobación del congreso, ratificación y promulgación. Sobre las diferentes corrientes y diferencia entre monismo y dualismo. Sobre La diferencia en la recepción de derecho del MERCORSUL y Unión Europea y entre el monismo y dualismo vea**:** DE ARAUJO Nadia. **Direito Internacional Privado. Teoria e Prática Brasileira**. 4 ed. Atualizada e ampliada. Renovar, 2008, p. 37-181.

> forma parte del derecho internacional general. De todos modos, el conflicto entre una norma comunitaria y una norma nacional es en el Mercosur tema de mero derecho internacional general. Nótese que, si las normas del Mercosur conciernen al derecho internacional general, parece lógico buscar la regla aplicable a los conflictos entre el derecho de la integración y el derecho interno en las normas constitucionales de los Estados miembros… [2].

Es siguiendo ese orden de ideas que se analizará la norma fundamental de Brasil y de Argentina para estudiar el tratamiento que ambos países dan a los tratados de integración.

Cabe resaltar, anticipadamente, que una Constitución que promueva la celebración de tratados de integración y que reconozca una jerarquía superior de ellos en el derecho interno, no garantiza, por ese solo hecho, la evolución del espacio integrado es necesario, además de ello, la voluntad de quienes toman decisiones políticas y la estabilidad económica necesaria para coordinar estrategias económicas y sociales conjuntas.

En las líneas que siguen se intentará demostrar que la solución adoptada por Argentina en su Constitución, luego de la reforma de 1994, es la que mejor se adapta a un proceso de integración como es el que pretende ser el MERCOSUR. Por otro lado, también se intentará demostrar que las desigualdades, en lo que se refiere a la recepción del derecho mercosureño y su posición jerárquica dentro de los ordenamientos jurídicos existente entre los dos principales socios del MERCOSUR, provocan un freno hacia la conformación del Mercado Común dentro del bloque.

El trabajo estará dividido en dos partes centrales. La primera de ellas, estudiará la situación de Argentina, sobre todo, después de la reforma a la Constitución de 1994, pero sin dejar de mencionar algunos aspectos relativos a las anteriores constituciones y la segunda, estudiará la situación de Brasil, después de la nueva Constitución de 1988 y la enmienda 45/2004. Una última parte identificará una deficiencia en ambos sistemas constitucionales. Con el estudio de aquellas tres partes abordaremos a una conclusión final.

1. LA PRIMACÍA DEL DERECHO DEL DERECHO DE INTEGRACIÓN DEL MERCOSUR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO

Para comenzar a esbozar alguna idea sobre éste punto, cabe resaltar, previamente, que ni la primera Constitución ni sus sucesivas reformas, hasta el año 1994, hicieron referencia al

[2]VENTURA, Deisy**. Las asimetrías entre el MERCOSUR y la Unión Europea:** Los desafíos de una asociación interregional. Barueri: Manole, 2003, p. 194

derecho de integración. Por ese motivo, se debía analizar la situación jerárquica del derecho de la integración a la luz de lo que la propia carta de derechos determinaba para la posición jerárquica del derecho internacional en general (tratados con las potencias extranjeras) dentro del territorio nacional. Los artículos referidos eran los siguientes: art. 31 que determinaba:

> ...Esta Constitución, las leyes de la Confederación que en su consecuencia se dicten por el Congreso, y los tratados con las potencias extranjeras, son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada Provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o Constituciones Provinciales....

Una lectura rápida y aislada sobre este artículo parecería indicar que tanto la Constitución como las leyes y los tratados con las potencias extranjeras se encontraban en una jerarquía idéntica. Sin embargo, es preciso recordar que los artículos de la Constitución forman un sistema normativo unificado y deben interpretarse de forma íntegra, es mediante ese análisis que se esclarece la interpretación sobre tal jerarquía. Así, los artículos 27 y 28 determinaban, aunque de forma deficiente, la posición de las leyes nacionales y los tratados con las potencias extranjeras dentro del territorio de la república. Estos decían respectivamente:

> ...El Gobierno Federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución..." y "... Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio...

Es así que, si el gobierno federal debía afianzar sus relaciones con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén de conformidad con la Constitución, éstos tratados tenían una jerarquía inferior a aquella, ya que, todo tratado que no respetase esa conformidad era pasible de ser declarado inconstitucional y, por lo tanto, no válido para el caso concreto (debido a que la declaración de inconstitucionalidad en Argentina no tiene efecto *erga omnes*). Por su vez, el artículo 28 determina que los derechos, garantías y principios que reconoce la Constitución no pueden ser alterados por las leyes. Esto quiere decir que toda ley que venga a reglamentar algún derecho reconocido en la Constitución y

que, al realizar tal reglamentación, provoque una alteración en su naturaleza, también será pasible de ser declarado inconstitucional, por no corresponderse con la norma determinada superior. De esta manera, y por la lectura de esos tres artículos, podían extraerse al menos tres conclusiones:

i. Tanto las leyes como los tratados internacionales tenían una jerarquía inferior a la Constitución Nacional.

ii. La Constitución de 1853-60 y sus sucesivas reformas, hasta 1994, no determinaron en que nivel jerárquico se encontraban las leyes nacionales con relación a los tratados internacionales., y

iii. Al no mencionar específicamente a los tratados de integración regional, éstos pertenecían a la categorización genérica de "tratados con las naciones extranjeras" y, por consiguiente, ubicados en un nivel inferior a la Constitución pero con una confusa ubicación en el ordenamiento jurídico con relación a las leyes nacionales[3].

Como quedo dicho y debido a que los tratados de integración, hasta la reforma de 1994, ocupaban la categoría de "tratados con las naciones extranjeras", las sucesivas y variadas interpretaciones jurisprudenciales que se establecieron como consecuencia de la falta de clareza constitucional, en lo que se refería a la relación jerárquica entre leyes nacionales y tratados internacionales, terminó por influir directamente sobre la jerarquía que se le daba, en el plano nacional, a los mencionados tratados de integración. De este modo, algunas veces los tratados internacionales, tanto comunes como de integración, eran posicionados en un nivel superior a las leyes y en otras oportunidades ocurría todo lo contrario.

1.1 El MERCOSUR y la Constitución Argentina.

[3] Si bien los tratados de integración pueden clasificarse en la categoría de "tratados con naciones extranjeras", pues efectivamente son una especie de tratado internacional, aquellos tienen una característica especial, cual es, crear entre los estados firmantes un espacio de integración económica y política. Ellos son, a su vez, instrumentos necesarios que dan contenido al derecho comunitario. Así como los tratados internacionales son los instrumentos jurídicos susceptibles de crear vínculos jurídicos entre los sujetos de derecho internacional publico, los tratados de integración son lo instrumentos capaces de crear vínculos jurídicos entre Estados que tienen la voluntad de alcanzar alguna fase de integración, tanto política como económica. Esas relación provoca un acercamiento mayor entre los Estados que el establecido por el derecho internacional clásico, pero menor que el vinculo que se establece entre reparticiones de un mismo Estados.

En la década del 80 Brasil y Argentina firmaron una serie de acuerdos bilaterales y en 1991, más precisamente un 26 de marzo, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay firman el tratado de Asunción dando nacimiento al proceso de integración denominado MERCOSUR. Al momento de la firma del tratado de Asunción, en Argentina continuaba vigente una Constitución que no hacía ninguna referencia a los tratados de integración y que todavía seguía sufriendo grandes problemas de interpretación respecto de los tratados internacionales comunes. Esto quería decir que, inclusive el tratado de Asunción, recientemente firmado, podía encontrarse en una jerarquía inferior a una ley nacional y, consecuentemente, ser derogado por aquella. Esa situación podía provocar que el acuerdo de integración no fuese cumplido. Por éste y por otros motivos que escapan al análisis de este estudio, una modificación constitucional era inminente.

Sin embargo, es la Corte Suprema de Justicia de la Argentina, y no la Convención Constituyente, la que se expide con anticipación. Para julio de 1992 la CSJN emite un fallo de gran importancia en el sentido de determinar la jerarquía existente entre leyes nacionales y tratados internacionales. En el caso se disputaba el derecho a réplica previsto en un tratado internacional, pero que aun no se encontraba reglamentado[4]. La Corte, en esa oportunidad, determina que la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, ratificada por la Argentina y que, en su Art. 27, establece que ningún Estado parte puede interponer su derecho interno con el fin de incumplir una obligación internacional[5], era aplicable al caso, reconoce el derecho a réplica, aunque no se encontrara reglamentado y determina la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno ante un eventual conflicto entre una ley Interna y un tratado internacional. Ese caso marcó precedente y a partir de allí, jurisprudencialmente, se entendió en ese sentido.

Finalmente, en 1994 se produce la reforma de la Constitución en varios artículos[6]. Los artículos que nos interesan estudiar, a los fines de este trabajo, son aquellos que modificaron

[4] CSJN Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros. **Repertorio** 1992-c-547, julio 7- 199

[5] Determina el art. 27 de la Convención de Viena: "…Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46 …"

[6] Es importante resaltar que las reformas a la Constitución argentina se operan de una forma rígida, mediante la creación de una Convención Constituyente al efecto, y que, la necesidad de reforma debe ser declarada por el congreso por mayoría agravada (2/3 de cada Cámara del Congreso). Esto quiere decir que una reforma a la Constitución Argentina debe contar con el consenso necesario, hecho que no es fácil de acontecer. Al contrario

la recepción del derecho internacional y la diferenciación que se establece entre tratados de derecho internacional público en general y tratados de integración en particular[7]. La reforma esclareció el problema de interpretación que existía en la antigua Constitución al determinar, en el art. 75 inc.22, expresamente que, los tratados tienen jerarquía superior a las leyes. Dice el art. 75 inc. 22:

> …Corresponde al Congreso: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional...

Como fue dicho anteriormente, el primer párrafo de éste articulo vino a esclarecer, definitivamente, la interpretación que efectuaban los jueces concernientes a la jerarquía que ocupan los tratados con relación a las leyes al decir, de forma categórica, que "los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes". Por lo tanto, cualquier interpretación jurisprudencial en sentido contrario será pasible de ser declarada inconstitucional, por no cumplir con lo resuelto constitucionalmente.

En el segundo párrafo se enumeran aquellos tratados de Derechos Humanos que gozan de jerarquía constitucional a partir de la sanción de la Constitución reformada, siendo

---

de lo que sucede con el derecho constitucional brasilero, la Constitución Argentina no puede reformarse mediante enmiendas votadas por el mismo Poder Legislativo.

[7] A partir de la reforma de 1994 se pueden identificar, por lo menos, cinco clases de tratados, ellos son: tratados con las naciones extranjeras en general, tratados de integración con países de latinoamercia, tratados de integración con otros países, tratados de derechos humanos sin jerarquía constitucional y tratados de Derechos Humanos que gozan de jerarquía constitucional.

complementarios de los derechos y garantías constitucionales reconocidos con anterioridad. Éstos son los llamados "tratados constitucionalizados" ocupando, junto con la Constitución, la mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico interno.

El último párrafo se refiere a otros tratados de Derechos Humanos que no fueron enumerados en el párrafo anterior, pero que pueden adquirir la misma jerarquía que éstos, si fueran aprobados por una mayoría agravada en ambas cámaras del congreso. Éstos son los llamados "tratados a constitucionalizar".

1.1.2 Los tratados de integración en la reforma de 1994.

Los constituyentes de 1994 decidieron otorgar un tratamiento especial a los tratados de integración. De esta manera, estos tratados se diferencian de los tratados comunes, de los tratados de Derechos Humanos constitucionalizados y de los tratados de Derechos Humanos a constitucionalizarse. Establece el inc. 24 del art. 75:

> Corresponde al Congreso: probar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes. La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo. La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Éste articulo otorga un tratamiento diferenciado a los tratado de integración que delegan competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales, de esta forma, "acondiciona" al sistema jurídico, para el caso de que Argentina llegue a formar parte de una organización con esas características. Así, los tratados de integración con países de Latinoamérica exigen, para su aprobación, la mayoría absoluta de los miembros de cada cámara, en cambio, con relación a los tratado de integración con otros países además de exigirse tal mayoría para declarar la conveniencia de la aprobación, es necesaria un posterior asentimiento, dentro de los 120 días de declarada la conveniencia, por la mayoría absoluta de cada cámara, para que ese Tratado sea finalmente aprobado y entre en vigor.

El artículo se encarga de establecer que éstos tratados de integración, tanto los firmados con países de Latinoamérica como los firmados con terceros países, también tienen jerarquía superior a las leyes, esto es así para garantizar que una futura interpretación del artículo se efectúe en sentido contrario a la voluntad de los constituyentes.

Las conclusiones que se extraen luego de la reforma de 1994, en lo relativo a la recepción del derecho internacional, son las siguientes:

i. Tratados de derecho internacional comunes: tienen, indiscutiblemente, jerarquía superior a las leyes nacionales, pero jerarquía inferior a la Constitución.

ii. Tratados de Derechos Humanos constitucionalizados: enumerados en el art. 75 inc. 22 (en las condiciones de su vigencia, esto quiere decir, con la reservas que se hayan efectuado) tienen jerarquía constitucional.

iii. Tratados de Derechos Humanos no constitucionalizados: gozan de la jerarquía establecida para los tratados de derecho internacional comunes, o sea, son superiores a las leyes nacionales e inferiores a la Constitución, pudiendo alcanzar jerarquía constitucional si, una vez aprobados por el Congreso, éste mediante otra manifestación de voluntad por las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara, determina que tendrán tal jerarquía

iv. Tratados de integración que delegan competencias a organismos supranacionales: siempre que se efectúen en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los Derechos Humanos tienen jerarquía superior a las leyes pero inferior a la Constitución.

A partir del análisis de los artículos reformados de la Constitución surge una cuestión a dilucidar: ¿los tratados celebrados en el marco del MERCOSUR deben ser considerados como tratados comunes y por lo tanto estar regulados por el art. 75 Inc. 22, o deben considerarse tratados de integración y por ese motivo estar regulados por el art 75 Inc. 24? La respuesta a esa pregunta debe buscarse en la naturaleza de las instituciones del MERCOSUR. De esta manera, debemos decir que, al no poseer el MERCOSUR carácter supranacional[8], el

[8]No existe en el MERCORSUR un cambio de titularidad o una cesión en el ejercicio de las competencias estatales por parte de los Estados miembros**.** El órgano superior del MERCOSUR (El Consejo de Mercado Común) y los demás órganos con capacidad decisoria (Grupo de Mercado Común y Comisión de Comercio del Mercosur) como indica el Protocolo de Ouro Preto, son de naturaleza intergubernamental. Esto quiere decir, que están conformados y tienen gran influencia de los poderes ejecutivos de cada Estado Miembro, integrados por

art. 75 inc. 24 no es aplicable en ese caso, ya que el mismo, recordamos, establece: *"… tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales..."*, razón por la cual, se continua aplicando, para el caso del MERCOSUR, la solución aplicada a los tratados de derecho internacional común.

De todas formas, luego de la reforma de 1994, no queda duda de lo siguiente:

I. El derecho que emana de instituciones del MERCOSUR, al aplicarse la solución dada para la aplicación del derecho internacional general, tiene jerarquía superior a las leyes nacionales, pero inferior a la Constitución.

II. Para el caso de que el MERCOSUR adquiera un grado de supranacionalidad, el ordenamiento jurídico argentino, debido a lo establecido en su Constitución, estará preparado para adaptarse a esa nueva situación jurídica.

Finalizando éste punto de nuestro estudio mencionaremos un reciente fallo emitido por la CSJN que confirma la jerarquía superior de los tratados con relación a las leyes nacionales y ubica la discusión más allá de ese conflicto, aparentemente ya superado en el ordenamiento jurídico argentino. Se trata del denominado caso "SanCor"[9].

Antes de que la Corte resolviera, la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó una sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación y, en consecuencia, hizo lugar a la demanda presentada por SanCor dejando sin efecto seis resoluciones dictadas por la Aduana de Santa Fe mediante las que se habían rechazado las impugnaciones presentadas para que se abonasen los derechos de exportación correspondientes a los permisos de embarque vinculados con ciertas operaciones de exportación de leche en polvo a Brasil y Paraguay. La cámara, en su oportunidad, dispuso que:

> ...el legislador no tiene atribuciones para modificar un tratado internacional, y que el Estado Nacional ha de velar por el cumplimiento de esos convenios de jerarquía superior a las leyes…

y con respecto al tratado de Asunción, que dio lugar al Mercosur, sostuvo que

Ministros de Relaciones Exteriores, de Economía, y miembros de los Bancos Centrales. Ver Protocolo de Ouro Preto de 17 de diciembre de 1994. Art. 2 a 21**.**

[9] S. 346. XLIII. SANCOR CUL (TF 18476-A) C/ DGA de 6 de octubre de 2009

> … es un acuerdo de integración económica, jurídica y política, de alcance parcial, en el marco de la ALADI, y que los derechos y obligaciones que de él emanan son jurídicamente exigibles para los Estados parte desde su entrada en vigencia…

Por lo tanto, entendió que la Resolución del Ministerio de Economía 11/02 que fijó derechos de exportación, sin hacer ninguna distinción entre si se trataba de países del MERCOSUR o de terceros países, era inconstitucional por no respetar el orden jerárquico establecido por la ley suprema, el tratado de Asunción[10]. Por su vez determinó que se violaban los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados. No conforme con ésta sentencia la Dirección General de Aduanas (DGA) interpone Recurso Extraordinario Federal y llega, de ésta forma, al más alto tribunal argentino.

El Procurador General de la Nación estima que corresponde revocar la sentencia de Cámara, es decir, que no encontró argumentos suficientes para determinar la inconstitucionalidad de los derechos a las exportaciones. Utilizó para sus argumentos, el hecho de que tanto el tratado de Asunción como el Anexo I, referido al Programa de Liberación Comercial estipuló la reducción progresiva de los gravámenes o derechos aduaneros de los países miembros entre sí, mencionando expresamente los *"gravámenes a la importación"*, omitiendo toda referencia a los que gravan la exportación de la mercancía. Finalmente, ante el pedido de la parte actora y, por mayoría de los jueces de la corte, se decidió realizar la siguiente opinión consultiva al Tribunal Permanente de Revisión: *¿El Tratado de Asunción impone a los Estados miembros del MERCOSUR la obligación de abstenerse de establecer derechos a la exportación de mercaderías originarias de uno de ellos y destinadas a otros Estados miembros?*[11] Cabe recordar que, la respuesta que emita el

[10] Se entendió que violaba los principios establecidos en el Tratado de Asunción. Específicamente el segundo párrafo del art. 1 en donde se determina que *"… el Mercado Común implica la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente…"*

[11] Existió en el fallo un voto, el de la Dra. Elena Highton de Nolasco, en disidencia que es preciso tomar en consideración. Ella declaró que era improcedente el pedido de un particular para que el TPR emitiera una opinión consultiva ya que: 1. Esa competencia debe ser ejercida o por los estados partes en conjunto o por los órganos con capacidad decisoria en el MERCOSUR y que 2. No se encontraban en juego, de modo directo, eventuales derechos de algún otro u otros Estados Partes del MERCOSUR, ni tampoco de algún nacional de aquéllos. Pero hay algo mucho más importante en los argumentos expuestos por la Dra. Highton de Nolasco y es cuando se refiere al carácter intergubernamental del MERCOSUR, diciendo que *"…las limitaciones indicadas se*

TPR no tiene carácter vinculante para la Corte Argentina, quien podrá decidir de forma contraria a tal contestación, sin embargo, una respuesta afirmativa a esa pregunta, por el TPR, provocaría que la Corte Suprema deba realizar un esfuerzo argumentativo aún mayor para entender lo contrario y, por lo tanto, declarar la constitucionalidad de los derechos de exportación[12].

Más allá de las circunstancias de éste caso, lo que importa remarcar es que: primero, la sentencia de la Cámara de Apelaciones confirma el carácter superior de los tratados internacionales sobre las leyes nacionales, segundo, que ante el inminente Fallo de la CSJN sobre éste caso, la discusión ya no se centrará entre la prevalencia del derecho interno sobre el derecho internacional o viceversa, debido a que este conflicto ya se encuentra superado, sino que, se orientará hacia la interpretación del proprio tratado de Asunción y su Anexo, teniéndose como una importante influencia, al momento de la decisión, lo que haya resuelto el TPR en su opinión consultiva.

2. LA PRIMACÍA DEL DERECHO DE INTEGRACIÓN DEL MERCOSUR EN EL ORDENAMIENTO JURIÍDICO BRASILEÑO

Brasil se dio una nueva Constitución en 1998, con la llegada de la democracia. Antes de ésta Constitución, el derecho de integración o una jerarquía entre normas internas e internacionales eran aspectos que ni siquiera se encontraban mencionados en su texto. A pesar de esta nueva reforma, en 1988, la determinación de una jerarquía entre las leyes nacionales y los tratados internacionales fue un asunto reiteradamente omitido en la nueva Constitución.

---

desprenden de la acotada competencia que los Estados Partes entre ellos la República Argentina, previa "negociación" y acuerdo consenso, han cedido a uno de los órganos del bloque (el Tribunal Permanente de Revisión) en un sistema que, como el del MERCOSUR, es intergubernamental, con marcada preponderancia de los respectivos Poderes Ejecutivos…" Considerando 7 del fallo. Y continúa diciendo *"…Que, sobre tales bases, al momento de verificar la concurrencia de las condiciones necesarias para elevar una solicitud de opinión consultiva al Tribunal Permanente de Revisión, corresponde a esta Corte atenerse estrictamente a los límites que respetando el compromiso que los Estados Partes han estado dispuestos a asumir a aquélla ha otorgado el propio MERCOSUR por medio del Consejo del Mercado Común…"* Considerando 8.

[12] Esto demuestra la necesidad de que se le otorgue a los órganos de solución de controversias del MERCOSUR carácter supranacional, de esta forma, mediante el envío del caso al TPR (órgano que se encuentra en mejores condiciones para interpretar la normativa Mercosureña) éste podría decidir sobre el eventual incumplimiento por parte de Argentina, al exigir derechos de exportación a países miembros del MERCOSUR, declarando que tal exigencia es incompatible con los objetivos del MERCOSUR y, por lo tanto, ordenando que se deroguen tales derechos. La consulta efectuada por Argentina, a mi modo de ver, revitaliza las instituciones del MERCOSUR, pero una decisión interna en contra de la eventual respuesta del TPR opacaría esa revitalización.

De ésta forma, esa ausencia favoreció, como lo hizo en épocas pasadas en Argentina, antes de la reforma de 1994, una interpretación jurisprudencial que adjudicaba a los tratados internacionales y las leyes nacionales una jerarquía infraconstitucional pero de idéntica posición entre ellas dentro del ordenamiento jurídico interno aplicándose, en caso de un posible conflicto entre ambas, los principios de tiempo (ley posterior deroga ley anterior) y especialidad (ley especial deroga ley general).

Existe en la Constitución brasileña, a pesar de aquella ausencia, una referencia a la integración latinoamericana, pero ésta se encuentra redactada en términos un tanto vagos. Dice el art. 4: *"… la República Federativa de Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de Latinoamérica, con vistas a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones…" (Traducción libre)*[13]. Como se dijo y como se puede observar claramente de la lectura de éste artículo, su redacción está efectuada en un lenguaje que sugiere más una expresión de deseos que la voluntad clara y específica de otorgar prevalencia al derecho que pueda surgir de esa integración sobre el propio derecho nacional. Por lo tanto, éste artículo se encuentra a la espera de una ley que reglamente su ejercicio, no gozando de eficacia concreta dentro del ordenamiento jurídico brasileño[14]. Dice Deisy Ventura al respecto:

> … Es ampliamente aceptado por la doctrina que esta regla posee apenas carácter programático y, consecuentemente, no goza de eficacia plena. En ausencia de otras disposiciones que tornen más precisa su interpretación, ella constituye apenas una autorización para negociar acuerdos de integración. Pero ella también debe constituir un parámetro de interpretación de las otras normas constitucionales, de modo que, cuando una disposición de la Ley Fundamental debe ser interpretada, debe serlo siempre en el sentido favorable a la integración latinoamericana y no en sentido contrario[15].

[13] Dice su texto en el original: *"...A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações..."*

[14] Sin embargo, existe una postura contraria a la que acabamos de exponer, por ejemplo, para Alejandro Perotti el artículo 4 habilita la participación de Brasil en el proyecto regional y no debe entenderse solo como una mera expresión de deseos. Ver: PEROTTI, Alejandro Daniel. **Hábilitación constitucional para la integración comunitarioa:** Estudio sobre los Estados del Mercosur. Tomo I. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2004, p. 227-280.

[15] VENTURA, Deisy. **Las asimetrías entre el MERCOSUR y la Unión Europea**. Los desafíos de una asociación interregional. Barueri. Manole, 2003, p. 206-207

De esta forma, la solución sobre la jerarquía de los tratados de integración, debe buscarse, una vez más, en la solución dada al derecho internacional común y, como se dijo anteriormente, la Constitución brasileña no otorga ninguna solución al posible conflicto entre una ley nacional y un tratado internacional. El Poder Judicial, en cada caso concreto, podrá decidir sobre tal jerarquía, con el peligro de que se puedan originar contradicciones entre cada una de las decisiones e, inclusive, sufriendo las consecuencias por el incumplimiento de un tratado en el plano internacional.

Más allá de este hecho, es necesario destacar que, en el 2009, casi 40 años después de su elaboración, el Parlamento brasileño aprobó la ya mencionada Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados con reservas en los artículos 25 y 66. Se espera, entonces, un cambio en la jurisprudencia brasileña en el sentido de dar plena vigencia a éste tratado y, por lo tanto, cumplir con lo establecido en sus artículos: 27, 26, 31 y 46. Esto quiere decir que:

i. Brasil no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

ii. Todo tratado que firme lo obliga internamente y debe cumplirse e interpretarse de buena fe.

iii. El hecho de que el consentimiento de Brasil en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado como vicio de su consentimiento, a menos que, esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

Cabe mencionar que, de todas formas, Brasil ya se encontraba obligado internacionalmente a cumplir con la Convención, ya que ésta es considerada norma jurídica internacional por costumbre. Dice Renata Alvares Gaspar:

> …pese a que las convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados no hayan tenido una internalización formal en Brasil hasta la fecha, no se puede obviar que el Derecho de los Tratados, desde hace mucho tiempo, es considerado norma jurídica internacional por costumbre. Es decir, no podían ser obviadas en Brasil, ni en cualquier parte, ya que es más que sabido que las disposiciones de estas convenciones no son más que la positivación de una costumbre internacional. Y como lo reconoce el propio artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la costumbre es fuente genuina del Derecho Internacional. Con lo cual, ya debería haber sido respetada por el sistema de justicia nacional Sin embargo, como venimos de una tradición positivista, donde las normas codificadas parecen tener más importancia en la práctica que otras fuentes del Derecho – incluso fuentes más genuinas que la ley imperativa y autorizante – se espera que la internalización de por

> lo menos una de las Convenciones de Viena, traiga nuevos aires a la jurisprudencia nacional y más fuerza a los operadores del Derecho, para que puedan seguir abogando por su respeto y aplicación rotunda…[16]

A pesar de esta aprobación legislativa, repetimos que la Constitución brasileña no hace mención a la jerarquía existente entre una ley nacional y un tratado internacional.

Brasil tuvo una gran oportunidad para demostrar su voluntad de actualizar su Constitución al nuevo orden internacional globalizado e interconectado, en donde el principio de soberanía estatal ya no es absoluto y la influencia de normas de organismos multilaterales, regionales y de los acuerdos celebrados con otros Estados, en el ámbito interno de cada país, es cada vez mayor, pero no lo hizo. La única referencia a la relación existente entre normas de carácter interno y normas de carácter internacional introducidas en el texto de la Constitución es la relativa a los tratados y convenciones internacionales de Derechos Humanos, pero ésta también presenta sus deficiencias. La enmienda 45/2004 modificó el art 5 que dice textualmente en el párrafo 3 que: *"…los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que fueran aprobados, en cada Casa del Congreso Nacional, en dos turnos, por tres quintos de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales…" (Traducción libre)*[17]. Sin embargo, las dudas sobre la interpretación de éste párrafo no dejan de surgir.

En ese sentido, es menester mencionar que, a pesar de éste nuevo párrafo, la Constitución brasilera ya contaba con un dispositivo constitucional que, de cierta forma hacía referencia a la jerarquía de los derechos humanos. Éste es el párrafo 2 del artículo 5 que estatuye que: "… l*os derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa do Brasil sea parte*[18]*…" (Traducción libre)*[19].

---

[16] Sobre la aprobación de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 vea: GASPAR ALVARES, Renata, Crónica brasilera: la internalización de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 (Tratados celebrados entre Estados Soberanos) Publicado el 23 Julio, 2009 por ASADIP (Asociación Americana de Derecho Internacional Privado). http://asadip.wordpress.com/2009/07/23/crnica-brasilera-la-internalizacin-de-la-convencin-de-viena-sobre-derecho-de-los-tratados-de-1969-tratados-celebrados-entre-estados-soberanos/ LINK ASADIP. Ingreso 22/01/2010.

[17] Dice textualmente el original: *"…Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais..."*

[18] Éste dispositivo Constitucional Brasilero se asemeja al Art. 33 de la Constitución Argentina que establece: "… *Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de*

Así, se reconoció una doble fuente normativa, la derivada del derecho interno y aquella derivada del derecho internacional. De forma que, se atribuyó a los tratados internacionales de protección de los Derechos Humanos debidamente ratificados por Brasil la condición de fuente del sistema constitucional de protección formando un bloque de constitucionalidad[20]. De esta manera, de la interpretación de estos dos párrafos, surgen algunas dudas que la Constitución no se encargó de aclarar, entre ellas las siguientes: i. ¿Podrían los tratados ratificados antes de la incorporación de la enmienda perder su *status* de norma constitucional?; ii. ¿Precisarían esos tratados ratificados con anterioridad a la enmienda una nueva aprobación del Congreso, ésta vez con la mayoría del párrafo 3?; iii. ¿Existiría alguna diferencia entre el *status* constitucional consagrado en el párrafo 2 y el carácter de enmienda constitucional consagrado en el párrafo 3 para los tratados de Derechos Humanos?

Para responder aquellas preguntas, Valerio de Oliveira Mazzuoli hace una distinción entre los tratados de Derechos Humanos que ya poseían nivel de normas constitucionales, gracias al párrafo 2 del articulo 5 y que, por lo tanto, formaban parte de la Constitución material, y los tratados de Derechos Humanos que en un futuro alcanzarán *status* de enmienda, formando parte de la Constitución Formal y que por lo tanto no podrán ser objeto de denuncia[21]. Un análisis más profundo sobre la jerarquía que ocupan los tratados de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico brasileño excede los objetivos de éste trabajo que está destinado a estudiar, como su título lo indica, la primacía del derecho de integración, más precisamente del MERCOSUR, en los ordenamientos jurídicos de Brasil y Argentina, por lo tanto, se coloca el análisis sobre el los tratados de Derechos Humanos en el derecho brasilero para un futuro estudio.

---

otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno…"

[19] Dice textualmente el texto de la norma: *"…Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte..."*

[20] Según Bidart Campos, el bloque constitucional argentino, luego de la reforma de 1994, se encuentra conformado por la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de Derechos Humanos numerados el art. 75 Inc. 22. Éste bloque tiene una igual supremacía sobre el derecho infraconstitucional. BIDART CAMPOS, Germán J. **Manual de la Constitución reformada**. Tomo I. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editorial, Comercial Industrial y Financiera, 2006, p. 34

[21] MAZZUOLI DE OLIVIERA, Valerio. O Novo parágrafo 3 do Art.5 da Constituição e sua eficácia. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Org.). **Desafíos do Direito Internacional Contemporâneo**: Jornadas de Direito Internacional Público no Itamaraty. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007, p. 411.

Lo que sí podemos decir, a modo de reflexión sobre este aspecto, es que pareció faltar tanto la voluntad política y/o el conocimiento del derecho internacional público necesario de quienes efectuaron la enmienda 45/2004. Esto porque la redacción de la misma, en vez de aclarar la interpretación sobre la jerarquía constitucional dentro del ordenamiento jurídico brasilero de los tratados de Derechos Humanos, vino a "ensombrecer" aún más dicha interpretación y, del mismo modo, se perdió una importante oportunidad de introducir alguna reforma en lo que se refiere a la jerarquía que ocupan los tratados comunes y los tratados de integración en el derecho interno brasileño.

Así, luego de la nueva Constitución de 1988 y la posterior enmienda 45/2004 se pueden extraer las siguientes conclusiones:

i. Los tratados de Derechos Humanos, aunque no enumerados en la Constitución poseen *status* constitucional. Art. 5 párrafo 2.

ii. Los tratados de Derechos Humanos aprobados por la mayoría de tres quintos de cada casa del Congreso, tiene jerarquía de enmienda constitucional.

iii. Los tratados internacionales comunes y los tratados de integración no gozan de una jerarquía superior a las leyes nacionales, aplicándose los principios, en caso de un posible conflicto entre ambos, de tiempo y de especialidad. (ésta situación jurídica podría verse modificada por la reciente aprobación de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969).

2.1 Argumentos brasileros en contra de la primacía del derecho de integración

Deisy Ventura identifica dos incompatibilidades sostenidas por la doctrina brasilera que hacen con que no sea posible la participación del Brasil en una organización con características supranacionales. Éstas se presentan como un obstáculo para la formación de un proceso de integración por afectar los principios de: (i) Separación de poderes y (ii) Federación. Con respecto a la primera de las incompatibilidades, se sostiene que transferir competencias a organismos supranacionales iría en contradicción con el Art. 60, párrafo 4[22],

[22] Dice textualmente el art. 64, párrafo 4: *"...Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais..."*

inc. III de la Constitución y en contradicción con las normas constitucionales relativas a la división del poder normativo y al reparto de las funciones judicial y ejecutiva. Sin embargo, Ventura se encarga de rebatir ese argumento diciendo que, desde que el Poder Ejecutivo posee facultades legislativas, éstas no forman parte exclusiva de un solo órgano y no se corrobora la separación estanca de esas competencias. Por lo tanto, la participación de Brasil en un órgano supranacional que concentre funciones normativas y ejecutivas no sería una innovación ni debería considerarse inconstitucional[23]. Ahora, en lo que respecta a la función judicial, los obstáculos para la sumisión de Brasil a una jurisdicción supranacional son más fuertes y ella expresa la necesidad de una reforma constitucional en ese sentido. Con respecto a la segunda incompatibilidad, esto es, recordamos, la incompatibilidad entre la federación y la integración, se sostiene que los Estados Federados perderían poder si pertenecieran a una entidad supranacional. Sin embargo, la realidad de Brasil, dice Ventura, demuestra que el modelo federalista actual ya es frágil. En todo caso, se deberá analizar si la participación en un órgano supranacional constituye una violación del artículo 60 párrafo 4 de la ley fundamental. El STF afirmó, en ese sentido, que la forma federativa de Estado no puede ser definida a partir de un modelo ideal y preestablecido de federación. Así, los límites materiales del poder de reforma de la Constitución previstos por el artículo 60 párrafo 4, no significan la intangibilidad absoluta de los artículos relativos a la federación, sino simplemente la protección del núcleo esencial de los principios que ella protege[24].

3. LA DEFICIENCIA EN AMBOS SISTEMAS CONSTITUCIONALES

A pesar de las diferencias existentes entre los dos sistemas constitucionales, en lo relativo a la recepción del derecho internacional público, cabe mencionar, todavía, una inconsistencia común, dentro de los dos sistemas jurídicos, tanto del brasilero como del argentino. Teniendo en cuenta el art. 27 de la ya mencionada Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y el principio del *pacta sunt servanda*, inclusive la Constitución de los Estados, por ser también derecho interno, debería subordinarse al derecho internacional.

---

[23]VENTURA, Deisy. **As assimetrias entre o MERCOSUL e a União Européia**: os desafios de uma associação inter-regional. Barueri: Manole, 2003, p. 219

[24]STF, Ação direta de inconstitucionalidade n· 2.024, del 27 de octubre de 1999, pub el 1· de diciembre de 2000.

Desde una perspectiva internacional, todos los Estados deben ser considerados iguales, con iguales condiciones para negociar y acordar tratados entre ellos. Desde un punto de vista meramente jurídico todos los Estados se encuentran en un plano de igualdad para establecer relaciones mutuas. O sea, que todos los Estados se someten, en condiciones de igualdad, a las reglas del derecho internacional, que determina como se establecerán esas relaciones y, por ese motivo, sus Constituciones deben derivar de ese derecho.[25] Con respecto a la reforma efectuada a la Constitución argentina en 1994 Bidart Campos observó lo siguiente:

> …Argentina, al ratificar y prestar recepción a la convención de Viena sobre derecho de los tratados, se ha obligado a acatar su art. 27, en el que se define y reafirma que ningún estado parte puede invocar su derecho interno para incumplir un tratado. No es coherente, por eso, que la reforma constitucional de 1994 sólo haya reconocido a los tratados un rango supralegal, manteniendo como principio general (con la excepción de los tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional) el criterio de que los tratados son infraconstitucionales…[26]

Ésta incongruencia se encuentra aún más acentuada en el derecho brasileño, debido al hecho de que su Constitución es mucho más extensa y minuciosa que la argentina. Veamos un ejemplo que ilustra ésta postura. En el caso Livramento-ribera (ciudades de frontera entre Uruguay Brasil), un juez uruguayo de Rivera envió directamente al juez brasilero de Santana do Livramento una carta rogatoria. El magistrado brasileño dio lugar al pedido y ordenó el exequátur de la sentencia uruguaya con base en el Protocolo de Las Leñas[27] del MERCOSUR. La parte perjudicada por la celeridad recurrió ante el STF (ahora es el STJ el competente para procesar y juzgar la homologación de sentencias extranjeras y la concesión de exequátur a las cartas rogatorias) argumentando que esa decisión era inconstitucional. El STF consideró que la regla del MERCOSUR es jerárquicamente subordinada a la norma constitucional brasilera, en ese momento el artículo 102, inc. I, alinea "h" de la Constitución Federal, según la cual, el presidente del STF era la única autoridad competente para decidir la ejecución de una carta rogatoria. La Constitución argentina es más acotada en éste aspecto delineando los principios, derechos y garantías básicos, dejando la reglamentación de éstos a las leyes nacionales y

[25] Sobre la superioridad jerárquica del derecho internacional público vea: KELSEN, Hans. **O que é justiça**. A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 278-283.

[26] BIDART CAMPOS, Germán J. **Manual de la Constitución reformada**. Tomo I. Ediar Sociedad Anónima Editorial, Comercial Industrial y Financiera. Buenos Aires 2006. P. 340-341

[27] El Protocolo de Las Leñas es un instrumento de cooperación procesal del bloque del MERCORSUR.

éstas, como se dijo, son jerárquicamente inferiores a los tratados internacionales. De esta forma, en el caso citado y, debido al hecho de que el procedimiento sobre ejecución de sentencias extranjeras se encuentran reglamentado en los Códigos Procesales y no en la Constitución, hubiese primado, sin lugar a dudas, el Protocolo de Las Leñas, en caso contrario, se podría haber recurrido la decisión por inconstitucional al no respetar el orden jerárquico establecido en la propia Constitución Nacional.

CONCLUSIÓN

Éste trabajo tuvo como objetivo central estudiar la situación jurídica del proceso de Integración del MERCOSUR dentro de los sistemas constitucionales argentino y brasilero. Fue necesario, para realizar ese estudio, abordar temas relativos al derecho internacional común debido al hecho de que el MERCOSUR no es un organismo supranacional y, por lo tanto, la normativa que deriva de sus instituciones son tratadas, dentro de los países miembros, como mero derecho internacional y no como derecho comunitario. Sin embargo, existen diferencias sustanciales en la recepción de los tratados internacionales por parte de Argentina y Brasil y, consecuentemente, en la recepción del derecho mercorsureño. En Argentina, una vez incorporado el Derecho que deriva del MERCOSUR, éste tendrá jerarquía superior a las leyes nacionales, en el caso de un posible conflicto, así lo demuestra el caso SanCor, anteriormente citado. En cambio en Brasil, una vez internacionalizado el derecho mercosureño éste integrará el ordenamiento jurídico interno como una ley ordinaria más, siguiendo los principios aplicables a cualquier ley interna, estos son, los principios de especialidad y tiempo. Por su parte, para el caso de que el MERCOSUR llegue a alcanzar un nivel supranacional, la Constitución argentina se encontraría adaptada a esa nueva situación jurídica, sin la necesidad de que se efectúe una nueva reforma al respecto. En cambio, la Constitución brasileña deberá realizar una reforma bastante significativa para actualizar su derecho interno a una eventual supranacionalidad mercosureña.

Para continuar en la evolución del espacio integrado, la armonización constitucional de los cuatro países miembros, en lo relativo a la jerarquía que se les otorga a los tratados internacionales comunes, debido al actual estadio en que se encuentra el MERCOSUR, es sumamente necesaria.

Se recomienda, también, que todos los Estados miembros adapten sus Constituciones al nuevo orden regional, otorgando un espacio especifico en sus cartas fundamentales al tema relativo al derecho de integración. De lo contrario, cada país estará "jugando con sus propias reglas" sin que medie coordinación de intereses, ya que, dentro de cada Estado, el valor jurídico dado al MERCOSUR diferirá considerablemente. Además, debemos tener en cuenta que los Estados miembros, al firmar el Protocolo de Ouro Petro, se comprometieron a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR y a armonizar sus legislaciones para lograr el fortalecimiento del proceso de integración, incluida sus Constituciones. Obviamente el mero hecho de adaptar jurídicamente el sistema no es suficiente para evolucionar hacia una plena integración regional. La política, la economía, y las cuestiones sociales juegan un papel preponderante para conseguir esa conformación.

REFERENCIAS

ALVARES, Renata Gaspar. **Crónica brasilera: la internalización de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969** (Tratados celebrados entre Estados Soberanos) Publicado el 23 Julio, 2009 por ASADIP: http://asadip.wordpress.com/2009/07/23/crnica-brasilera-la-internalizacin-de-la-convencin-de-viena-sobre-derecho-de-los-tratados-de-1969-tratados-celebrados-entre-estados-soberanos/ LINK ASADIP

ARAUJO, Nadia. ***Direito Internacional Privado. Teoria e Prática Brasileira***. 4ta edição. Atualizada e ampliada. Rio de Janeiro. Renovar, 2008.

BADENI, Greogorio. **Tratado de derecho Constitucional.** Tomo I. 2 ed. La ley, 2006.

CAMPOS, Germán J. Bidart. **Manual de la Constitución reformada.** Tomo I. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editorial, Comercial Industrial y Financiera, 2006.

FARIA, José Ângelo Estrella. **O MERCOSUL: princípios, finalidades e alcance do Tratado de Assunção.** Brasília: Subsecretaria Geral de Assuntos da Integração, Econômicos e do Comércio Exterior, Núcleo de assessoramento Técnico, 1993.

JAEGER JUNIOR, Augusto; DEL'OLMO, Florisbal de Souza . MERCOSUL. In: DEL'OLMO, Florisbal de Souza. (Org.). **Curso de Direito Internacional Privado**. 7 ed. v 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

JIMENEZ, Martha Lucía Olivar. La comprensión del concepto de derecho comunitario para una verdadera integración en el Cono Sur. In: BASSO, Maristella (org.). **Mercosul***:* seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 15-76.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. A garantia jurisdicional da Constituição (exposições e debates na sessão de outubro de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público). São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **O que é justiça.** A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência**.** Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Org.). **Desafíos do Direito Internacional Contemporâneo**: Jornadas de Direito Internacional Público no Itamaraty. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

MORALES, Henrique CHOER. O novo sistema jurisdicional do MERCOSUL. Um primeiro olhar sobre o Protocolo de Olivos. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais. No 39. Ano 10 abril/junho de 2002. p. 57-71.

NINO, Carlos Santiago. **Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional.** 2ª reimpresión. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2002.

PEROTTI, Alejandro Daniel. **Hábilitación constitucional para la integración comunitarioa. Estudio sobre los Estados del Mercosur.** 2 tomos. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2004.

TREMPS, Pablo Pérez. El concepto de integración supranacional en la Constitución**. Revista del Centro de Estudios Constitucionales**. Nº. 13. Septiembre-diciembre 1992.

VENTURA, Deisy. **Las asimetrías entre el MERCOSUR y la Unión Europea. Los desafíos de una asociación interregional.** Barueri: Manole, 2003.

O CONSTRUTIVISMO DE FRANÇOIS GENY E A METÓDICA ESTRUTURANTE DE FRIEDRICH MÜLLER: HÁ UM PARALELISMO POSSÍVEL ENTRE A ESCOLA DA LIVRE INVESTIGAÇÃO CIENTÍFICA E A TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO?

VINÍCIUS DE MATTOS MAGALHÃES[*]

RESUMO:
O presente trabalhou pretende investigar se há, entre a Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller e a Escola da Livre Investigação Científica de François Geny, um possível paralelismo, considerando que ambos os autores reconhecem a insuficiência da literalidade dos dispositivos legais na resolução de problemas; ambos buscam uma aproximação entre o Direito e a Realidade; reconhecem a importância do trabalho multidisciplinar na determinação da parcela da *realidade* aplicável ao caso concreto, entre outras semelhanças normativas. Partindo desta hipótese de trabalho, analisou-se a teoria de François Geny, expondo-se, após, em linhas gerais, a Teoria Estruturante do Direito e os métodos de concretização da Constituição propugnados por Friedrich Müller. Em um passo final, o trabalho é concluído no sentido de que há inúmeras semelhanças nas teorias dos referidos autores, sobretudo em relação à categoria normativa "*construído"* de François Geny e o "*âmbito da norma",* desenvolvida por Friedrich Müller.

ABSTRACT
The present essay pretend to investigate if there is, between the Friedrich Müller' Structural Theory of Law and the François Geny' School of Free Scientific Investigation, a possible parallelism, considering that both authors recognize the insufficiency of the literality of legal norms in the resolutions of legal problems; they both look for an approach between the Right and the Reality; they recognize the importance of a multidisciplinary work on the determination of the part of the applicable reality to concrete cases, among other similarities. Leaving from this work hypothesis, François Geny's theory was first analyzed, and then the work exposes in general terms Müller' Structural Theory of Law and the concretization methods proposed by him. In a final step, the essay concludes that there are countless similarities in the referred authors' theories, mainly on the categories *constructivism*, built by François Geny, and the *extent of norm,* developed by Friedrich Müller.

1 INTRODUÇÃO

Um dos focos mais frequentes dos debates acadêmicos contemporâneos concentra-se nas controvérsias normativas relacionadas aos limites e *métodos* de interpretação constitucional. A Hermenêutica ganha, inequivocamente, um espaço significativo no debate, na medida em que as constituições modernas costumam possibilitar uma ampla atuação interpretativa por parte daqueles que a aplicam: seus textos costumam granjear um arsenal considerável de princípios, consagrando-os, nos meandros de sua positividade, como verdadeiras *normas jurídicas*, qualidade que

[*] Mestrando em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

durante tanto tempo lhes foi negada. A abertura lingüística de seus preceitos – que normalmente consagram valores e ideologias dominantes em determinado tempo – possibilita um contato imediato do intérprete com a realidade, ou, para usar uma linguagem da teoria autopoiética do Direito, do *sistema* com o seu *entorno*.

Com a ascensão dos princípios às constituições e com o reconhecimento de sua *normatividade* na *positividade* do Direito, numa idade teórica que Paulo Bonavides tem denominado de pós-positivista – por questionar algumas das teses centrais do positivismo que prevaleceu no início do séc. XX –, ganha espaço cada vez mais significativo o debate acerca da interpretação constitucional. Quais seriam os limites de atuação do intérprete – e, precipuamente, do *Guardião da Constituição* – na fixação dos parâmetros e dos mecanismos de efetivação do texto constitucional? Se a Constituição é marcada por normas jurídicas que possuem uma *textura essencialmente aberta*, para usar a expressão de Hebert L. Hart, como afinar a abstratividade dos princípios com as especificidades do caso concreto?

Perguntas como essa deram espaço à publicação de diversos trabalhos, que, no Brasil, ganharam significativo espaço nos periódicos brasileiros, principalmente quando as ideias de Konrad Hesse passaram a fazer parte do discurso teórico de diversos constitucionalistas, prática que vem sendo denominada por Virgílio Afonso da Silva como uma tentativa de se fazer "Direito Constitucional alemão no Brasil".[1]

Indiscutivelmente relevante para um completo deslinde de tais discussões e reluzindo para os poucos que o acessam – talvez pela dificuldade, até bem pouco tempo presente, concernente à ausência de tradução de suas principais obras para o português – , um importante teórico do Séc. XX apresenta uma alternativa muito valiosa à problemática supra aludida no âmbito da Teoria do Direito, com implicações práticas significativas para a Hermenêutica Constitucional. Com a *Teoria Estruturante do Direito*, Friedrich Müller examina não apenas a estrutura das normas jurídicas e os limites de sua interpretação – numa perspectiva que vai denominar-se *concretista* –, mas também a complexidade de toda a ordem jurídica e o modo como a *ciência* do Direito – ou de sua sempre presente ambição de se afirmar enquanto tal – deve orientar-se, não deixando de se debruçar sobre a importante discussão acerca do *método*, sua utilidade e limitações.

[1] SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. *In:* SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 115-145.

Aquilatar a importância teórica de sua investigação no âmbito da Hermenêutica traduz o principal escopo do presente trabalho, que buscará, sob o ângulo de uma análise comparativa, traçar um paralelo entre a *Teoria Estruturante do Direito* e a *Escola da Livre Investigação Científica*, utilizando-se, como referencial teórico, Friedrich Müller, quanto à primeira, e François Geny, quanto à segunda. Tentar-se-á, neste contexto, relacionar as ideias de Müller com as ideias do pensador francês, cujas categorias principais de trabalho, no âmbito da interpretação do Direito, são o *dado* e o *construído* – conforme oportunamente se verá – que possuem algumas semelhanças com a pretensão de Fridrich Müller na inclusão da figura do *âmbito normativo* no seio do seu conceito de norma jurídica.

Para viabilizar a realização do mencionado propósito científico, percorrer-se-á o seguinte caminho: de início, os fundamentos da teoria de François Geny serão brevemente articulados, fazendo-se antes uma análise da principal escola contra a qual Geny se insurgiu: a *Escola da Exegese*; em seguida, a Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller será explicitada, no escopo de, em um passo final, buscar-se um paralelismo[2] – existente ou não – entre ambos.

2 DA ESCOLA DA EXEGESE À ESCOLA DA LIVRE INVESTIGAÇÃO DO DIREITO

No início do século XIX, a racionalidade humana gozava de plena confiabilidade. Acreditava-se que nela se poderia "achar solução para tudo", deslocando-se a pretensão de verdade do cosmoteologismo – que a identificava com a figura divina ou com a "natureza das coisas" – para a racionalidade do homem na ambiência do primado da *subjetividade*.[3] É neste contexto de elevada confiança no poder da racionalidade humana que surge a chamada *Escola da Exegese.* A lei, como expressão *jurídica* da racionalidade humana, seguindo a esteira da crença dominante de sua potencialidade decisiva, traduzia a ideia de que nela estavam plasmadas as soluções para todos os problemas. O sentido de sua literalidade deveria ser buscado mediante uma interpretação estritamente gramatical. Do *texto*, e tão-somente dele, se poderia extrair o seu real alcance.[4]

---

[2] O sentido de *paralelismo* referido durante todo o texto é de "correspondência de ideias".
[3] FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica.** São Paulo: Malheiros, 1997, p. 156.
[4] Cumpre sublinhar, quanto à expressão semântica do termo "*texto"*, que os exegetas, ao contrário, por exemplo, de Müller, partiam de uma concepção metafísica da ideia de *texto* e *norma*, que se extrairia do primeiro. Na verdade, o *texto* se confundia com a própria *norma*, que deveria ser apenas desvendada pelo

Em outras palavras, "a Escola da Exegese estiola o sentido – e o Direito – nos apertados termos da lei."[5] Neste campo, cujos vértices emolduravam a postura limitada do aplicador do direito, ganha espaço a exposição tão-somente literal dos dispositivos previstos nas codificações.[6] Estilhaçava-se o sentido e exaltava-se a literalidade da lei, exumando-se a sepultada noção pandectista de que o aplicador do Direito era um mero autômato, instrumentalizador de uma "geometria pretensiosa"[7], apenas lhe restando a função simples de equalizar os casos concretos nos meandros da gramática consagrada na literalidade da lei. Esta, por sua vez, gozava de um relevante prestígio, sentimento que se convencionou chamar de *fetichismo legal.*[8]

Sob o prisma da visão exegética, o aplicador da lei não deve se preocupar com o *sentido* que ela busca consagrar: seu esforço é direcionado a uma lógica quase silogística, simplista e estreita, em se que busca tão-somente verificar se os fatos que o Direito busca regular se encaixam na entronizada literalidade da lei.[9]

A ingenuidade da Escola da Exegese foi imaginar que o ato de aplicação da lei é neutro, isento, não influenciado pelas *pré-compreensões* daquele que interpreta e pela mutabilidade das circunstâncias que subjazem ao universo jurídico. Não por outra razão, anota Raimundo Bezerra Falcão que "literalidade estreita significa coerção sobre as

---

intérprete (numa atitude semelhante ao raciocínio meramente *declaratório* do discurso jurídico prático), consagrando-se o sistema de conhecimento *sujeito-objeto*. O ato de interpretação, contudo, para os exegetas, em nada influenciaria na determinação do conteúdo da norma. Isto se deve, precipuamente, ao fato de que a escola da Exegese – e a própria Escola da Livre Investigação Científica – ter sido formada antes dos estudos realizados por Heidegger e Gadamer no âmbito da Hermenêutica, que, com a reviravolta lingüístico-pragmática, promovem uma verdadeira revolução copernicana no âmbito da Teoria do Direito. Levando-se o raciocínio dos referidos autores aos limites deste trabalho, não se poderia pensar no texto enquanto texto e na norma enquanto norma. A diferença ontológica existente entre os termos não implica na co-existência separada e independente das categorias, e este é o ponto fundamental. Na verdade, como bem alerta Lênio Luiz Streck, o texto já ex-surge num ato de "normação", porque o ato de interpretar o texto já pressupõe a condição de ser-no-mundo e as pré-compreensões daquele que interpreta (cf. a respeito desta importante questão: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 224-226)

[5] FALCÃO, Raimundo Bezerra, o*p. cit.,* p. 158.

[6] MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 37-38.

[7] Id. Ibid., p. 36.

[8] LEMAITRE, Julieta. **Legal Fetishism at Home and Abroad.** Disponível em http://www.legalleft.org/wp-content/uploads/2008/04/3unb006-lemaitre.pdf. Acesso em 25 outubro 2009. A autora se refere à expressão fetichismo legal como sendo "(…) the adoration of law as if it were something different from the will of men" (a adoração da lei como se ela fosse algo distinto da vontade dos homens – tradução livre); A mesma autora expõe que o termo *fetichismo* foi cunhado por François Gény, ao se referir ao apego exagerado dos exegetas à literalidade da lei. No mesmo sentido, cf. MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 3. Ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 45.

[9] Mais uma vez aqui se percebe a ingenuidade do pensamento exegético. Cf. sobre este ponto a nota 4.

alternativas de sentido, mediante a eleição, quase sempre interesseira, de um ou outro sentido que mais de perto atenda a certos objetivos particularísticos".[10]

A *Escola da Exegese* fez-se notar durante mais de um século, e podem ser identificadas três fases principais, embora seja imperioso afirmar que estas "fases" não passam, na metáfora de Perelman, de "cortes cinematográficos"[11]: a primeira, com a promulgação do Código Civil Francês de 1804, que se estende até meados de 1830 a 1840; a segunda, com o seu apogeu, que é marcante até 1880; o último, com o seu declínio, marcado pela reação aos exegetistas, principalmente após a formulação hermenêutica de François Gény.[12] A estas fases Raimundo Bezerra Falcão acrescenta uma, capitaneada por juristas franceses que insistem em sua aplicação na modernidade, tais como Capitant, Planiol e Ripert.[13]

A reação aos exegetistas surge de uma constatação desta falibilidade da Escola do apreço à literalidade da lei. No momento em que os fatos sociais cristalizam a mutabilidade do Direito e demonstram que o método exegético não os acompanha[14], passa-se a buscar um *método* que concilie a tradição literal do texto com as possibilidades sociais que seus efeitos podem viabilizar. Desalgema-se o *sentido* das limitações inerentes à literalidade da lei e da busca incessante pela *mens legislatoris*, ungindo-o novamente a uma categoria de destaque, a conferir nova vida à interpretação jurídica. Dá-se início a um movimento que Simone Goyard-Fabre chama de "invasão do direito pelo fato"[15], que em suas palavras pode ser assim descrito: "os âmbitos da razão jurisladora ficam, dizem, mais flexíveis com o contato com a experiência"[16] levando a autora a afirmar que o Direito "assumiu uma fisionomia mais dúctil e flexível".[17]

---

[10] FALCÃO, Raimundo Bezerra, *op. cit.,* p. 158.
[11] PERELMAN, Chäim. **Lógica Jurídica**. Nova Retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 31.
[12] Id. Ibid., p. 31.
[13] FALCÃO, Raimundo Bezerra, op. cit., p. 158.
[14] François Geny deixa muito claro a sua descrença na Escola Exegética ao escrever, logo no início de seu "*Méthode d'Interprétation et Sources em Droit Privé Positif*", que "si estamos convencidos de que la jurisprudencia, como cualquier outra rama de la ciencia, está sometida a la ley del progreso, a más de la legislación propiamente dicha, que es a todas las luces impotente para seguir de cerca la incesante evolución de las necesidades jurídicas, nos hace falta tener constantemente a mano outro instrumento para la formación del derecho." (GENY, François. **Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo**. Madrid: Reus, 1925, p. 7)
[15] GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da Ordem Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 149.
[16] Id. Ibid., p. 149
[17] Id. Ibid., p. 149.

François Gény figura como a expressão mais notória deste movimento contra-exegetista[18], que restou conhecido como *Escola da Livre Investigação do Direito,* cujas bases se assentam na premissa de que os fatos sociais reclamam uma postura diversa daquela perfilhada pelos signatários da *Escola da Exegese*. Segundo ele, não apenas pela literalidade da lei se resolvem os conflitos sociais, mas também pelo manejo de variáveis como o costume, a analogia e a livre pesquisa científica realizadas pelo aplicador do Direito. A crítica de Geny ao que ele chama de método tradicional – provavelmente referindo-se à Escola da Exegese – foi formulada nos seguintes termos:

> [...] deve-se renunciar, ainda em nosso sistema de codificação, à tentativa de encontrar na lei escrita uma fonte completa e suficiente de soluções jurídicas. Por outro lado, o sistema de concepções abstratas e construções puramente lógicas é importante para tornar a investigação científica algo diverso do que um simples instrumento de exploração, sem valor objetivo, que, embora possa sugerir soluções, seja incapaz de, por si só, demonstrar fundamentos sólidos nem adquirir o mérito intrínseco e uma verdade durável. [19]

Esta crítica é tida por Alexandre Araújo Costa como absolutamente atual, na medida em que o dogmatismo jurídico, aliado à atuação meramente silogística do decisionismo judicial, ainda hoje aniquila o sentido do Direito mediante a exaltação da legalidade*,* na exata medida em que o esforço de interpretação é basicamente lógico e puramente legalista.[20]

Geny formula uma crítica importante à busca incessante capitaneada pelos signatários da Escola da Exegese da chamada *vontade do legislador.* Para o francês, os métodos tradicionais falham de modo grave quando há a necessidade de se buscar na lei uma vontade não explicitamente proclamada pelo legislador.[21] Nestes casos, escreve o

---

[18] Cuja materialização se deu, com maturidade, na obra *Méthode d'Interprétation et Sources em Droit Privé Positif,* utilizada, neste trabalho, em sua versão traduzida para o castelhano, *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo.*

[19] GENY, François, op. cit., p. 194. (tradução livre). No original: "(...) hay que renunciar, aun en nuestro régimen de codificación, a encontrar en la ley escrita una fuente completa y suficiente de soluciones jurídicas. Por outra parte, el sistema de concepciones abstractas y construcciones puramente lógicas es impotente para dotar a la investigación científica de outra cosa que de um instrumento de exploración, sin valor objetivo, que puede sugerir soluciones, pero incapaz por si solo de demonstrar el fundamento sólido, ni de adquirir el mérito intrínseco y la verdad durable."

[20] Em suas palavras: "permanecem no senso comum dos juristas tanto o fetichismo da lei escrita quanto a tendência a limitar as decisões judiciais a argumentos formais e abstratos voltados a uma aplicação silogística da legislação" (COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método**: Diálogos entre a Hermenêutica Filosófica e a Hermenêutica Jurídica. Universidade de Brasília. Tese de Doutorado. Brasília, 2008, p. 273). A despeito da relevância da crítica, há que se pontuar, uma vez mais, que o sentido que se deve ter por *literalidade* da lei – enquanto *texto de lei* – deve ser fruto de um raciocínio que leve em consideração que o próprio ato de *interpretar* esta literalidade já implica em um ato de *normação,* sujeito às pré-compreensões daquele que interpreta enquanto ser presente no mundo*,* no sentido mencionado na nota 4.

[21] GENY, François, op. cit., p. 62.

representante da Escola da Livre Investigação Científica, "o intérprete, pela própria natureza das coisas, tende a substituir pelas suas as ideias que não encontra na lei, de modo que, a pretexto de melhor interpretá-la, desnaturaliza sua essência".[22] Com base nisto, prossegue afirmando que "dos juristas que apregoam a mais escrupulosa veneração ao texto legal se extraem, às vezes, as ideais mais pessoais que atrevidamente imputam ao legislador"[23]. Com arrimo nesta crítica, Geny formula o questionamento chave que pavimentará o caminho de sua formulação teórica: "Não seria, não apenas mais sincero, mas também mais adequado à efetiva finalidade de elaboração do Direito positivo, o reconhecimento do verdadeiro caráter das concepções subjetivas e dedicar-lhes um campo de aplicação devido na esfera da interpretação?"[24]

Em suma, as críticas de François Geny podem ser resumidas a dois pontos específicos em relação ao que ele chama de métodos tradicionais de interpretação: primeiro, o fato de que toda solução jurídica deve estar relacionada direta ou indiretamente à literalidade da lei – caindo, ainda, na ilusão metafísica de que o intérprete *pode* conhecer a essência do objeto investigado –; segundo, a circunstância de que os ideais interpretativos preconizados por estes métodos se regem por uma lógica simplista, principalmente dedutivista, e por conceitos abstratos que pretensamente se põem aprioristicamente ao intérprete e ao próprio legislador.[25]

Embora formule uma crítica calorosa ao *fetichismo legal* e aos métodos que centralizam o *sentido* determinado pela interpretação na positividade do Direito – que, para François Geny, acabam por desaguar em um subjetivismo ainda maior, especialmente quando se está diante de uma *lacuna* – o jurista francês não decretou o fim da importância da literalidade da lei. A bem da verdade, para Geny as fontes formais do Direito (a lei e o costume, que para Geny integra o campo de fontes formais) devem constituir o primeiro passo no esforço interpretativo, sob os limites de cuja

[22] Id. Ibid., p. 62-63. (tradução livre) No original: "el intérprete, por la fuerza misma de las cosas, propende a sustituir com sus ideas proprias las que no encuentra (...) De suerte que, con el pretexto de respetar mejor la ley, se desnaturaliza su esencia"
[23] Id. Ibid., p. 63. (tradução livre). No original: "en los jurisconsultos que pregonan la más escrupulosa veneración por el texto legal, se hallan a veces ideas enteramente personales que atrevidamente imputan al legislador"
[24] Id. Ibid., p. 63. (tradução livre) No original: "No sería, no solo más sincero, sino más adecuado a la elevada finalidad de la elaboración del derecho positivo, el reconocer su verdadero carácter a las concepciones subjetivas y abandonarles su debido campo de aplicación en la esfera de interpretación?"
[25] Id. Ibid., p. 64.

circunscrição se opera a ideia de *construtivismo* que irá perfilhar.[26] Apenas quando for insuficiente o seu manejo é que o aplicador do Direito poderá fazer uso de uma livre investigação científica *construtiva*, já que "nestas hipóteses, e apenas nelas, o intérprete poderá exercer uma atividade criativa e não meramente aplicativa"[27], ou, como sublinha Geny, "a investigação científica do intérprete não intervém com plena liberdade, mas apenas para suprir as fontes formais (lei, costume) defeituosas"[28].

Não se trata, segundo Geny, de uma abertura à livre escolha arbitrária e criativa do Direito por parte dos juízes e dos demais aplicadores do Direito, embora Lênio Luiz Streck afirme que o que Geny promoveu foi uma substituição do primado da *vontade do legislador* pela *vontade do juiz*.[29] Entretanto, Geny postula, com a sua *Escola da Livre Investigação do Direito,* a utilização um instrumental de índole *supletiva*[30], na medida em que considera, antes de qualquer coisa, o *dado* pela legislação*,* para somente *depois de constatada a sua insuficiência resolutiva*, concentrar-se na *construção* investigativa.[31] São as categorias principais trabalhadas por Gény: o *dado* e o *construído.* O maior desafio para o intérprete será delimitar a abrangência de cada um destas esferas normativas.[32]

O desafio que ora se coloca em tablado radica em precisar o campo teórico sobre o qual se adolesce esta categoria desenvolvida por François Geny: o *construído.* Qual o sentido atribuído a esta expressão na literatura jurídica do francês? Quais os limites oponíveis ao intérprete no exercício desta atividade *construtiva?*[33]

Com esta categoria, François Geny busca demonstrar que o intérprete, em determinados casos, não terá nenhuma alternativa quando, diante de uma determinada controvérsia para cuja solução as fontes formais revelaram-se insuficientes, verificar que será necessário valer-se de outros elementos. Buscando evitar o *subjetivismo*

---

[26] MELLO FILHO, Rogério Machado. **A Aplicação do Direito sob a Ótica das Escolas de Interpretação das Normas jurídicas.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_50/artigos/art_rogerio.htm acesso em 23 outubro 2009

[27] COSTA, Alexandre Araújo, op. cit., p. 276.

[28] GENY, François, op. cit., p. 597. (tradução livre) No original: "la investigación científica del intérprete no interviene com plena libertad más que para suplir las fuentes formales (ley, costumbre) defectuosas"

[29] STRECK, Lenio Luiz, op. cit., p. 97.

[30] Neste ponto, ver FALCÃO, Raimundo Bezerra, op. cit., p. 161.

[31] E aqui a crítica de Streck parece ser procedente, na medida em que o próprio juiz é que determinará a construção deste modelo investigativo que se pretende supletivo.

[32] MELLO FILHO, Rogério Machado, op. cit.

[33] E a pergunta é da mais alta relevância, sob pena de se cair em um inequívoco e perigoso decisionismo.

judicial, por ele rechaçado[34], Geny traceja o *construído* como uma categoria compatível como o que hoje se entende por equidade, conforme exprime Alexandre Araújo Costa[35]. Criticando a tradicionalidade do *fetichismo legal* e de suas consequencias, Geny buscava, com esta categoria, evitar as soluções subjetivistas difundidas a pretexto de que subscritas aos reclames do legislador e à sua vontade original. Sob o ângulo da falibilidade dos métodos tradicionais, o jurisconsulto francês propõe que esta atitude *supletiva* se dê mediante critérios controláveis e objetivamente descritíveis, de modo a controlar uma ideia que depois seria desenvolvida por Kantarowicz na Escola do Direito Livre.

Talvez a crítica de Warat a François Geny possa afigurar-se oportuna neste particular: o maior mérito de Geny foi o sepultamento da Escola da Exegese, já que o conteúdo da esfera *construtiva* por ele delimitada não é facilmente demarcável.[36] Sua influência na atualidade, contudo, é ainda tão significativa que suas ideias permeiam legislações consideradas ainda importantes por muitos civilistas, tal como a Lei de Introdução ao Código Civil, que em seu art. 4º e 5º prescreve a *supletividade* de algumas outras fontes secundárias do direito. Em outras palavras, segundo aqueles dispositivos legais ainda em vigor no Brasil – embora ressabidamente descompassados com as atuais discussões da hermenêutica jurídica[37] – o primeiro passo a ser dado pelo intérprete é debruçar-se sobre o que lhe foi *dado* pela positividade do Direito. Verificada a insuficiência desta inquirição – e somente nesta hipótese – impõe-se ao intérprete uma postura distinta, que a despeito de criativa, se subsume a um ideal de cientificidade, já que busca permear-se de elementos objetivos.

Portanto, o *construtivismo* amealhado pelos ideais cristalizados na *Escola da Livre Investigação do Direito* não traduz uma ideia de *liberdade criativa* desvinculada da lei. "Gény não ousou ir contra a lei", bem acentuou Raimundo Bezerra Falcão.[38] Ainda que o jurista possa se valer de outros meios de solução dos problemas advindos da interpretação do Direito, na ambiência polivalente de sua dinâmica sociológica factual, a lei ainda deve ser a diretriz sob cuja circunscrição caminhará o esforço interpretativo.

---

[34] Embora seja exatamente de subjetivista a taxação que Geny, ao lado, por exemplo, de Kantarowicz, recebe dos mais diversos autores, a exemplo de Lênio Luiz Streck e Tércio Sampaio Ferraz Jr. (STRECK, Lenio Luiz, op. cit., p. 97)
[35] COSTA, Alexandre Araújo, op. cit., p. 277.
[36] *Apud* Id. Ibid., p. 277.
[37] E é neste sentido a crítica de Lênio Luiz Streck. Ver: STRECK, Lenio Luiz, op. cit.
[38] FALCÃO, Raimundo Bezerra, op. cit., p. 162.

A despeito desta afirmação, não se pode ignorar que a teoria de Geny, embora tenha introduzido o paradigma do sociologismo na hermenêutica jurídica, o fez de modo incompleto e desvinculado de uma preocupação mais aprofundada de propor uma estrutura de controle, a fim de evitar eventuais – e prováveis – decisionismos nas esferas de delimitação do conteúdo da lei. Não deixou, ainda, de cair na ilusão – típica da hermenêutica clássica – de que o intérprete pode conhecer o conteúdo da lei no sentido por ele mencionado, ou seja, a sua essência, no já superado esquema epistêmico *sujeito-objeto*, que, com Heidegger e Gadamer, vem a ser substituído pelo modelo *sujeito-sujeito*, haja vista que o Direito – e em especial a Hermenêutica – não pode se divorciar do horizonte epistemológico trazido pela filosofia da linguagem. [39]

3 A METÓDICA ESTRUTURANTE DE FRIEDRICH MÜLLER

Uma das maiores preocupações de Friedrich Müller, com a Teoria Estruturante do Direito (ou da norma jurídica) e com a *metódica* concretista, é certamente possibilitar uma união harmônica e o quanto mais racional possível entre o "direito" e a "realidade"[40], buscando superar o dogma positivista, de inspiração neokantista, da separação inconciliável entre ser e dever ser, reificando-se "prescrições legais e conceitos jurídicos em mera preexistência, que facilmente abandona o chão da positividade historicamente fixada e se converte em metafísica de má qualidade."[41] As primeiras páginas de seu *Strukturierende Rechtslehre (Teoria Estruturante do Direito)* são dedicadas a uma investigação, no plano da teoria das ciências, acerca dos pressupostos subjacentes às ciências humanas e naturais.[42]

Müller sustenta que embora a postura tradicional relacionada às ciências naturais – que pressupõe uma posição independente do sujeito cognoscente, alocando-o fora do processo de formação do conhecimento, de modo que não se relaciona com o objeto cognoscível – ainda goze de certo grau respeitabilidade, a própria premissa científica sobre a qual edifica a sua pretensão de verdade vem sendo questionada.[43] "O respectivo

[39] Cf., a este respeito, STRECK, Lenio Luiz, op. cit., p. 181 e ss.
[40] MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito I.** 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 10.
[41] Id. Ibid., p. 17. Neste ponto, Müller sustenta que o positivismo de Kelsen considera o Direito de um modo que somente se relaciona do a realidade *ex post facto.* "Direito e realidade, norma e segmento normatizado da realidade aparecem justapostos "em si" sem se relacionarem; um não carece do outro, ambos só se encontram no caminho da subsunção do suporte fático, de uma aplicação da prescrição" (*Ibid.,* p. 18).
[42] Id. Ibid., p. 9-15.
[43] Id. Ibid., p. 11.

campo de investigação do naturalista também é co-definido pelas operações da consciência cognoscente" [44], observa Müller, afirmando ainda que nas "(...) ciências naturais, o componente temporal não admite mais considerar que um experimento possa ser repetido de forma absolutamente idêntica"[45]

Com essas reflexões, Müller se coloca diante do problema fundamental dos fundamentos do positivismo jurídico: a pretensão de uma ciência do direito dotada do mais elevado grau de objetividade e racionalidade, para cuja realização os métodos semelhantes aos das ciências naturais seriam utilizados. Questionando tais paradigmas, o jurista alemão preocupa-se em saber quais os limites razoavelmente realizáveis pela ciência jurídica e pela aplicação do Direito, para além do dualismo de Wilhelm Windelband entre ciências "idiográficas" – operadas segundo uma lógica individualizante – e "nomotéticas" – marcadas por uma pretensão de generalidade –, de modo a ceder lugar a um "conglomerado de elementos normativos e factuais, distintivo do direito."[46]

O projeto de Müller é, sob o ângulo de suas pretensões, bastante ambicioso, na medida em que busca compatibilizar, no domínio de sua *Teoria Estruturante do Direito*, as categorias "direito" e "realidade", de modo a possibilitar uma ideia de *normatividade* que assinale uma qualidade *dinâmica* da norma jurídica, que ao mesmo tempo em que identifica o papel ordenador da realidade que lhe é inerente – sua *normatividade concreta* –, lhe reconheça a possibilidade de ser condicionada e estruturada por esta mesma realidade – normatividade *materialmente determinada*[47] – ideia que ficará mais clara ao longo desta exposição.

Müller busca superar uma "objetividade da ciência jurídica" nos termos propostos pelo positivismo, em que direito e realidade encontram-se justapostos "em si" sem qualquer relação recíproca[48], posição que reifica a aplicação da logicidade formal no Direito, enaltecendo a unidade do ordenamento, concebendo-o como formalmente completo, de modo a não contemplar lacunas[49].

Contudo, este tipo de compreensão da objetividade da ciência da norma, segundo Müller, obscurece o caminho concreto que lhe é subjacente e que consciente ou inconscientemente é percorrido pelo intérprete: até mesmo quando se faz uso de

[44] Id. Ibid., p. 12.
[45] Id. Ibid., p. 13.
[46] Id. Ibid., p. 14.
[47] Id. Ibid., p. 15.
[48] Id. Ibid., p. 18.
[49] Id. Ibid., p. 22-23.

silogismos lógicos em um raciocínio tipicamente dedutivista as normas não são nada mais do que pontos de referência para futuras concretizações possíveis.[50]

Em outras palavras, para Müller, mesmo quando o intérprete pretensamente *subsume* os fatos *existente*s às normas supostamente *preexistentes*, a pretexto de que o faz sob o abrigo de um raciocínio puramente objetivo e racional – preservando-se o caráter científico do Direito –, na verdade está produzindo uma *nova* norma jurídica, fruto de um processo de *concretização*[51], processo este que, para Müller, deve ser esclarecido e cuja estrutura deve ser aprofundada.

Além da crítica formulada ao positivismo kelseniano e às diversas facetas do positivismo desde de sua forma peculiar em Laband, Friedrich Müller também infirma as posições assumidas por Heller, Smend e E. Kaufmann[52]. Tais posições pecam, segundo Müller, pelo forte conteúdo genérico que lhes é marcante, permanecendo uma questão que, para Müller, é decisiva: "a quais passos individuais, controláveis da decisão jurídica prática, podem referir-se metáforas como 'dialética', 'polaridade', 'atribuição correlativa'?"[53]

Com isso, embora Müller reconheça a importância de tais teóricos, a exemplo de Heller e Smend para a construção de uma concepção material de constituição[54], Múller sustenta que se deve alterar o enfoque indagativo, de modo a proporcionar a especifidade da ciência do direito enquanto ciência humana no processamento de uma divisão funcional de trabalho entre a dogmática jurídica e sociologia, de modo a afastar-se, de um lado, a pretensão de calculabilidade matemática do Direito nos termos kelsenianos, e, de outro, a truculência a que pode se sujeitar o Estado de Direito se se

[50] Id. Ibid., p. 20-23. Mais a frente, Müller vai sustentar que "passos, que podem ser caracterizados como lógicos, são via de regra possíveis em decisões e na restante concretização de direito somente quando o resultado já se delineia nitidamente quanto ao seu teor jurídico, isto é, quando as premissas já estão elaboradas. As premissas são, entretanto, de natureza material e não podem ser obtidas por meio da lógica formal" (Id. Ibid., p. 47).

[51] Esta é, em linhas gerais, a principal crítica de Friedrich Müller a Hans Kelsen e seu projeto teórico. Para Kelsen, a norma jurídica fornece um quadro de possibilidades decisórias, dentro de cujos limites pode o intérprete apor qualquer conteúdo, desde que em conformidade lógica com o texto, excluindo-se qualquer questionamento de ordem conteudística. A decisão não passaria da mera *constatação.* O conteúdo da norma seria, para Müller, "devorado pela decisão", daí porque Müller chega, em determinado ponto de sua argumentação, a relacionar Kelsen a Carl Schmitt. Para Müller, esta compreensão da norma jurídica é problemática, principalmente, não apenas por ignorar o sentido da normatividade do Direito e aprisionar-lhe o seu verdadeiro conceito, mas também porque, em termos de teoria da norma, há casos em que o sentido lingüístico que dela se extrai não é unívoco. Kelsen, segundo Müller, silencia a este respeito. Em *Teoria Estruturante do Direito,* Müller formula inúmeras outras objeções à *Teoria Pura do Direito*. Para uma visão geral sobre tais críticas, v. MÜLLER, Friedrich, op cit., p. 23-34.

[52] Para um aprofundamento nesta documentação crítica, v. Id. Ibid., p. 23-44.

[53] Id. Ibid., p. 40.

[54] Id. Ibid., p. 36-37.

negar ao teor literal de sua positividade a importância que radica na aporia fundamental inerente ao próprio conceito e pretensão do Direito de universalidade e racionalidade, "apesar da e justamente na contingência histórica e social".[55] Esta ideia irá desaguar em uma nova proposta subscrita por Müller, em que se analisa o *método* inserido na sua intransponível limitação, mas indiscutível utilidade no controle racional do processo de *concretização*, conforme se verá.

Sobre o sentido que a lógica da ciência jurídica assume em sua teorização, notadamente acerca dos *cânones* interpretativos, sustenta o jurista de Heidelberg que "os *cânones* [...] não podem ser concebidos como sistema fechado de dados preexistentes subsumíveis, 'aplicáveis'"[56] E arremata afirmando que "na experiência da práxis nem o caso solucionando nem os auxílios interpretativos nem a norma evidenciam ser previamente dados. Só por meio da metódica é possível distinguir entre a interpretação e o desenvolvimento do direito."[57] Conforme escreve Müller,

> Metódica deve pode decompor os processos da elaboração da decisão e da fundamentação expositiva em passos de raciocínio suficientemente pequenos para abrir o caminho ao feed-back *controlador por parte dos destinatários da norma, dos afetados por ela, dos titulares de funções estatais* (tribunais revisores, jurisdição constitucional etc.) *e da ciência jurídica.*[58]

Para Müller, portanto, a norma "não existe, não é 'aplicável'"[59], somente vindo a efetivamente se materializar com o processo de concretização, intermediado pela *metódica*, cujas limitações são explicitamente reconhecidas pelo jurista alemão, que a caracteriza como sendo relativa, mas de suma importância e utilidade para o controle deste procedimento. [60] Em todo caso, esta metódica não viabiliza um processo de concretização aberto, dissociado de qualquer parâmetro fixado pelo Estado de Direito, o que seria de todo inaceitável. Na verdade, a *concretização* refere-se e subordina-se ao próprio teor literal do dispositivo interpretado, de modo a se distanciar, por exemplo, do catálogo ilimitado de *topoi* preconizado pela Tópica quando diante de um caso concreto e de um texto de norma[61].

---

[55] Id. Ibid., p. 40-44.
[56] Id. Ibid., p. 52.
[57] Id. Ibid., p. 53.
[58] Id. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 37-38.
[59] Id. **Teoria Estruturante do Direito I.** 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 80.
[60] Id. Ibid., p. 84-94.
[61] Neste sentido, vide Id. Ibid., p. 66-82.

Müller se dedica profundamente a esta questão, e, embora afirme a diferença estrutural entre a *tópica* e a metódica estruturante, afirma, de igual modo, que "tópica e metódica estruturante dependem uma da outra na práxis."[62]. Com isso, Müller pontua o caráter *tópico* do processo *concretista* – cujas características serão mais a frente aprofundadas –, mas sublinha que este processo encontra limitações que se distanciam do amplo catálogo de *topoi* que pode ser utilizado pelo intérprete que faz uso do raciocínio tópico. Na verdade, a lógica concretista de Friedrich Müller é tópica no exato sentido em que cada situação concreta irá condicionar a própria construção da norma jurídica *concretizanda*, já que o recorte da realidade fática, como se verá, condiciona e influencia a norma jurídica *concretizada*.

À vista destas considerações preliminares, pode-se afirmar que o conteúdo de uma *norma jurídica* somente será estremado, na linguagem de Müller, mediante um *trabalho*[63] de interpretação em um processo amplo e global de *concretização*. [64] Sua estrutura – da norma jurídica – seria marcada primeiramente por dados veiculados *diretamente* pela linguagem (os chamados *dados de linguagem*) e também pelos dados indiretamente veiculados pela linguagem (que possuem *nexo com a realidade*).[65] Segundo Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz, e conforme se pôde observar das ideias anteriormente lançadas, "na metódica estruturante, o dualismo norma/realidade é substituído por uma concepção de norma como integrante da própria realidade"[66]

---

[62] Id. Ibid., p. 82

[63] Para Müller, a norma jurídica não é elaborada para ser *compreendida* pelos intérpretes e aplicadores do direito, mas tão-somente por eles *trabalhada*: "A hermenêutica já foi insuficiente no seu enfoque inicial; não se trata essencialmente de *compreender* — isso só vem ao caso no *primeiríssimo* estágio inicial, por ocasião da reformulação da narrativa do caso em circunstâncias de fato, em tipo legal, e na formulação de hipóteses sobre o texto da norma e, na sua esteira, de primeiras hipóteses sobre o âmbito material. Textos de normas não são promulgados para ser "compreendidos", mas para ser utilizados, trabalhados por juristas encarregados para tal fim. E também *não* se trata *apenas* de *interpretar*, quer dizer, de tornar compreensível, sobretudo na formulação das razões da decisão para o público externo. Pelo contrário, trata-se sempre de *trabalho com textos* no âmbito de instituições normatizadas do Estado e de procedimentos normatizados, trata-se de uma semantização integrativa ativa, de trabalho potencialmente complexo sobre textos." (MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 158).

[64] Segundo Bustamante, *concretização* é um conceito-chave na teoria de Müller, e significa precisamente "o procedimento por meio do qual se parte do texto da Constituição para se chegar à regulação concreta da realidade." (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre o Conceito de Norma e a Função dos Enunciados Empíricos na Argumentação Jurídica segundo Friedrich Müller e Robert Alexy. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 11, n. 43, abril-jun, 2003, p. 102).

[65] CHRISTENSEN, Ralph. Teoria Estruturante do Direito *In:* MÜLLER, Friedrich, op.cit, 2007, p. 243.

[66] DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte, Mandamentos, 2002, p. 253.

Partindo da distinção de matriz heideggeriana e gadameriana entre o *texto* e a *norma* (que se extrai do primeiro)[67], Müller defende que um conceito de norma jurídica que ele chama de *pós-positivista* e que é composto de dois elementos principais: o *programa da norma* (ou *programa normativo*) e o *âmbito da norma* (ou *âmbito normativo*). [68] A tarefa do intérprete seria "identificar o âmbito de proteção do direito, os seus contornos"[69] mediante a delimitação destes dois elementos da norma jurídica, em um processo amplo de *concretização*. Neste contexto, conforme exprime Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz, "norma e realidade são termos de mútua implicação, pois o conteúdo daquela primeira é o resultado da concretização, processo no qual a segunda adquire uma especial relevância".[70]

Por *programa normativo* Müller se refere ao "resultado da interpretação do texto da norma, formado a partir dos dados primaciais de linguagem"[71], distinguindo-o do *âmbito da norma,* que significa dentro da Teoria Estruturante de Müller um conceito que "se refere às partes integrantes materiais da normatividade que são co-constitutivas da norma"[72], ou, conforme Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz, traduz "o setor da realidade social onde deve ser aplicado o programa normativo".[73] Müller distingue, ainda, outras duas categorias no âmbito da interpretação da norma jurídica, chamadas de *âmbito do caso* e *âmbito material*. Por *âmbito material* Müller se refere a todas as possibilidades fáticas que podem se relacionar ao caso concreto, sendo o *âmbito do caso*

---

[67] Conforme Müller, "a norma jurídica não se encontra já pronta nos textos legais; nestes encontram-se apenas formas primárias, os *textos normativos.* A norma só será produzida em cada processo particular de solução jurídica de um caso, em cada decisão judicial." (MÜLLER, Friedrich, op.cit., 2007, p. 161; no mesmo sentido, cf. Id.. op. cit., 2005, p. 38). Alexy, de modo similar, propõe uma distinção entre *norma* e *enunciado normativo*. O enunciado normativo seria o que em Müller corresponde ao *texto.* Para Alexy, portanto, "uma norma é (...) o significado de um enunciado normativo" (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 54; no mesmo sentido cf.: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de, op.cit., p. 106). Essa distinção entre texto e norma está permeada em diversos autores, conforme demonstra Alexy: ALEXY, Robert*,* op. cit., p. 54, nota 10. Acerca da distinção ontológica entre texto e norma e da correta interpretação que se deve fazer dos novos paradigmas advindos da reviravolta Heideggeriana e Gadameriana, escreve Lênio Luiz Streck que "é possível afirmar que, quando se fala 'da norma que ex-surge do texto', não se está a falar de um processo hermenêutico-interpretativo realizado por partes (repetindo, assim, a hermenêutica clássica – primeiro conheço, depois interpreto, por fim aplico). *É evidente que não.* Eu não vislumbro primeiramente o texto para depois 'acoplar' a respectiva norma. A 'norma' não é uma 'capa de sentido', que existiria apartada do texto. Ao contrário disso, *quando me deparo com o texto, ele já ex-surge normado,* a partir de minha condição de ser-no-mundo. Essa operação ocorre graças à diferença ontológica. *É ela que faz a diferença.*" (STRECK, Lênio Luiz, op. cit., p. 226)

[68] MÜLLER, Friedrich, op.cit., 2007, p. 161.

[69] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 141.

[70] DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos, op. cit., p. 253.

[71] CHRISTENSEN, Ralph, op. cit., p. 239.

[72] Id. Ibid., p. 239.

[73] DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos, op. cit., p. 254.

uma espécie de "recorte no âmbito material". O *âmbito da norma* pode ser formado com a "perspectiva valorante do programa da norma a partir do âmbito material ou do âmbito do caso"[74] Müller deixa claro, portanto, que *âmbito da norma* não é uma categoria jurídica que faz ressurgir a Teoria da *Força Normativa dos Fatos* (Jellinek)[75], tendo em vista que sua existência valorativa se relaciona aos limites lingüísticos que são estabelecidos pelo *programa normativo.*[76]

Estabelecidas estas *categorias,* Müller passa a trabalhar com *elementos de concretização da norma,* levando sua metódica aos aspectos mais específicos – que refogem aos limites deste trabalho. Müller distinguindo-os, basicamente, segundo sejam utilizados no processo de delimitação do *texto da norma* ou no processo de aferição dos teores materiais que resultam de uma análise do *âmbito da norma.*[77] Em relação aos elementos utilizados para a aferição do *texto da norma,* a que Müller chama de Elementos Metodológicos *Strictiore Sensu,* Müller faz referência aos cânones tradicionais de interpretação (interpretação gramatical, elementos históricos, genéticos, teleológicos etc.) – que, conforme se sublinhou anteriormente, não funcionam como um sistema fechado –, a princípios de interpretação constitucional; a subcasos de regras tradicionais de interpretação (*praticabilidade; interpretação a partir do nexo da histórias das ideias; critério de aferição do efeito integrante; princípio da unidade da constituição; quadro global de Direito pré-constitucional; nexo de normas de direitos fundamentais e de competência; concordância prática; força normativa da constituição)* e axiomatizabilidade do Direito Constitucional, que seria uma espécie de aplicação da tecnologia eletrônica na aplicação do Direito, substituindo-se a racionalidade humana no processo, tal como ocorre, segundo Müller, com o Direito

[74] MÜLLER, Friedrich, op. cit., 2007, p. 239.
[75] Para uma análise sistematizada desta teoria, cf. DAU-LIN, Hsü, **Mutación de La Constitución**. Tradução espanhola de Christian Förster e Pablo Lucas Verdú. Bilbao: IVAP, 1998, p. 121-124.
[76] Por isso, Müller sustenta que "el ámbito normativo no es, por consiguiente, un conglomerado de hechos materiales, sino una conexión, expresada como realmente posible, de elementos estructurales extraídos de la realidad social desde la perspectiva selectiva y valorativa del programa normativo, y que a menudo se hallan preformados jurídicamente. Con la distinción entre ámbito material y ámbito normativo queda descartada la «fuerza normativa de lo fáctico» como usurpación de la eficacia normativa por parte de meros hechos. (MÜLLER, Friedrich. Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Año 9. Num. 27. Septiembre-Diciembre,1989, p. 124). A inclusão destes elementos em seu conceito de norma jurídica é bastante criticado por Alexy, que parte de uma conceituação semântica, e que se distancia em vários pontos da teoria de Müller. Embora estas críticas sejam extremamente relevantes, distanciam-se do foco central do presente trabalho. Para conferir a discussão acerca do conceito de norma jurídica em Alexy e Müller cf. ALEXY, Robert op. cit., p.76-84.
[77] MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 59.

Tributário e Previdenciário nos casos de notificação de tributos a pagar e de aposentadorias a receber.[78]

No que diz respeito à metódica aplicável ao *âmbito do caso,* Müller aponta como uma tarefa do jurista a inclusão de dados da Sociologia, da Política, da Economia e de outras ciências no processo de concretização da Constituição – e nesta ponto a ideia se alinha, de modo inequívoco, com a proposta de Geny –, no que se coloca favorável a um treinamento multidisciplinar do jurista desde sua formação acadêmica, a fim de possibilitar o real alcance do *âmbito da norma* aplicável ao caso concreto.[79]

A metódica concretista prossegue em ainda outras quatro fases, permeada de elementos *dogmáticos* – caracterizados pelos julgados de tribunais, pelos manuais acadêmicos e pelos próprios textos legislativos – elementos de *técnicas de decisão, de teoria* e, finalmente, elementos de *política constitucional.*

O passo seguinte da teoria estruturante de Müller direciona-se ao estabelecimento de uma espécie de hierarquia ou preferência em relação aos elementos utilizados no processo de concretização (Müller chama de uma *hierarquia dos elementos de concretização*), ideia que, segundo Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz e Ralph Christensen, traduz a maior fragilidade de sua teoria.[80]

Essas são as principais diretrizes que norteiam a teorização de Friedrich Müller, que, para os limites deste trabalho, foram expostas brevemente, apenas para possibilitar uma análise comparativa, doravante exposta em sede conclusiva, entre a sua Teoria Estruturante do Direito e a Escola da Livre Investigação Científica de François Geny. É a partir das ideias aqui desenvolvidas que será traçado o paralelismo entre ambas.

4 CONCLUSÕES

De uma análise comparativa das teorias de Friedrich Müller e de François Geny, algumas conclusões podem ser enumeradas. A princípio, ambas as teorizações buscam incessantemente a concretização do Direito a partir *realidade* – num enfoque nitidamente multidisciplinar –, reconhecendo-se a insuficiência do raciocínio positivista – no caso de Müller – ou exegético – no caso de François Geny.

Em Friedrich Müller, parte-se do *texto* – *dado* pelas fontes formais – para se chegar à *norma,* que não se confunde com o primeiro e que possui autonomia própria,

[78] Para uma visão aprofundada, cf. MÜLLER, Friedrich, op. cit., 2005, p. 59-80.
[79] MÜLLER, Friedrich, op. cit., 2005, p. 81-82.
[80] DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos, op. cit., p. 255; CHRISTENSEN, Ralph, op. cit., p. 243.

construída em cada caso em que se faz uso do *trabalho de concretização* (a metódica concretista propriamente dita).[81] Em François Geny, as fontes formais (para ele, a lei e os costumes) são consideradas insuficientes para a solução de problemas relacionados à interpretação, e, quando o intérprete estiver diante de uma lacuna, não superável por intermédio de uma analogia, poderá adotar um procedimento *construtivista,* no sentido de aplicar o Direito a partir de uma *livre investigação científica*, que, embora se denomine *livre,* se pretende objetiva e delimitada, mas que, neste ponto, não logra enumerar elementos concretos que proporcionem o seu controle.

Podem ser enumeradas, enfim, as seguintes semelhanças entre as teorias aqui analisadas: *ambos os autores reconhecem a insuficiência da literalidade* dos dispositivos legais no escopo de resolver problemas de interpretação – embora haja uma clara diferença no aspecto semântico que os autores emprestam aos termos *programa normativo e texto, no caso de Müller, e literalidade, no caso de Geny*; há uma busca de *aproximação entre o Direito e a Realidade*, em Geny com a categoria *construído* e em Müller com o *âmbito da norma*; há o reconhecimento da importância de *um trabalho multidisciplinar* na interpretação do Direito, a fim de se determinar a parcela da realidade aplicável ao caso concreto; percebe-se, em ambos os autores, a *inclusão de fatores externos ao Direito positivo na solução do caso concreto***,** embora Müller o faça para incluir o conceito de âmbito da norma na própria conceituação de norma jurídica.

No que tange aos limites da interpretação constitucional, Müller se esforça em postular que o *programa normativo* limita a extensão do alcance da norma jurídica por intermédio da categoria *âmbito normativo,* mas não parece deixar claro como esse processo deve ocorrer. Perde-se, neste caso, em estabilidade e em racionalidade jur;idica, podendo-se, com isso, dar lugar a um discurso decisionista, no sentido de *escolha autoritária* dos fatos que eventualmente devam fazer parte do conceito de *âmbito da norma,* tal como verificou-se em Geny. Neste, como se viu, esta limitação é ainda menos presente. O jurista francês também insiste em estabelecer a literalidade como limite, embora sustente que o trabalho de interpretação deve ser construído com o auxílio de uma investigação multidisciplinar. Em ambos os casos, contudo, a percepção (ou não, no caso de Geny) de que o ato de estabelecimento concreto do recorte da realidade depende da pré-compreensão do intérprete, nos termos gadamerianos, parece

[81] As ideias de Müller, como se pôde perceber de modo claro e ao contrário da teorização de Geny, se compatibilizam com a reviravolta lingüístico-pragmática promovida por Heidegger e Gadamer. Cf., novamente, as observações consignadas na nota 4.

não interferir de um modo pré-estruturado na ideia final por eles propugnada (da insuficiência da *literalidade* ou do *programa normativo* na solução de casos). Percebe-se, assim, uma semelhança entre as limitações defendidas, já que o que Müller entende por *programa normativo* – o limite por ele estabelecido – compatibiliza-se com a ideia de *literalidade da lei* de Geny, embora com ela de fato não se confunda, já que parte de algumas concepções ainda não presentes quando da teorização do jurista francês.

Sob o prisma de tais considerações, pode-se concluir no sentido de identificar um *paralelismo* entre as ideias de François Geny – com a Escola da Livre Investigação Científica – e a teorização de Friedrich Müller – com sua Teoria Estruturante do Direito – em cujos contornos produz visível ressonância.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre o Conceito de Norma e a Função dos Enunciados Empíricos na Argumentação Jurídica segundo Friedrich Müller e Robert Alexy. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 11, n. 43, abril-jun, 2003.

CHRISTENSEN, Ralph. Teoria Estruturante do Direito. *In:* MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método**: Diálogos entre a Hermenêutica Filosófica e a Hermenêutica Jurídica. Universidade de Brasília. Tese de Doutorado. Brasília, 2008.

DAU-LIN, Hsü, **Mutación de La Constitución**. Tradução espanhola de Christian Förster e Pablo Lucas Verdú. Bilbao: IVAP, 1998.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte, Mandamentos, 2002

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 1997.

GENY, François. **Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo**. Madrid: Reus, 1925.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da Ordem Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LEMAITRE, Julieta. **Legal Fetishism at Home and Abroad**. Disponível em http://www.legalleft.org/wp-content/uploads/2008/04/3unb006-lemaitre.pdf. Acesso em 25 outubro 2009.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 3. Ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MELLO FILHO, Rogério Machado. **A Aplicação do Direito sob a Ótica das Escolas de Interpretação das Normas jurídicas.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_50/artigos/art_rogerio.htm acesso em 23 outubro 2009.

MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Teoria Estruturante do Direito I**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Año 9. Num. 27. Septiembre-Diciembre,1989

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERELMAN, Chäim. **Lógica Jurídica**. Nova Retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições, eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. *In:* SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 115-145.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

O SIM E O NÃO NA ORDEM ECONÔMICA: IRONIA, PROPRIEDADE E LIVRE INICIATIVA A PARTIR DOS PARADOXOS NORMATIVOS DO TEXTO CONSTITUCIONAL DE 1988

MARCIO AUGUSTO DE VASCONCELOS DINIZ[*]
MARIO ANDRÉ MACHADO CABRAL[**]

RESUMO

Este trabalho tem o escopo de analisar alguns dos paradoxos normativos presentes no Título VII da Constituição Federal de 1988 a partir da idéia de ironia na forma como trabalhada por alguns pensadores da tradição filosófica ocidental. Tais paradoxos consistem em dispositivos cujos conteúdos apontam para sentidos inversos, podendo acarretar um descompasso interno no entendimento da ordem constitucional, implicando a possibilidade de surgimento de uma zona anômica de indeterminação, fundada na inadequação e indeterminação destes conteúdos paradoxais. Tal é o caso da oposição entre propriedade privada e função social da propriedade, a um turno, e entre as diversas compreensões do conceito de livre iniciativa, a outro. Em um primeiro momento, faz-se um estudo do conceito de ironia na esteira de alguns filósofos que sobre o tema versaram, como Sócrates, Schlegel e Hegel, para, em seguida, aceitar alguns pressupostos colocados por Vladimir Safatle. Após, passa-se à análise dos paradoxos normativos presentes na ordem econômica constitucional, expondo as contradições de seus conteúdos a partir da exposição das oposições no ordenamento positivo e da divergência doutrinária e jurisprudencial acerca de seus aspectos substanciais. Na obra de Diderot, *O Sobrinho de Rameau*, sobre a qual Hegel se debruça na *Fenomenologia do Espírito*, há, de lado, *Eu*, o narrador, um filósofo, e *Ele*, o sobrinho do célebre compositor Jean-Phillipe Rameau, um jovem sarcástico, inteligente, extravagante e imoral. Ao mesmo tempo em que segue os valores da época, o sobrinho tenta perverter e questionar tais valores com pretensão universal – os valores do Iluminismo. A época em questão era de desagregação dos substratos normativos que dão unidade social. Ou seja, estava-se em um período de mudança das estruturas normativas que legitimavam a sociedade de então. A consciência de uma situação como essa se manifesta como *ironização*. O Brasil passou por situação semelhante. Após o desfazimento das regulações normativas da anterior ordem autoritária, constrói-se no País uma nova realidade jurídica de interação social e estatal. Entretanto, subsistem ainda conjunturas internas à nova ordem constitucional através das quais não se visualiza a coesão de disposições jurídicas unívocas. A Ordem Econômica Constitucional de 1988 está nesse contexto. A negatividade da ironização de seu conteúdo pode conduzir à inversão e profanação da realidade constitucional. As conseqüências disso podem ser significativamente danosas à ordem democrática. Por isso, calha uma interpretação constitucional objetivando a relevância da unidade do texto com visas à consecução dos objetivos constitucionalmente previstos.

Palavras chave: ironia; ordem econômica; propriedade; livre iniciativa; paradoxos normativos.

ABSTRACT

[*] Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFC. Doutor em Direito pela UFMG/Universidade de Frankfurt. Procurador do Município de Fortaleza.
[*] Aluno do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará - UFC. Bolsista de Iniciação Científica do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq.

This paper aims to demonstrate some of the paradoxical commandments in the Constitutional Economic Order of 1988 starting with the idea of irony in the western philosophical tradition. These paradoxical commandments are the rules which contents have inverted senses. It could bring about an internal disturb in the constitutional order's interpretation and also a possibility of emergence of a anomie's indetermination zone. That is the case of the opposition between private property and social function of property, on the one hand, and between the several interpretations of free enterprise's concept, on the other hand. The analysis started on the concept of irony of the western philosophical tradition, especially in Socrates, Schlegel and Hegel. Still on this reflection, some conclusions were underlined in the guideline of Vladimir Safatle's thought. Then, the paradoxical commandments are discussed in the perspective of the legal text and of the doctrinaire and jurisprudential divergences. Diderot's *Rameau's Nephew*, about what Hegel discusses in *The Phenomenology of Spirit*, shows two characters: *I*, a narrator-like persona, a philosopher, and *Him*, the nephew of the famous composer Jean-Phillipe Rameau, a sarcastic, smart, extravagant and immoral young man. *Him* followed the rules of his time, but also tried to pervert the social principles of the time (the values of the Enlightenment*)*, arguing about their universality pretension. There was too much normative disaggregation of the social unity in this epoch. It means there were lots of changes in the normative structures that gave legitimacy in the society. The conscience of this situation showed itself as *ironization*. Brazil had a similar situation. After the end of the authoritarian normative regulation, a new juridical reality has been built in our country. However, some old normative structures subsist, although the new constitutional order. That makes the cohesion of the juridical commandments less strong. The constitutional economic order is part of this context. The negativity of the ironization could make the inversion and profanity of the constitutional reality. The consequences of that could be significantly damaging to the democratic order. Because of that, it's necessary a constitutional interpretation that projects the unity of the text, aiming to achieve the constitutional objectives.

Keywords: Irony; economical order; property; free enterprise; normative paradoxes.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva fazer um estudo da ordem econômica constitucional no contexto pós-1988, a partir da análise dos dispositivos contrapostos no texto constitucional, ou seja, das normas que apresentam, entre si, conteúdos contrastantes, por vezes expressivos de uma realidade sistêmica paradoxal. Tal se verifica, por exemplo, quando se confronta a propriedade privada e a função social da propriedade com as diferentes acepções possíveis de se obter da moldura normativa na qual se insere o conceito constitucional de livre iniciativa. Considerando-se que é o Supremo Tribunal Federal o responsável pela guarda da Constituição, conformar elementos normativos e jurídicos abstratamente opostos traduz um efetivo desafio que se coloca ao Judiciário, notadamente a partir do advento da nova ordem constitucional advinda com a promulgação da Carta Republicana de 1988.

Para analisar a contraposição entre os dispositivos constitucionais que regem a ordem econômica constitucional, optou-se por um estudo teórico-filosófico que parte da concepção de *ironia* ao longo do percurso histórico da filosofia ocidental. Assim como alguns dos preceitos da ordem econômica na Carta Constitucional que possuem conteúdos, simultaneamente, inversos, a ironia – pode-se dizer, a título de introdução – é a negação do que se quer afirmar, resultando, por isso, num vazio. O desafio para o Poder Judiciário e, mais especificamente, para o Supremo Tribunal Federal, é, constatando que a materialidade de alguns dos dispositivos constitucionais revela-se claudicante, conformar tais mandamentos, na observância dos fundamentos da Constituição, sem que se alcance o negativo peculiar à idéia de ironia.

Nesse passo, dividiu-se o trabalho em três eixos, sem antes serem feitos alguns esclarecimentos metodológicos. Em um primeiro plano, fez-se um estudo da ironia na forma como trabalhada por alguns filósofos, como Sócrates, Kierkegaard, Friedrich Schlegel e Hegel, para, em seguida, estabelecer alguns pontos tomados de empréstimo de Vladimir Safatle. Em um segundo momento, analisou-se as disposições positivas referentes ao Título VII da Constituição Federal ("Da Ordem Econômica e Social") – mais especificamente o art. 170 – bem como os posicionamentos doutrinários divergentes acerca dos mandamentos paradoxais da ordem econômica. Num terceiro ponto, por intermédio de uma seleção do ementário jurisprudencial disponível no sítio *online* do Supremo Tribunal Federal, fez-se um estudo acerca dos entendimentos perfilhados daquela Corte acerca de questões relacionadas à ordem econômica, com o intuito de verificar os posicionamentos do órgão responsável pelo exame da conformidade dos atos jurídicos a ele submetidos em relação à Constituição.

Por fim, algumas conclusões foram sublinhadas no sentido de que o STF, ao se deparar com tais elementos normativos que apresentam conteúdos inversos entre si, deve conformar tal paradoxalidade com atenção aos princípios fundamentais escolhidos e inscritos pelo povo brasileiro na Carta de 1988. Caso não observado o desafio de tal paradigma, a negatividade da ironia pode dar ensejo a uma zona de indeterminação jurídica que deve deformar a realidade constitucional.

1 A IDÉIA DE IRONIA

I. A entrada do conceito de ironia no mundo se deu com Sócrates. A ironia era o ponto de vista de Sócrates, era o essencial em sua existência. As perguntas que fazia

sucessivamente aos seus interlocutores nos diálogos que travava, caracterizadas por uma dialética negativa, isto é, perguntas e respostas cuja síntese resulta num negativo[1], eram revestidas pela ironia, essência do núcleo do posicionamento socrático[2].

Em *Protágoras*, trava-se uma discussão entre Sócrates e Protagóras, acerca da possibilidade ou não da virtude ser ensinada. Este, sofista, posta-se pela viabilidade de se ensinar a virtude. Aquele, pela impossibilidade[3]. A ironia nessa obra consiste no fato de que Sócrates, no intento de demonstrar a impossibilidade de se ensinar a virtude, transforma-a no seu objeto de conhecimento, de estudo, provando, assim, o oposto, é dizer, que a virtude não pode ser objeto de ensino[4].

O cerne d'*O Banquete* é uma discussão sobre a natureza e as qualidades do amor. Tudo ocorre em uma festa mundana onde várias pessoas ilustres estão presentes, entre eles Agaton, poeta trágico ateniense, Aristófanes, maior dramaturgo da comédia grega, e Alcibíades, político ateniense. No primeiro contato com a ironia de Sócrates, o indivíduo se sentia à vontade. Entretanto, após isso, Sócrates se postava não em igualdade de condições nas relações de amor intelectual de que fazia parte, isto é, como amante, mas como amado[5]. É nisso que consiste a ironia, que acalenta para depois atormentar, que diz o sim para significar o não[6].

A República é um diálogo cujo tema central é o entendimento do que é a justiça. Ao final do Livro I d'*A República*, Sócrates chega à conclusão de que não obteve resultado algum a partir da discussão travada[7]. Aqui, o primeiro livro tem consciência de não só ter chegado a um resultado vazio, mas a um *resultado negativo*. Ou seja, após toda a discussão, perguntas e repostas e divagações desdobradas ao longo do Livro I, chegou-se a um resultado negativo: continua-se sem nada saber. Com Kierkegaard, é possível visualizar o cunho irônico disso em si e por si mesmo[8].

---

[1] É preciso observar que as perguntas e respostas nos diálogos platônicos são uma espécie de dialética, contudo sendo precário o momento de unidade na síntese, posto que, para cada nova resposta, é possível uma nova pergunta. Cf. KIERKEGAARD, Søren Aabye. **O conceito de ironia constantemente referido a Sócrates**. Tradução de Álvaro Luiz Montenegro Valls. Vozes: Petrópolis, 1991, p. 41-42.
[2] Cf. Ibid., p. 23-26.
[3] Cf. PLATO. **Protagoras**. Tradução de C. C. W. Taylor. Oxford: Oxford University, 1991, p. 11 e 15.
[4] Cf. KIERKEGAARD, Søren Aabye. Op. cit., p. 61.
[5] Cf. PLATÃO. **O Banquete**. Tradução de J. C. de Souza. São Paulo: Nova Cultural, 1972, p. 50-57. (Os Pensadores).
[6] Cf. KIERKEGAARD, Søren Aabye. Op. cit., p. 50-53.
[7] Cf. PLATÃO. **A República**. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 52.
[8] Cf. KIERKEGAARD, Søren Aabye. Op. cit., p. 100.

Em Sócrates, destarte, era a ironia um meio de vida, algo intrinsecamente constitutivo de sua existência, indissociável de seu ser, determinante e informador de seus posicionamentos. A explicação de algo para provar seu oposto, o afago seguido da perturbação e as discussões que alcançam resultados negativos são elementos ilustrativos daquilo que era a essência do ponto de vista de Sócrates: a ironia.

II. O interesse pelo infinito era temática recorrente entre os filósofos e poetas do romantismo. Assim, Schlegel tentava, mediante suas reflexões filosóficas, chegar ao infinito. Nesse percurso, apercebeu-se da filosofia e da arte como meios ao infinito. A consciência filosófica permitiria a racionalização acerca do infinito[9]. Entretanto, Schlegel colocava que a filosofia não concluía com inteireza seus percursos investigativos:

> A filosofia ainda caminha demasiadamente em linha reta, e ainda não é suficientemente cíclica. [...] Em relação aos maiores filósofos ocorre comigo o mesmo que com Platão em relação aos espartanos. Ele os amava e respeitava infinitamente, mas sempre se queixa de que em toda parte tivessem ficado no meio do caminho[10].

No que tange à arte, Schlegel diz que o artista renuncia e anula sua singularidade, no intento de alcançar o infinito: "O artista que não renuncia a todo o seu si mesmo é um servo inútil"[11]. Porém, muitos deles trazem o infinito para a arte com leviana e comprometedora facilidade: "Há escritores que bebem o incondicionado como água, e livros em que até os cães se referem ao infinito"[12].

A partir da inconsistência tanto da filosofia como da arte para se alcançar o infinito, surge, aqui, uma idéia trabalhada de modo interessante por Schlegel: a ironia. Esta, para o filósofo do romantismo, é a mediação jocosa entre contrários inconciliáveis[13]. A consciência da impossibilidade e da necessidade de conciliação entre o finito e o infinito é elemento constitutivo da ironia, que é, justamente:

> Um sentimento do conflito insolúvel entre incondicionado e condicionado, da impossibilidade e necessidade de uma comunicação total. [...] É [...] essa constante autoparódia, na qual sempre acreditam e da qual novamente sempre desconfiam, até

[9] Cf. SCHLEGEL, Friedrich. **O dialeto dos fragmentos**. Tradução de Márcio Suzuki. São Paulo: Iluminuras, 1997, p. 26-27.
[10] Ibid., p. 53-54.
[11] Ibid., p. 158.
[12] Ibid., p. 29.
[13] "[...] a ironia, uma síntese absoluta de antíteses absolutas, alternância de dois pensamentos conflitantes que engendra continuamente a si mesma.". Ibid., p. 66.

> sentir vertigens, tomando justamente o gracejo como seriedade, e a seriedade como gracejo[14].

Schlegel entende que "ironia é a forma do paradoxo"[15]. Consciente do quê se constitui a ironia e entendendo o infinito como o resultado de forças que constantemente se separam e se mesclam, onde a expressão se dá por meio de contradições, é possível pontuar que, para Schlegel, a ironia é o instrumento adequado para se alcançar o infinito, ao passo que tenta conciliar contrários, mesmo com a consciência da improbabilidade de tal mediação[16].

III. Sabe-se que Hegel era um crítico do romantismo. É preciso ainda colocar: Hegel era um crítico da ironia romântica. Tal se dava no contexto de uma realidade política e social peculiar da Alemanha da época de Hegel, sobretudo no que se refere à classe intelectual de seu país.

Ao passo que países como a França e a Inglaterra, que tinham passado por revoluções liberal-burguesas, a Alemanha no século XIX era um país agrário e atrasado do ponto de vista do desenvolvimento. Entretanto, subsistia uma classe intelectualizada, em meio ao marasmo nacional em que se achava a Alemanha: era a "miséria alemã". Nesse passo, a *intelligentsia* alemã estava envolta à solidão, à miséria, à falta de público, à exaltação e à incapacidade do País em dar forma à razão capitalista que fazia o progresso prosperar nos vizinhos do continente europeu[17].

A *intelligentsia* romântica da época tinha plena consciência da situação malograda em que se encontrava. Mas, para resistir a essa conjuntura, apegava-se à ironia, elemento de sarcasmo em que se apoiava a intelectualidade alemã para suportar seu malogro existencial em meio à decadência nacional. É dizer, a ironia era a atitude consciente da classe intelectual no contexto da "miséria alemã", onde, defronte ao marasmo político e a indeterminação

[14] Ibid., p. 37.
[15] Ibid., p. 28.
[16] Cf. Ibid., p. 130.
[17] ARANTES, Paulo Eduardo. Um reforma intelectual e moral. In: ARANTES, Paulo Eduardo. **Ressentimento da dialética**: dialética e experiência intelectual em Hegel: antigos estudos sobre o ABC da miséria alemã. São Paulo: Paz e Terra, 1996, p. 331-333; Por que permanecemos na província? In: ARANTES, Paulo Eduardo. **Ressentimento da dialética**: dialética e experiência intelectual em Hegel: antigos estudos sobre o ABC da miséria alemã. São Paulo: Paz e Terra, 1996, p. 349-351.

subjetiva, o intelectual se agarrava para justificar sua infeliz situação[18]. É contra essa ironia que Hegel se insurge[19].

Ainda na seara do pensamento hegeliano, notadamente no que concerne às suas relações com a ironia, um contexto diferente da conhecida crítica de Hegel à ironia romântica deve ser sublinhado. Na esteira das contribuições teóricas de Paulo Eduardo Arantes e Vladimir Safatle, as percepções hegelianas consignadas na *Fenomenologia do Espírito* e as implicações que se fazem notar na obra *O Sobrinho de Rameau*, de Diderot, hão de ser aqui mais detidamente consideradas.

Essa obra é um diálogo entre *Eu*, o narrador, filósofo, e *Ele*, Jean-François Rameau, sobrinho do célebre músico Jean-Phillipe Rameau, um jovem ocioso que entende de arte e música e que *Eu* apresenta como original, excêntrico, extravagante, imoral, provocador, repleto de contradições e possuidor de bom senso e desrazão[20]. Na fala do sobrinho de Rameau, percebe-se que ele está a tentar perverter valores tendentes à validade universal incontestável, defendidos por *Eu* – os valores do Iluminismo[21].

Porém o sobrinho não rompe com a Ilustração. Apenas, com sua postura sarcástica, questiona subliminarmente, no tentame de ironizar e interverter condutas incontestáveis, os valores que aspiram universalidade[22]. Nesse sentido, a linguagem irônica do sobrinho caracteriza a "palavra que, ao mesmo tempo, segue o código e o transgride", representando "o momento inaugural do advento das aspirações modernizadoras do Esclarecimento"[23]. A ironia que a tudo perverte é um descompasso interno fundamentado na experiência de inadequação e indeterminação[24].

A época retratada na obra em comento era de desagregação dos substratos normativos que dão unidade social. Ou seja, estava-se em um período de mudança das estruturas normativas que legitimavam a sociedade de então. A consciência de uma situação

---

[18] Idem. Origens do espírito de contradição organizado. In: ARANTES, Paulo Eduardo. **Ressentimento da dialética**: dialética e experiência intelectual em Hegel: antigos estudos sobre o ABC da miséria alemã. São Paulo: Paz e Terra, 1996, p. 219-223.

[19] "[...] Hegel sente a ironia como uma sombra sempre pronta a se deixar confundir com o corpo da dialética. E lá onde a proximidade é grande, a violência da crítica deve ser ainda maior". SAFATLE, Vladimir. **Cinismo e falência da crítica.** São Paulo: Boitempo, 2008, p. 37; Cf. ARANTES, Paulo Eduardo. Paradoxo do intelectual. In: ARANTES, Paulo Eduardo. **Ressentimento da dialética**: dialética e experiência intelectual em Hegel: antigos estudos sobre o ABC da miséria alemã. São Paulo: Paz e Terra, 1996, p. 40-44; HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Op. cit., p. 264-265.

[20] DIDEROT, Denis. **Le neveau de Rameau**. Paris: Poulet-Malassis, 1862, p. 2.

[21] Cf. SAFATLE, Vladimir. Op. cit., p. 42.

[22] Cf. *Ibid.*, p. 58; HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do espírito**. Tradução de Paulo Menezes. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 359-364.

[23] SAFATLE, Vladimir. Op. cit., p. 48.

[24] Cf. Ibid., p. 58.

como essa se manifesta como *ironização*[25]. O Brasil passou por situação semelhante. Após o desfazimento das regulações normativas da anterior ordem autoritária, constrói-se no País uma nova realidade jurídica de interação social e estatal. Entretanto, subsistem ainda conjunturas internas à nova ordem constitucional através das quais não se visualiza a coesão de disposições jurídicas unívocas.

Tal se dá no contexto da ordem econômica da Constituição Federal de 1988, em que não se determinam as indicações normativas para um caminho a se seguir na construção da nova realidade jurídica. Ao revés, vê-se normas que apontam em sentidos diversos e, consequentemente, interpretações em sentidos opostos. Isso pode condicionar uma guinada para uma zona de indeterminação capaz de inverter a realidade constitucional. A anomia, gerada pela negatividade da ironização e subseqüente confusão normativa dos dispositivos constitucionais contrários, pode gerar resultados incongruentes com as aspirações surgidas com a nova Constituição.

É por isso que se faz imprescindível o estudo dos dispositivos constitucionais da ordem econômica, bem como a abordagem das divergências doutrinárias no que se refere à sua interpretação. Firmada a compreensão dos paradoxos que compões tais normas, coloca-se o desafio ao Supremo Tribunal Federal de emprestar uma adequada compreensão aos opostos sentidos existentes na Constituição, como forma de não permitir a negatividade da ironização absoluta da realidade legar nossa ordem constitucional a uma zona de indeterminação jurídica.

2 A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL

2.1 Divergência teórica

I. Ao se ter em vista que o contexto em que foi elaborada a Carta foi de grandes debates pautados em rígidas divergências político-partidárias, é possível visualizar o ânimo dos constituintes em torno de disputas muitas vezes contrapostas. De um lado, encontravam-se grupos favoráveis a uma participação diminuta do Estado no sentido da atuação na esfera social e econômica. De outro, havia segmentos que intentavam ver prescritos na Constituição direitos e garantias demandados pela população, em relação aos quais se impunha ao ente estatal o dever de agir ativamente[26].

[25] Cf. Ibid., p. 65.
[26] Sobre o tema, cf. PILATTI, Adriano. **A constituinte 1987-1988**: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Os antagonismos das posições políticas e das propostas se fizeram refletir no texto constitucional. Visto que, em geral, as visões contraditórias giravam em torno da atuação do Estado na seara social e econômica, sobretudo relacionadas a temas clássicos da teoria constitucional ocidental, como propriedade e liberdade, o Título VII da Constituição Federal ("Da Ordem Econômica e Financeira") é onde mais nitidamente se enxergam os binômios que marcam um texto que buscou condensar heterogeneidades:

> Intervencionismo e liberalismo se alternam na formulação dos princípios e essa relação alternativa [...] exprime o clima de ambigüidade e duplo sentido que percorre as cláusulas da Ordem Econômica e Financeira. Liberalismo, intervencionismo e dirigismo econômico refletem as correntes que se debateram na assembléia Nacional constituinte e as maiorias eventualmente vitoriosas imprimiram no texto da constituição a concepção heteróclita da Ordem Econômica[27]

Um dos temas em que se visualizam mais nitidamente as dicotomias da ordem econômico-constitucional é o referente à propriedade. O art. 170 da Constituição, vestibular dos mandamentos da ordem econômica, ao passo que prescreve a propriedade privada no seu inciso II, impõe a função social da propriedade no inciso III. Ainda que não se reconheça a oposição extrema entre os dois princípios, uma vez que um complementa o outro, infere-se que, em algum momento, poderá haver disparidades de interesses que os coloquem em pólos opostos.

O direito de propriedade, no formato em que é tratado nos ordenamentos jurídicos atuais, ganhou seus contornos oficiais a partir da Magna Carta inglesa de 1215, que estabelecia, em suas cláusulas 30 e 31, o respeito à propriedade privada contra os abusos confiscatórios do soberano[28]. Com a Declaração de Direitos de Virgínia, nos Estados Unidos, de 1787, o direito de propriedade é considerado inato ao ser humano e impassível de privação, sendo colocado, pela primeira vez, no bojo de uma constituição[29]. A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, coloca, em seu art. 17, que o direito de propriedade só pode ser privado em caso de necessidade pública, mediante indenização, dando a tal direito natureza inviolável e "sagrada"[30]. Pode-se, destarte, visualizar que a propriedade privada era

[27] HORTA, Raul Machado. Constituição e ordem econômica e financeira. **Revista de Informação Legislativa**, n. 111, jul./set., 1991, p. 15.
[28] Cf. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 82 e 85.
[29] Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 50.
[30] "A declaração do caráter sagrado da propriedade, contida no art. 17, é um evidente anacronismo. Sagrada era a propriedade greco-romana, intimamente ligada à religião doméstica, à casa de família, sede do deus do lar, e ao terreno adjacente onde ficavam as sepulturas dos membros do *gens*. A sacralidade desses bens, aliás, era bem

entendida, sobretudo com as declarações liberal-burguesas setecentistas, como a essência das liberdades individuais a que se buscava proteger.

A Constituição mexicana de 1917 inaugurou nova perspectiva acerca do direito de propriedade, instituindo, em seu art. 27, que esta é originalmente da Nação, podendo seu domínio ser transmitido aos particulares[31]. A Constituição alemã de Weimar, de 1919, estabeleceu uma seção para a "vida econômica" do país em reconstrução em que se assegurava a liberdade econômica e a propriedade, mas nos limites de se garantir a todos a dignidade humana, com o fito de servir ao bem comum[32]. Percebe-se, pois, que há uma significativa mudança quanto à idéia de propriedade, inicialmente ligada a uma concepção estritamente individualista, mas, a partir de então, devendo atentar a certos pressupostos de atento à coletividade.

A Constituição Brasileira de 1988 reflete em certa medida o caminhar histórico do direito de propriedade, possuindo dispositivos que se inclinam para as concepções mais individualistas e outros que pendem para a observância das finalidades sociais da propriedade. Não se pode negar que o Brasil adotou o sistema econômico capitalista de produção. Assim, o direito do proprietário individual de, por exemplo, um bem urbano, uma empresa ou uma propriedade rural é assegurado em sua plenitude, não podendo decair senão em virtude de forte motivação. O princípio da propriedade privada serve de corolário para a garantia do exercício legítimo do uso, fruição e gozo de um bem privado, estando em consonância com a posição econômica conjuntural do Brasil. Ocorre que, como se vê da evolução histórica do direito de propriedade, esta não pode ser dissociada da realidade fática na qual está inserida, devendo atentar a uma função adequada e benéfica para a coletividade social[33]. Neste sentido,

> Se a propriedade a apropriação privada dos meios de produção constituem mesmo pressupostos de um regime capitalista, verdade é, também, que na vigência de um

marcada pela sua fixidez e imobilidade: longe do caráter desprezível das coisas mobiliárias (*res mobilis, res vilis*), a propriedade tradicional é sempre imóvel, à imagem das coisas divinas". COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 152.

[31] Cf. Ibid., p. 183. Sobre as principais modificações trazidas com a Constituição mexicana de 1917, cf. VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades**. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 77-99.

[32] Cf. COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 195 e 198. Para um debate sobre a ordem econômica na República de Weimar, ver: BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente**: atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue, 2004, 25-64.

[33] Cf. FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. In: TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. **Função social do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 146; MOREIRA, Egon Bockmann. Reflexões a propósito dos princípios da livre-iniciativa e da função social. In: TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. **Função social do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 241-244; MATIAS, João Luis Nogueira. **A função social da empresa e a composição de interesses na sociedade limitada**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009. 323 p. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 63-71.

> Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, *caput*), cujos objetivos fundamentais são garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sem preconceitos e discriminações, para construirmos uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3º), a propriedade privada – com todas as implicações que a expressão significa ou pode significar – não se legitima mais pelos frutos que dela extrai seu senhor, mas, igualmente, pela função que desempenha no contexto da sociedade[34].
>
> [...] a propriedade privada é ao mesmo tempo um direito (subjetivo) fundamental e uma instituição em que radica, dentre outros fundamentos, a legitimidade de um Texto Constitucional num Estado Democrático de Direito [...]. Ao mesmo tempo em que garante a propriedade, a Constituição prevê a sua função social. Dito de outro modo: a Constituição conforma a propriedade e o seu exercício à sua função social[35].
>
> Como direito individual, o instituto da propriedade, como categoria genérica, é garantido e não pode ser suprimido da atual ordem constitucional. Contudo, seu conteúdo já vem parcialmente delimitado pela própria Constituição, quando impõe a necessidade de que haja o atendimento de sua função social, assegurando-se a todos uma existência digna nos ditames da justiça social[36].

Vale observar que não se deve entender a total superação ou mitigação do direito individual de propriedade, ante a sua funcionalização a partir do texto constitucional[37]. Tal não se coadunaria com a opção econômica capitalista feita pelo País. O que acontece é que, mesmo em relação aos mais tradicionais e convencionais direitos individuais, como é o caso da propriedade, não se pode visualizar sua garantia e exercício sem a existência de regulamentação jurídica[38]. Desse modo, a potencialidade da autonomia da vontade existe, mas a ela são impostas finalidades normativamente previstas que transcendem os intentos individuais[39].

---

[34] PETTER, Josué Lafayete. **Princípios constitucionais da ordem econômica**: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 132.

[35] DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. Função social da propriedade e livre iniciativa. Uma análise da proibição de cobrança do uso do estacionamento pelos *shopping centers*. **Nomos**: revista do curso de mestrado em direito da UFC, v. 27, jul./dez., 2007, p. 248-249. Sobre o caractere subjetivo do direito de propriedade, cf. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio constitucional da função social da propriedade. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais** , n. 2, p. jul./dez., 2003, p. 555-557.

[36] TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 611.

[37] Como colocam Vladimir da Rocha França e Germano Schwartz e Rafael Machado Soares. Cf. FRANÇA, Vladimir da Rocha. Perfil constitucional da função social da propriedade. **Revista de Informação Legislativa**, n. 141, jan./mar., 1999, p. 14-15; e SCHWARTZ, Germano; SOARES, Rafael Machado. A função social do direito e a questão da propriedade: expectativas normativas. In: TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. **Função social do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 363.

[38] Cf. SUNSTEIN, Cass R. **Designing democracy**: what constitutions do. New York: Oxford University, 2001, p. 222; HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: Norton, 2000, p. 59-76; VERA, Flávia Santinoni. A função social do direito de propriedade e o conceito de produtividade no Brasil. In: TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. **Função social do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 335.

[39] Cf. MATTIETTO, Leonardo. A renovação do direito de propriedade. **Revista de Informação Legislativa**, n. 168, out./dez., 2005, p. 190.

Assim, no que tange à propriedade no seio da Ordem Econômica da Constituição brasileira, calha notar sua natureza "dual"[40], não possuidora de significado unívoco. É, pois, cambiante, a um, no sentido da proteção de um direito individual e, a dois, no atento às exigências de cunho comunitário-social. Apesar de se tratar de dispositivos que indicam caminhos inversos, à semelhança da *ironização* anteriormente discutida, deve tal dualidade ser conformada com sensibilidade no que toca aos princípios fundamentais informadores dos fundamentos e objetivos da República, prescritos nos primeiros artigos da Carta. Só dessa maneira, é possível mediar contraposições conceituais inscritas positivamente e permitir um adequado entendimento constitucional por parte do órgão a que cabe a guarda da ordem constitucional.

II. Outro ponto sobre o qual se deve refletir é acerca da natureza do conceito constitucional de livre iniciativa. Há autores que entendem que, como a Constituição atenta para princípios como livre concorrência e propriedade privada, estaria ela afirmando o sistema capitalista de mercado. De uma banda, têm eles cabimento quanto à opção de sistema econômico do constituinte. A outro turno, decai-lhes razão no que se refere à conceituação de livre iniciativa que adotam para inferir tal compreensão.

Sob a perspectiva da liberdade de trabalho e associação, Manoel Gonçalves Ferreira Filho pontua que a livre iniciativa é "[...] a combinação da liberdade do trabalho com a liberdade de associação [...]. A liberdade de iniciativa, que é a liberdade de trabalhar num determinado campo ou de se associar para trabalhar numa determinada atividade, é, aliás, um dos princípios fundamentais da ordem econômico-social"[41].

José Afonso da Silva, partindo da eleição de uma economia capitalista para o Brasil em 1988, associa a livre-iniciativa à iniciativa privada, enquanto valor fundamental da sociedade de mercado:

> A Constituição declara que a ordem econômica é fundada na *valorização do trabalho humano* e na iniciativa privada. Que significa isso? Em primeiro lugar quer dizer precisamente que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a *iniciativa privada* é um princípio básico da ordem capitalista[42].

[40] LANE, Pedro. **STF**: decisões político-ideológicas nos casos de intervenção do Estado no domínio econômico. Monografia (Escola de Formação). Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2006, p. 7. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/85_Pedro-VersaoMarco2007.pdf>; Acesso em: 13 set. 2009.
[41] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição brasileira**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, 3 v, p. 106.
[42] SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 788.

Entendendo a livre-iniciativa como uma liberdade concernente ao cidadão, com a negativa da atuação estatal, André Ramos Tavares segue linha semelhante aos demais, quando afirma que "o postulado da livre-iniciativa, portanto, tem uma conotação normativa positivada, significando a liberdade garantida a qualquer cidadão, e uma outra conotação que assume viés negativo, impondo a não-intervenção estatal [...]"[43].

As posições acima pontuadas são de certo modo limitadas. Isso porque, ao assinalar somente aspectos como liberdade de trabalho e iniciativa privada, tais autores estão a negar a existência de relação entre livre iniciativa e Estado. É fato que se está em um contexto de economia capitalista e que a livre iniciativa engloba a liberdade privada do cidadão na seara de uma sociedade de mercado. Porém não se há furtar no reconhecimento de que livre iniciativa abrange também a iniciativa do Estado no campo sócio-econômico, com o fito de realizar as tarefas e diretrizes constitucionalmente previstas, que visam à asseguração da dignidade e da justiça social[44].

Eros Roberto Grau, nesse passo, entende a idéia de livre iniciativa num sentido amplo: "[...] *livre iniciativa* não se resume, aí, a "princípio básico do liberalismo" ou a "liberdade de desenvolvimento da empresa" apenas – à liberdade única do comércio, pois. Em outros termos: não se pode visualizar no princípio tão-somente uma afirmação do capitalismo"[45]. E segue adiante: "[...] não se pode atribuir exclusivamente à contemplação constitucional do princípio da *livre iniciativa* – do seu *valor social*, repito – a consagração, constitucional, do sistema capitalista [...]"[46].

Vê-se que há divergências quanto ao entendimento conceitual sobre a livre-iniciativa, fundamento da ordem econômica. A compreensão desse conceito determina a interpretação e a aplicação das disposições constitucionais subseqüentes. A um turno, há posições que associam a livre-iniciativa à liberdade de trabalho, econômico-produtiva, no contexto de uma sociedade capitalista onde resta ao Estado uma conduta omissiva, negativa, de abstenção. A outro, têm-se posicionamentos pautados pela preocupação com a consecução das tarefas constitucionalmente previstas, ansiadas pela população, em que cabe ao Estado uma iniciativa na seara econômica e social que não pode ser outra senão a da intervenção[47]. Defronte às

[43] TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 240.
[44] Cf. BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 36-37.
[45] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 202.
[46] *Ibid.*, p. 208.
[47] Aqui, "intervenção" não tem maiores pretensões ideológicas, sendo somente sinônimo de "atuação" do Estado, do mesmo modo que faz Gilberto Bercovici. Cf. BERCOVICI, Gilberto. O ainda indispensável direito

dualidades que permeiam os dispositivos da ordem constitucional econômica e os entendimentos doutrinários acerca do tema, imprescindível o estudo do entendimento do Supremo Tribunal Federal ao se deparar com a composição dicotômica de alguns dos mandamentos do Título VII.

2.2 Divergência jurisprudencial no supremo tribunal federal[48]

A Associação Brasileira das Empresas de Distribuição – ABRAED propôs a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 46, questionando a recepção da lei nº 6538 de 1978, que estabeleceu a exclusividade da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT no que concerne às atividades postais. Seu argumento era substancialmente o de que, além de o serviço postal não ser serviço público, configurando atividade econômica e, assim, fora do espaço de atuação do Estado, tratava-se de um regime de monopólio, que, por sua vez, não se coadunava com os mandamentos constitucionais da livre iniciativa, livre concorrência e iniciativa privada, levantando, portanto, à não recepção da referida lei pela Constituição Federal de 1988.

A ECT sustentou que a lei 6538/78 havia sido recepcionada pela Constituição, uma vez que, de acordo com os arts. 21, X, e 22, V, da Carta, a União tem competência para legislar sobre serviço postal. Desse modo, pelo inscrito no texto constitucional, serviço postal é serviço público, devendo o Estado prestá-lo na conformidade da legislação pertinente, isto é, a partir do que ordena a lei impugnada pela ABRAER. Já que essa lei lega à ECT a exclusividade na prestação do serviço postal, tal monopólio é plenamente constitucional, no que implica na recepção da lei em comento pela atual Constituição.

I. O Ministro Relator, Marco Aurélio, em seu voto, desenvolve um raciocínio que se presta a criticar o Estado interventor, imputando ao mesmo incompetência e ineficiência na sua atuação. O Ministro sustenta que a ordem constitucional consagra a livre iniciativa e liberdade econômica como valores. Assim, a atuação do Estado deve se dar apenas de modo subsidiário, quando houver motivação relacionada à segurança nacional ou por fator

econômico. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de. **Direitos humanos, democracia e república**: homenagem a Fábio Konder Comparato. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 504, nota 3.

[48] Seguiu-se, nesse item, uma linha expositiva semelhante à percorrida por: LANE, Pedro. **STF**: decisões político-ideológicas nos casos de intervenção do Estado no domínio econômico. Monografia (Escola de Formação). Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2006, p. 18-28. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/85_Pedro-VersaoMarco2007.pdf>; Acesso em: 13 set. 2009.

significativo de interesse público, garantindo condições para o crescimento econômico e igualdade de oportunidades. O princípio da livre iniciativa indicaria, então, que a atuação do Estado na seara econômica somente deve ocorrer para corrigir imperfeições que o mercado não pôde por si sanar:

> Se em certa sociedade o Estado prega o dirigismo econômico, mais e mais atividades serão realizadas sob as mãos do Estado e alçadas à condição de serviço público. Ao contrário, se exorta a livre iniciativa e a liberdade econômica, a regra é que os particulares desenvolvam tais atividades livremente, desde que atendam à disciplina própria para cada setor da economia, atuando o Poder Público apenas de maneira subsidiária, quando imprescindível por imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo – artigo 173 da Constituição em vigor.

Posto que o monopólio de uma atividade considerada econômica não deve ser pertinente à atuação do Estado, que só age nesse domínio em casos excepcionais e subsidiariamente, uma lei que prescreve tal exclusividade não se harmoniza com os fundamentos ordenadores não só da ordem econômica (art. 170 e seguintes), mas sobretudo da própria República (art. 1º, IV). Nessa linha, não merece, segundo o Ministro Marco Aurélio, a lei nº 6538 de 1978 ser recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

II. O Ministro Eros Grau, em seu voto, pontua esquematicamente, acolhendo os fundamentos da tese veiculada pela parte argüida, que serviço postal não consubstancia atividade econômica, pois se trata de serviço público. Não tem sentido, pois, a argumentação da argüente que traz à baila ferimento aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência:

> [...]o serviço postal é serviço público. Portanto, a premissa de que parte a argüente é equívoca. O serviço postal não consubstancia atividade econômica em sentido estrito, a ser explorada pela empresa privada. Por isso é que a argumentação em torno da livre iniciativa e da livre concorrência acaba caindo no vazio, perde o sentido.

A Constituição traça objetivos e fundamentos em relação aos quais, para alcançá-los, é impossível um Estado com atuação subsidiária. Na consecução dos fundamentos da República, arrolados no art. 3º, calha um Estado que tenha papel significativo no âmbito social e econômico, para dar cumprimento às tarefas constitucionalmente previstas. Nesse passo, para o Ministro Eros Grau, uma concepção de Estado diminuto não é capaz de dar implemento ao que é colocado na Carta, de modo que tal posição não tem compatibilidade com a Constituição. Seu voto foi no sentido da total improcedência da argüição proposta pela

ABRAED, no que foi acompanhado pela maioria dos ministros, que decidiram pela recepção da lei questionada e conseqüente manutenção do monopólio dos serviços postais pela ECT.

Da análise dos votos em torno dos quais se agruparam os posicionamentos majoritários dos ministros, é possível ver dois eixos interpretativos acerca da ordem econômica na Constituição, bem como do papel do Estado nessa seara. Por um lado, há um posicionamento que entende como mais adequada uma atuação estatal voltada para subsidiar a atividade econômica privada, implicando uma concepção do fundamento da livre-iniciativa plenamente ligada à tradição liberal, relacionada ao sistema capitalista de produção. Por outro, há um posicionamento que reconhece que a atuação do Estado no domínio econômico é não apenas importante, mas imprescindível na consecução dos fins advindos do texto de 1988. Tal concepção dá por conseqüência um conceito distinto de livre iniciativa, em que esta é vista também a partir da iniciativa do Estado em implementar os mandamentos constitucionais. Essa posição se intenta pautada por uma visão não apartada da Constituição, sob a qual se vê a ordem econômica relacionada aos fundamentos e objetivos escolhidos pelo povo e inscritos na Carta.

3 CONCLUSÃO

A paradoxalidade entre dispositivos e entendimentos no contexto da Constituição Federal corrobora para a idéia de ironia ora trabalhada no presente estudo. A negatividade da ironização absoluta das condutas pode conduzir à inversão e profanação da realidade constitucional. As conseqüências disso podem ser significativamente danosas à ordem democrática optada pelo país, o que conduz a uma situação em que a falta de fé na estrutura constitucional determina uma zona anômica de indiferença entre o direito e o não direito[49].

Ao órgão que cumpre a guarda da Constituição, o STF, impõe-se um entendimento que se harmonize com a unidade constitucional e seus princípios informadores. Se esses princípios (CF, Título I) caminham no sentido da construção de uma sociedade livre, justa e

[49] Sobre o tema, cf. AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004; **Means without end**: notes on politics. Tradução de Vincenzo Binetti e Cesare Casarino. Minneapolis: University of Minnesota, 2000; **Homo Sacer**: Sovereign Power and Bare Life. Tradução de Daniel Heller-Roazen. Stanford: Stanford University, 1998. Ver também: ZIZEK, Slavoj. **Bem-vindo ao deserto do real!**: cinco ensaios sobre o 11 de setembro e datas relacionadas. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2003, p. 45-47; CORVAL, Paulo Roberto dos Santos. **Teoria constitucional e exceção permanente**: uma categoria para a teoria constitucional no século XXI. Curitiba: Juruá, 2009, p. 57-151; FIGUEIREDO, Ivanilda. As sentinelas de Berlim: por uma teoria dos direitos fundamentais imune a períodos de exceção. In: VIEIRA, José Ribas. **Constituição e estado de segurança nas decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 37-42.

solidária, onde ao Estado subsiste o dever de proteger e implementar as garantias constitucionalmente previstas, deve esse órgão mediar as contradições e ironias presentes no bojo da ordem normativa constitucional e, mais especificamente, no domínio da ordem econômico-constitucional, em vista desses fundamentos. A análise do acórdão estudado mostrou, pela posição do voto majoritário, que a Corte caminha no sentido de "desproblematizar" a ironização dos dispositivos contrapostos na ordem econômica constitucional em homenagem à unidade que dá forma à Constituição pelos princípios fundamentais da Carta.

Assim, o Supremo Tribunal Federal, ao se deparar com os conflitos que envolvem os dispositivos de sinais inversos na ordem econômica, possuidores de ironia, deve decidir em conformidade com os fundamentos que delineiam a Constituição, com o fito de não se permitir chegar à zona indeterminada de resultado vazio característica da ironia. É preciso uma deliberação e um juízo que não dêem margem para a anomia da ironização. E o melhor caminho para tal é a decisão coadunada com os princípios da República. Nesse passo, não há dúvidas de que, ante a este cenário, o Supremo Tribunal Federal figura como personagem imprescindível aos desafios de construção de uma ordem constitucional democrática.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. **Means without end**: notes on politics. Tradução de Vincenzo Binetti e Cesare Casarino. Minneapolis: University of Minnesota, 2000.

_____. **Homo Sacer**: Sovereign Power and Bare Life. Tradução de Daniel Heller-Roazen. Stanford: Stanford University, 1998.

ARANTES, Paulo Eduardo. Origens do espírito de contradição organizado. In: ARANTES, Paulo Eduardo. **Ressentimento da dialética**: dialética e experiência intelectual em Hegel: antigos estudos sobre o ABC da miséria alemã. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

_____. Paradoxo do intelectual. In: ARANTES, Paulo Eduardo. **Ressentimento da dialética***:* dialética e experiência intelectual em Hegel: antigos estudos sobre o ABC da miséria alemã. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

_____. Por que permanecemos na província? In: ARANTES, Paulo Eduardo. **Ressentimento da dialética***:* dialética e experiência intelectual em Hegel: antigos estudos sobre o ABC da miséria alemã. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

_____. Uma reforma intelectual e moral. In: ARANTES, Paulo Eduardo. **Ressentimento da dialética***:* dialética e experiência intelectual em Hegel: antigos estudos sobre o ABC da miséria alemã. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Constituição e estado de exceção permanente**: atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

_____. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. O ainda indispensável direito econômico. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de. **Direitos humanos, democracia e república**: homenagem a Fábio Konder Comparato. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORVAL, Paulo Roberto dos Santos. **Teoria constitucional e exceção permanente**: uma categoria para a teoria constitucional no século XXI. Curitiba: Juruá, 2009.

DIDEROT, Denis. **Le neuveau de Rameau**. Paris: Poulet-Malassis, 1862.

DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. Função social da propriedade e livre iniciativa. Uma análise da proibição de cobrança do uso do estacionamento pelos *shopping centers*. **Nomos**: revista do curso de mestrado em direito da UFC, v. 27, jul./dez., 2007.

FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. In: TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. **Função social do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição brasileira**. 3 v, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Perfil constitucional da função social da propriedade. **Revista de Informação Legislativa**, n. 141, jan./mar., p. 9-21, 1999.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do espírito**. Tradução de Paulo Menezes. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: Norton, 2000.

HORTA, Raul Machado. Constituição e ordem econômica e financeira. **Revista de Informação Legislativa**, n. 111, jul./set., 1991.

KIERKEGAARD, Søren Aabye. **O conceito de ironia constantemente referido a Sócrates**. Tradução de Álvaro Luiz Montenegro Valls. Vozes: Petrópolis, 1991

LANE, Pedro. **STF**: decisões político-ideológicas nos casos de intervenção do Estado no domínio econômico. Monografia (Escola de Formação). Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2006, p. 7. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/85_Pedro-VersaoMarco2007.pdf>; Acesso em: 13 set. 2009.

MATIAS, João Luis Nogueira. **A função social da empresa e a composição de interesses na sociedade limitada**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009. 323 p. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MATTIETTO, Leonardo. A renovação do direito de propriedade. **Revista de Informação Legislativa**, n. 168, out./dez., p. 189-196, 2005.

MOREIRA, Egon Bockmann. Reflexões a propósito dos princípios da livre-iniciativa e da função social. In: TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. **Função social do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PETTER, Josué Lafayete. **Princípios constitucionais da ordem econômica**: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PILATTI, Adriano. **A constituinte 1987-1988**: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PLATÃO. **A República**. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

_____. **O Banquete**. Tradução de J. C. de Souza. São Paulo: Nova Cultural, 1972, p. 13-59. (Os Pensadores).

_____. **Protagoras**. Tradução de C. C. W. Taylor.Oxford: Oxford University, 1991.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio constitucional da função social da propriedade. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais** , n. 2, p. jul./dez., p. 543-594, 2003.

SAFATLE, Vladimir. **Cinismo e falência da crítica**. São Paulo: Boitempo, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHLEGEL, Friedrich. **O dialeto dos fragmentos**. Tradução de Márcio Suzuki. São Paulo: Iluminuras, 1997.

SCHWARTZ, Germano; SOARES, Rafael Machado. A função social do direito e a questão da propriedade: expectativas normativas. In: TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. **Função social do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SUNSTEIN, Cass R. **Designing democracy**: what constitutions do. New York: Oxford University, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direito constitucional econômico**. 2. ed. São Paulo: Método, 2006.

VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades**. Rio de Janeiro: Forense, 1992,

VERA, Flávia Santinoni. A função social do direito de propriedade e o conceito de produtividade no Brasil. In: TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. **Função social do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E TRANSDISCIPLINARIEDADE: O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS OBSTÁCULOS À SUA CONCRETIZAÇÃO[1]

THIAGO HOLANDA GONZÁLEZ[*]

RESUMO

Este trabalho pretende empreender uma análise do objetivo constitucional fundamental de garantir o desenvolvimento nacional. Parte-se do reconhecimento do direito ao desenvolvimento no plano internacional e do significado de sua incorporação no ordenamento jurídico brasileiro. Identificando-se o Brasil como um país subdesenvolvido, marcado por heterogeneidades e contradições, atribui-se sentido e alcance específicos à noção de desenvolvimento. Percebe-se que a Constituição Federal de 1988 fornece substrato jurídico para a perseguição do objetivo fundamental mencionado. Entretanto, os empecilhos à plena manifestação da soberania popular e a acentuação do processo de globalização têm imposto obstáculos à afirmação da soberania econômica, o que dificulta uma intervenção planejada do Estado na economia, voltada à superação da condição de subdesenvolvimento.

Palavras-chaves: Constituição Federal de 1988. Desenvolvimento nacional. Intervenção do Estado. Economia. Soberania econômica.

ABSTRACT

This paper intends to undertake an analysis of the fundamental constitutional objective to ensure national development. It starts with the recognition of the right to development in the international sphere and of the meaning of its incorporation in the Brazilian legal system. Brazil is an underdevelopment country, marked with heterogenities and contradictions. Therefore the development has specific notion and scope in the Brazilian case. The 1988´s Federal Constitution provides juristic substrate to the pursuit of the referred fundamental objective. However the

[1] Artigo vencedor do II Concurso de Artigos Jurídicos da UFC, promovido pela organização da V Semana do Direito da UFC.

[*] Aluno da graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica da Universidade Federal do Ceará (PIBIC – UFC).

obstacles to the complete popular sovereignty´s manifestation and the emphasis on the globalization process have caused difficulties to the affirmation of the economics sovereignty, which hampers a planned State intervention in the economy, oriented to overcome underdevelopment condition.

Keywords: 1988´s Federal Constitution. National development. State intervention. Economy. Economic sovereignty.

1. INTRODUÇÃO

A interpretação e a aplicação da Constituição exigem, necessariamente, em uma sociedade com alto grau de complexidade, uma constante preocupação com o sentido que devem assumir diante do plano concreto, pois a Constituição, por meio de suas normas, confere estruturação às searas política, econômica e social. Destarte, têm os juristas verificado que o estudo isolado do Direito não basta para o seu correto entendimento, uma vez que está direcionado à regulação de situações fáticas, a partir de decisões axiológicas, pautadas numa concepção última de justiça. Ganha espaço, portanto, a noção de transdisciplinariedade.

Ao se propor uma análise de um objetivo constitucional fundamental, tal qual o de garantir o desenvolvimento nacional (art. 3º, II, CF/88), é indispensável a observação da norma constitucional que o prescreve dentro de um sistema coeso, levando-se em conta, ainda, aspectos políticos, econômicos e sociais que permeiam seu sentido e alcance, bem como os obstáculos, nos planos fático e jurídico, à consecução do objetivo enunciado.

Parte-se, pois, neste trabalho, de duas premissas: a) o Brasil é um país subdesenvolvido, marcado por heterogeneidades e contradições, o que atribui, ao objetivo fundamental de garantir o desenvolvimento nacional, um significado específico, distinto do que a ele seria destinado em um país desenvolvido, uma vez que necessariamente relacionado à idéia de mudança, a um salto de qualidade nos campos econômico, social, cultural e intelectual; b) a Constituição Federal de 1988 é dirigente e traz à baila um sistema de normas voltado à superação da condição de subdesenvolvimento.

Entretanto, o "novo" processo de globalização, iniciado na década de 1980, tem posto em xeque a concepção moderna de Estado, sobretudo no que se refere a um de seus fundamentos: a soberania nacional. Diante disso, os países subdesenvolvidos deparam-se com a acentuação das

influências dos setores capitalistas internacionais em suas tomadas de decisões, o que os afasta do cumprimento das normas constitucionais e, consequentemente, do processo de desenvolvimento.

É nesse contexto que se buscará identificar, no texto constitucional, substrato jurídico para a perseguição do objetivo constitucional fundamental de garantir o desenvolvimento nacional, atentando-se, contudo, à análise dos obstáculos político-econômicos existentes, no que tange, notadamente, à afirmação da soberania nacional em um contexto de globalização.

2. DO CONSTITUCIONALISMO LIBERAL AO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL. A CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE

As constituições do Estado Liberal serviram à burguesia em duas ordens de interesses: em um primeiro momento para protegê-la contra a aristocracia absolutista; após, para consolidá-la como classe dominante[2]. Estabeleceram uma separação entre o Estado, de um lado, e a sociedade e a economia, de outro, atribuindo àquele a tarefa de garantir a inviolabilidade da liberdade do indivíduo, contra a qual nem mesmo ele, Estado, poderia atentar.[3] Ocorre que tal liberdade, indispensável para que a burguesia mantivesse o domínio do poder político, estendia-se às demais classes sociais tão-somente se considerada sob o prisma formal ou nominal.[4]

As constituições liberais limitaram-se, destarte, a disciplinar o poder estatal, definindo sua estruturação básica e os direitos individuais.[5] Para tanto, afirmaram uma rígida técnica de separação de poderes, desenvolvida por Montesquieu, a partir do modelo ideológico de Locke,

---

[2] NUNES, António José Avelãs. O Estado Capitalista. Mudar para permanecer igual a si próprio. In: **Constituição e Estado Social:** os obstáculos à concretização da Constituição. São Paulo: Coimbra Editora e Revista dos Tribunais, 2008, p. 49.

[3] O modelo acima identificado representa o Estado de Direito, que assim foi exposto por Gilberto Bercovici: "No Estado de Direito, as regras jurídicas estabelecem padrões de conduta ou comportamento e garantem também uma distanciação e diferenciação do indivíduo, por meio do Direito, perante os órgãos públicos, assegurando-lhe um estatuto subjetivo essencialmente caracterizado pelos direitos e garantias individuais." (BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. a 36. n. 142. abr./jun. Brasília, 1999, p. 37).

[4] "A burguesia, classe dominada, a princípio e, em seguida, classe dominante, formulou os princípios filosóficos de sua revolta social. E, tanto antes como depois, nada mais fez do que generalizá-los doutrinariamente como ideais comuns a todos os componentes do corpo social. Mas, no momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já se não interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens. Só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classes. Foi essa a contradição mais profunda na dialética do Estado moderno." (BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 42).

[5] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 229.

trazendo consigo, inicialmente, o enfraquecimento e a desintegração da doutrina da soberania.[6] Acreditava-se que, com a fragmentação do poder, preservar-se-ia a liberdade individual. Por outro lado, assentaram-se essas constituições na concepção de igualdade de Rousseau, que, embora fosse meramente formal, acarretava a rejeição ao absolutismo e ao "direito divino dos reis". Segundo Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz, o essencial, para Rousseau, era buscar um modo de organização política que, conquanto universal, protegesse a todos os indivíduos associados e resguardasse os seus direitos naturais à liberdade e à igualdade.[7] Note-se que Rousseau, ao contrário de seus antecessores, não pretendia enfraquecer a soberania; pelo contrário, afirmava-a, por meio da transferência de todo o poder ao povo.[8] Conforme Paulo Bonavides, "a ideologia revolucionária da burguesia soube, porém, encobrir o aspecto contraditório dos dois princípios e, mediante sua vinculação, construiu a engenhosa teoria do Estado liberal-democrático".[9]

No final do século XIX, a tese liberal segundo a qual "a economia e a sociedade, confiadas à mão invisível (às leis naturais do mercado), proporcionam a todos os indivíduos, em condições de liberdade igual para todos, as melhores condições de vida"[10] esbarrou em fatores como a concentração do capital e o aumento da dimensão das empresas, decorrentes do progresso técnico, e como o fortalecimento do movimento operário.[11] Tal conjuntura impôs a modificação do papel do Estado face à sociedade e à economia, cabendo-lhe, a partir de então, não apenas garantir os direitos individuais, mas também oferecer aos indivíduos prestações positivas,

[6] GIERKE, Otto Von *apud* BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., 2007, p. 45.
[7] DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. **Sociedade e Estado no Pensamento Político Contemporâneo**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 1999, p. 29.
[8] Confiram-se as seguintes palavras de Rousseau: "Não sendo o Estado ou a Cidade mais que uma pessoa moral, cuja vida consiste na união de seus membros, e se o mais importante de seus cuidados é o de sua própria conservação, torna-se-lhe necessária uma força universal e compulsiva para mover e dispor cada parte da maneira mais conveniente a todos. Assim como a natureza dá a cada homem poder absoluto sobre todos os seus membros, o pacto social dá ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus, e é esse mesmo poder que, dirigido pela vontade geral, ganha, como já disse, o nome de soberania." Mais à frente, escreve o filósofo: "O pacto social estabelece entre os cidadãos uma tal igualdade, que eles se comprometem todos nas mesmas condições e devem todos gozar dos mesmos direitos. Igualmente, devido à natureza do pacto, todo o ato de soberania, isto é, todo o ato autêntico da vontade geral, obriga ou favorece igualmente todos os cidadãos, de modo que o soberano conhece unicamente o corpo da nação e não distingue nenhum dos que a compõem." (ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social. In: **Os Pensadores**. 4 ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 48-51).
[9] BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., 2007, p. 52.
[10] NUNES, António José Avelãs. Op. Cit. 2008, p. 49.
[11] Id. Ibid., p. 49.

relacionadas à busca da melhoria das condições sócio-econômicas.[12] Começa, então, com a Constituição de Weimar, de 1919, a surgir um novo modelo de constitucionalismo, o constitucionalismo social.[13]

Característica típica das constituições sociais (também adjetivadas de econômicas ou programáticas)[14] é a estipulação de tarefas a serem realizadas pelo Estado e pela sociedade na seara econômica, em busca de objetivos traçados pela constituição.[15] Tal aspecto foi observado pela Teoria da Constituição Dirigente, segundo a qual a constituição, além de estruturar e organizar o Estado e a sociedade, e estabelecer direitos e garantias aos indivíduos, prevê um programa, a ser seguido pelo legislador, visando à transformação das condições sócio-econômicas.

O primeiro a utilizar a expressão "constituição dirigente" ("*dirigierende Verfassung*") foi Peter Lerche. Para o jurista, todas as constituições dividem-se em quatro partes: as linhas de direção constitucional, os dispositivos determinadores de fins, os direitos, garantias e repartição de competências estatais e as normas de princípio. Além dessa composição, seria característica das constituições modernas a presença de diretrizes que configurariam imposições permanentes ao legislador. É para tais diretrizes que se destina, segundo Lerche, a denominação "*dirigierende Verfassung*". Ademais, entende o autor que é no âmbito da "constituição dirigente" que se poderia observar uma discricionariedade material do legislador, uma vez que a este seria dado atualizar, continuadamente, as diretrizes constitucionais.[16]

José Joaquim Gomes Canotilho também propôs um conceito de constituição dirigente, que apresenta relevantes distinções em relação ao modelo desenvolvido por Lerche. Assim, para

---

[12] Segundo Avelãs Nunes, a mudança do papel do Estado decorre da necessidade burguesa de proteção do sistema capitalista, fazendo-se manifestar uma característica própria do capitalismo: a de mudar para permanecer vivo. Nesse sentido, esclarece o professor português: "As lutas da nova classe operária constituíram a forma mais visível e mais profunda de contestação do direito clássico (do direito burguês). A burguesia, porém, aprendeu as lições da história, o que facilitou a adopção de 'soluções de compromisso' que implicaram a integração, na nova ordem jurídica do capitalismo, de princípios contrários aos dogmas da ordem liberal. O qualificativo social, que tempos antes carregava algo de subversivo, assume agora, aos olhos da burguesia, um ar protetor e tranqüilizador." (Id. Ibid., p. 50).

[13] "Estas novas Constituições consistem em uma tentativa de estabelecer uma democracia social, abrangendo dispositivos sobre a ordem econômica e social, família, educação e cultura, bem como instituindo a função social da propriedade" (BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de Exceção Permanente:** atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004, p. 25).

[14] BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 33-34.

[15] BERCOVICI, Gilberto. Op. Cit. 2004, p. 39.

[16] LERCHE, Peter *apud* BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In **Teoria da Constituição:** Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 114-16.

o professor português, a definição de uma constituição como dirigente diz respeito à sua concepção como um todo, e não apenas à caracterização de uma de suas partes. O núcleo essencial de sua análise transita em torno do que deve (e pode) uma constituição ordenar ao legislador e o que deve ele fazer para cumprir, adequada e oportunamente, as imposições constitucionais. Diante disso, pretende-se empreender uma reconstrução da Teoria da Constituição, "através de uma teoria material da constituição concebida como teoria social".[17]

A tese defendida por Canotilho busca, portanto, estabelecer um fundamento constitucional para a política, por meio da vinculação do legislador aos preceitos estabelecidos na constituição.[18] Como aponta Gilberto Bercovici, a questão das "imposições constitucionais" não é uma simples discussão sobre a adequação da execução das normas constitucionais, mas um problema de cumprimento da constituição mesma.[19]

Recentemente, o jurista português procedeu a uma revisão da sua tese, o que levou alguns doutrinadores a entender que, para ele, a constituição dirigente estaria "morta". Andreas J. Krell, reportando-se às novas concepções de Canotilho[20], diz que tal mudança de visão deve-se à forte influência da doutrina tradicional alemã (especialmente Konrad Hesse) e à modificação da situação social de Portugal no seio do processo de integração econômica e política da União

---

[17] CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 11-14.

[18] "A <<intenção>> do bloco constitucional dirigente, plasmada nas linhas de direcção política, nos princípios determinadores de fins, nas normas determinadoras de tarefas estaduais e em imposições constitucionais não é, como por vezes se pretende, estabelecer um <<caminho-de-ferro espiritual>> para a política e reduzir a direcção política a <<execução>> dos preceitos constitucionais. Pelo contrário: o sentido dinâmico-programático destas posições postula mesmo a existência de actos de <<direcção política>> e de governo como actos directivos, planificadores, conformadores, programáticos e criadores. A <<dinâmica constitucional>> exige <<dinâmica política>>; o programa constitucional aponta para <<programa de governo>> e para actos de direção político-programática. Sendo assim, a vinculação jurídico-material do <<programa constitucional>> não visa eliminar o *Ermessen*, a <<liberdade de conformação>> dos órgãos constitucionais titulares de competência de direcção política; procura, antes de tudo, estabelecer um <<fundamento constitucional>> para a política. Esta deve mover-se no âmbito do programa normativo-constitucional. Em síntese: *o bloco constitucional dirigente não substitui a política; o que se torna é premissa material da política.*" (Id. Ibid., 1994, p. 463).

[19] BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In **Teoria da Constituição:** Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 117.

[20] "Ultimamente, Canotilho revidou esse seu posicionamento, declarando-se adepto de um 'constitucionalismo meramente reflexivo (U. Preuss) em virtude do 'descrédito de utopias' e da falência dos códigos dirigentes, que causariam a preferência de 'modelos regulativos típicos da subsidiariedade', de 'autodireção social estatalmente garantida'. O 'entulho programático' e as 'metanarrativas' da Carta portuguesa, segundo ele, impediriam aberturas e alternativas políticas, tornando-se necessário 'desideologizar' o texto constitucional.[...]Além disso, o autor português passou a negar a possibilidade da geração de direitos subjetivos na base de direitos constitucionais sociais, alegando que somente o legislador ordinário seria legitimado a determinar o conteúdo concreto dos direitos sociais, sem vinculação estrita às normas programáticas da Constituição." [KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**. a. 36. n. 144. out./dez. Brasília, 1999, p. 248].

Européia, não devendo ser transportada, com a mesma conformação, para o Brasil.[21] Não se pode reconhecer a "morte" da constituição dirigente, sobretudo quando se admite a seguinte premissa de Gilberto Bercovici:

> Ao nos debruçarmos sobre a problemática da Constituição dirigente, ou seja, a constituição que define fins e objetivos para o Estado e a sociedade, precisamos fixar-nos ao texto de uma determinada constituição. Isso porque o texto constitucional é o texto que regula uma ordem histórica concreta, e a definição da Constituição só pode ser obtida a partir de sua inserção e função na realidade histórica. Esse é, nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho, o "conceito de constituição constitucionalmente adequado".[22]

A realidade histórica brasileira reflete heterogeneidades e contradições típicas de um país subdesenvolvido, fazendo-se necessária a identificação de normas constitucionais e infraconstitucionais capazes de fornecer substrato jurídico à atuação do Poder Público, no que se refere à implementação de políticas públicas voltadas à superação da condição de subdesenvolvimento. Pode-se afirmar, portanto, que é dirigente a Constituição Federal de 1988, porquanto traz diretrizes e fins a serem buscados pelo Estado brasileiro, prestando-se a fornecer embasamento jurídico à realização de mudanças de cunho sócio-econômico, oferecendo fundamento constitucional para a política.[23]

3. O DESENVOLVIMENTO NACIONAL

3.1. O reconhecimento do direito ao desenvolvimento

Antes de se proceder à análise do desenvolvimento nacional no âmbito da Constituição Federal de 1988, cumpre verificar a evolução do significado do direito ao desenvolvimento, a partir de seu reconhecimento no plano internacional.

O direito ao desenvolvimento foi primeiramente formulado na doutrina de Etiene R-Mbaya, tendo sido por ele direcionado aos Estados e aos indivíduos, traduzindo-se, quanto a

[21] Id. Ibid., 1999, p. 248.
[22] BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. a. 36. n. 142. abr./jun. Brasília, 1999, p. 35.
[23] "As condições culturais, políticas e sócio-econômicas vigentes no Brasil no final do século XX não exigem uma exaltação de teorias liberalistas e internacionalistas, mas um desenvolvimento firme e contínuo em direção ao Estado Social, preconizado pela Carta de 1988". (KRELL, Andreas J. Op. Cit., 1999, p. 249).

estes, em uma pretensão ao trabalho, à saúde e à alimentação adequada.[24] Tal direito surgiu como uma das formas de expressão do princípio da solidariedade, em um contexto político-econômico internacional em que se passava a reconhecer a divisão do mundo em países desenvolvidos e subdesenvolvidos.[25]

De acordo com Cláudia Perrone-Moisés[26], a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, por meio da Resolução 2 (XXXI), de 10 de fevereiro de 1975, expressou a importância da realização dos direitos econômicos, sociais e culturais contidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, prevendo a realização de estudos referentes aos direitos humanos nos países subdesenvolvidos. Dessa forma, em 21 de fevereiro de 1977, por intermédio da Resolução 4 (XXXIII), a Comissão concitou os Estados a promoverem ações voltadas à concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais, solicitando ao Secretário-Geral das Nações Unidas a realização de um estudo acerca da dimensão internacional do direito ao desenvolvimento como um dos direitos do homem, o que acarretou na designação de uma equipe de especialistas, em 1981, para elaborar a declaração do direito ao desenvolvimento. A Assembléia Geral, com a Resolução 41/128, de 4 de dezembro de 1986, proclamou o direito ao desenvolvimento, passando este a ser considerado um dos direitos humanos de terceira dimensão.[27]

---

[24] BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., 2008, p. 569.

[25] Id. Ibid., 2008, pp. 569-70.

[26] PERRONE-MOISÉS, Cláudia *apud* RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e conseqüências**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 60-64.

[27] A "teoria das gerações de direitos" foi elaborada por Karel Vasak, em conferência proferida no Instituto Internacional de Direitos Humanos, em 1979. (PEIXINHO, Manoel Messias; FERRARO, Suzani Andrade. Direito ao desenvolvimento como direito fundamental. **Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI**. Belo Horizonte, 2007. Disponível em: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/manoel_messias_peixinho.pdf. Acesso em 15 de abril de 2010). Vasak classificou em três "gerações" os direitos humanos. A primeira delas compreende direitos de liberdade, direitos civis e políticos, pautados na idéia de resistência ou de oposição em face do Estado, a partir do reconhecimento da separação entre este e a Sociedade. A segunda "geração", por sua vez, engloba os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos, introduzidos no constitucionalismo das diversas formas de Estado Social. Aponta Paulo Bonavides que tais direitos depararam-se, inicialmente, com o problema da "baixa normatividade", haja vista a dificuldade de viabilização de garantias para sua efetivação. Após, as Constituições passaram a explicitar a aplicabilidade imediata desses preceitos. (BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., 2008, pp. 564-65). Já os direitos de terceira "geração", direitos de fraternidade ou de solidariedade, caracterizam-se por desprenderem-se da concepção individual do homem, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), sendo, assim, de titularidade coletiva ou difusa. (LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 131). Para Paulo Bonavides, tais direitos são dotados de elevada carga de humanismo e universalidade, voltando-se à própria concepção do gênero humano como valor supremo, rompendo-se, assim, com a limitação à proteção de indivíduos ou grupos. (BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., 2008, pp. 569-70). Na terceira "geração" de direitos humanos classificam-se os direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente e à comunicação, entre outros. Mencione-se, ainda, que alguns autores têm reconhecido a existência de uma quarta e, até mesmo, de uma quinta dimensão de direitos humanos que, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, "ainda aguarda sua consagração na esfera do direito internacional e das ordens constitucionais internas". (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria

Atualmente, o direito ao desenvolvimento é reconhecido como inalienável, sendo parte integrante dos direitos humanos fundamentais.[28] Confira-se, nesse sentido, o art. 10 da Declaração e Programa de Ação de Viena, das Nações Unidas (A/CONF. 157/123, de 12 de julho de 1993):

> 10. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos reafirma o direito ao desenvolvimento, conforme estabelecido na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, como um direito universal e inalienável e parte dos direitos humanos fundamentais.
> Como afirma a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, a pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento.
> Embora o desenvolvimento facilite a realização de todos os direitos humanos, a falta de desenvolvimento não poderá ser invocada como justificativa para se limitarem direitos humanos internacionalmente reconhecidos.
> Os Estados devem cooperar uns com os outros para garantir o desenvolvimento e eliminar os obstáculos ao mesmo. A comunidade internacional deve promover uma cooperação internacional eficaz visando à realização do direito ao desenvolvimento.

---

geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 50). Ainda hoje é largamente difundida e empregada a divisão dos direitos humanos e fundamentais em dimensões, não obstante o surgimento de fortes críticas a esta abordagem. Em alusão à referida teoria, confira-se, entre outros, Paulo Bonavides (Op. Cit., 2008, pp. 560-93) e Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., 2009, pp. 45-46). Entre os que não reconhecem a sua adequação está Carlos Weis (WEIS, Carlos *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., 2009, p. 46). Vale ressaltar que, de início, a principal crítica destinada à teoria dimensional dos direitos humanos e fundamentais voltava-se à divisão destes direitos, inicialmente, em "gerações", o que transpareceria uma idéia de substitutividade dos direitos de uma "geração" pelos das "gerações" subsequentes. Conforme Ingo Wolfgang Sarlet, tal crítica limitava-se à esfera terminológica, uma vez que, na essência, a teoria sempre contemplou o caráter cumulativo dos direitos nascidos nas sucessivas "gerações". Tal dissídio, todavia, foi solucionado pela ampla adoção, pela doutrina, do termo "dimensão", em substituição à palavra "geração", originariamente utilizada. Confiram-se as seguintes palavras de Sarlet: "Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à idéia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno 'Direito Internacional dos Direitos Humanos'"(Id. Ibid., 2009, p. 46). Outro aspecto crítico relevante, aventado por parte da doutrina, concerne à autenticidade de alguns direitos de terceira e de quarta dimensões enquanto direitos humanos ou fundamentais (quando positivados em uma Constituição). Ademais, critica-se uma "supervalorização" dada à abordagem histórica dos direitos fundamentais. Diante disso, escreve Ingo Wolfgang Sarlet: "A despeito destes e de todos os demais aspectos que aqui poderiam ser versados e por mais que se possa aderir a boa parte das críticas colacionadas no que diz especialmente com a supervalorização histórica (dimensional) dos direitos fundamentais, cremos que o mais importante segue sendo a adoção de uma postura ativa e responsável de todos, governantes e governados, no que concerne à afirmação e à efetivação dos direitos fundamentais de todas as dimensões, numa ambiência necessáriamente [sic] heterogênea e multicultural, pois apenas assim estar-se-á dando os passos indispensáveis à afirmação de um direito constitucional 'altruísta' e 'fraterno'" (Id. Ibid., 2009, p. 57).

[28] RISTER, Carla Abrantkoski. Op. Cit., 2007, p. 62.

> O progresso duradouro necessário à realização do direito ao desenvolvimento exige políticas eficazes de desenvolvimento em nível nacional, bem como relações econômicas eqüitativas e um ambiente econômico favorável em nível internacional.[29]

Diante da consolidação do direito ao desenvolvimento no âmbito dos direitos humanos, outras questões surgem quanto à amplitude de seu conteúdo e à possibilidade de sua concretização. Note-se que, no plano internacional, o direito ao desenvolvimento tem sido tratado, ao longo de sua construção, por dois ângulos: de um lado, coloca-se a pessoa humana como sujeito central do desenvolvimento, exigindo-se dos Estados a adoção de políticas eficazes de desenvolvimento em nível nacional; de outro, acentua-se a necessidade de uma relação solidária entre os Estados, mediante a criação, em nível internacional, de um ambiente econômico favorável.

Paulo Bonavides identifica, no processo de globalização, uma vertente econômica (neoliberal) e outra política (sem ideologia neoliberal). Esta se radica na teoria dos direitos fundamentais, "a única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia"; aquela, por sua vez, move-se em direção à dissolução do Estado nacional, enfraquecendo os laços de soberania e, ao mesmo tempo, doutrinando uma falsa despolitização da sociedade.[30]

A partir da dúplice vertente atribuída, no plano internacional, ao direito ao desenvolvimento, e diante da percepção dicotômica, acima mencionada, do fenômeno da globalização, pode-se identificar, por um lado, um problema para a concretização do direito ao desenvolvimento, uma vez que esta é obstaculizada pelo condicionamento das relações entre os Estados aos interesses dos detentores do poder econômico. No entanto, por outro lado, a incorporação, pela Constituição Federal de 1988, de um direito fundamental ao desenvolvimento, implica a inserção deste no sistema de garantias constitucionais, oferecendo-se a possibilidade de definição de seu conteúdo, bem como os instrumentos jurídicos necessários à sua concretização.

3.2. O desenvolvimento nacional na Constituição Federal de 1988

[29] Outros documentos internacionais contemplam o direito ao desenvolvimento. Entre eles, podem-se mencionar a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, que dispõe acerca do direito de todos os povos ao seu desenvolvimento econômico, social e cultural (art. 22), a Carta da Organização dos Estados Americanos, a Carta das Nações Unidas, os Pactos Internacionais de Direitos Humanos e a encíclica de Paulo VI, de 1967, sobre o desenvolvimento dos povos. (PEIXINHO, Manoel Messias; FERRARO, Suzani Andrade. Op. Cit., 2007).
[30] BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., 2008, p. 571.

A Constituição de 1988, já em seu art. 3º, passa a estabelecer os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Trata-se, seguindo-se a classificação dos princípios elaborada por Canotilho[31], de "princípios constitucionais impositivos", uma vez que impõem ao Estado executar tarefas orientadas à consecução de fins constitucionalmente estabelecidos. Não obstante, observa Eros Grau[32], também guardam os objetivos fundamentais características próprias dos "princípios políticos constitucionalmente conformadores", que, segundo Canotilho, resplandecem os valores que guiaram a atividade do legislador constituinte. Devem, assim, nortear toda interpretação que se faça da Constituição. Ressalte-se, ainda, que as normas contidas no art. 3º, uma vez voltadas à modificação da sociedade, devem servir de fundamento à reivindicação da sociedade em favor da realização de políticas públicas pelo Estado.[33]

Entre os objetivos fundamentais da Constituição Federal de 1988, está o de garantir o desenvolvimento nacional (art. 3º, II, CF). Para a identificação do significado e do alcance de tal objetivo, cumpre mencionar o que se deve entender por desenvolvimento. Deixe-se claro, entretanto, que o delinear dessa noção, para os objetivos que se propõe alcançar no presente trabalho, não se pode cingir a aspectos gerais, conceituais. O vocábulo ganha significado específico quando relacionado a países periféricos, uma vez que se associa, particularmente, à superação de uma condição de subdesenvolvimento historicamente imposta a essa gama de países. Como ensina Celso Furtado, "o subdesenvolvimento é, portanto, um processo histórico autônomo, e não uma etapa pela qual tenham, necessariamente, passado as economias que já alcançaram um grau superior de desenvolvimento".[34] A superação do subdesenvolvimento, resta claro, requer a atuação do Estado no sentido de romper com um sistema que tende a se perpetuar.

Faz-se necessário, destarte, averiguar algumas circunstâncias da formação econômica do Brasil para, diante disso, identificar o que significa, no caso brasileiro, garantir o desenvolvimento nacional.

---

[31] Em sua tipologia de princípios, Canotilho os divide em a) princípios jurídicos fundamentais (*Rechtsgrundsätze*), "historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional"*;* b) princípios políticos constitucionalmente conformadores, "que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte"; c) princípios constitucionais impositivos, em que se subsumem "todos os princípios que impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas"; d) princípios-garantia, "que visam instituir directa e imediatamente uma garantia dos cidadãos". (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003).

[32] GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 216.

[33] Id. Ibid., 2008, p. 216.

[34] FURTADO, Celso. **Teoria e Política do Desenvolvimento Econômico**. 10 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

Deve-se, primeiramente, distinguir da noção de desenvolvimento a idéia de crescimento econômico. Esta é apenas componente daquela. Desenvolvimento supõe, nas palavras de Eros Grau, "dinâmicas mutações e importa que se esteja a realizar, na sociedade por ele abrangida, um processo de mobilidade social contínuo e intermitente".[35] Desse modo, deve o desenvolvimento conduzir a uma nova estrutura social, em um processo que envolve não só a elevação do padrão econômico, mas também dos níveis sociais, culturais e intelectuais. Trata-se, conforme se depreende, de aspectos qualitativos, e não meramente quantitativos.

Entre as teorias do desenvolvimento elaboradas ao longo do século XX, foi a teoria do subdesenvolvimento, da CEPAL (*Comisión Económica para América Latina*), que mais influenciou a política brasileira de desenvolvimento.[36] Tal teoria baseia-se na idéia de desenvolvimento desigual da economia mundial, em obediência a uma divisão internacional do trabalho, observada na relação centro-periferia.

João Manuel Cardoso de Mello, analisando esse sistema, assim o define:

> de um lado, o centro, que compreende o conjunto das economias industrializadas, estruturas produtivas diversificadas e tecnicamente homogêneas; de outro, a periferia, integrada por economias exportadoras de produtos primários, alimentos e matérias primas, aos países centrais, estruturas produtivas altamente diversificadas e duais.[37]

Assumindo tal posição, os países periféricos tornavam-se dependentes das demandas decorrentes do desenvolvimento tecnológico-industrial nos países centrais. O desenvolvimento naqueles países mostrava-se setorial, limitado às exigências externas: era o que se convencionou chamar de *desarollo hacia afuera.* Não havia, assim, na periferia, comando sobre a própria economia.

A partir do primeiro pós-guerra, dois fatores primordiais desencadearam um processo de industrialização latino-americano, a saber, as dificuldades de importação e a grande depressão da década de 1930. No entanto, esse processo, ratificado no segundo pós-guerra, mostrou-se problemático, sobretudo por três razões: (i) as técnicas modernas, oriundas do centro, exigiam um capital por homem muito elevado para os países periféricos; (ii) a demanda para os produtos

[35] GRAU, Eros Roberto. **Elementos de Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 7.
[36] BERCOVICI, Gilberto. Op. Cit., 2005, p. 47-48.
[37] MELLO, João Manuel Cardoso de. **O Capitalismo Tardio**. 8 ed. São Paulo: Brasiliense, 1990, p. 14.

industrializados era frágil; (iii) havia uma aparente tendência ao desemprego estrutural, principalmente pela ausência de indústrias de bens de capital.[38]

Diante desse quadro, a economia política da CEPAL buscou desvendar o processo de industrialização latino-americano entre os anos de 1914 e 1945, prognosticar problemas e apresentar políticas públicas para enfrentá-los.[39] Como observa Gilberto Bercovici, para a CEPAL, somente por meio da industrialização os países periféricos poderiam desenvolver-se e gozar de seus progressos técnicos.[40] Porquanto buscasse subverter uma dinâmica econômica mundial consolidada, em que os centros de decisão situavam-se nos países desenvolvidos, fazia-se necessária a presença de um Estado forte, promotor do desenvolvimento. Assim, para a implementação de suas idéias, entendia a CEPAL ser indispensável a planificação econômica pelo Estado.

Entretanto, a partir de 1964 adotou-se um chamado "modelo de desenvolvimento"[41] em que se buscou atrair corporações multinacionais, mediante benefícios tributários e baixo custo de mão de obra, entre outros fatores. Tal política estagnou a produção científico-tecnológica do Brasil e muito contribuiu para o aumento das desigualdades sociais. Conforme Caio Prado Júnior, o sistema empregado reafirmou a economia brasileira no capitalismo internacional, enquadrando-a "na posição de simples dependência dele".[42] Os centros de decisão econômica e, conseqüentemente, em boa parte política, voltaram-se intensamente para o exterior. O "milagre econômico" da década de 1970 nada mais foi que um surto de crescimento econômico, estimulado por uma conjuntura internacional de liquidez financeira e estabilidade cambial, fruto de circunstâncias excepcionais,[43] alheio a mudanças qualitativas nas estruturas sociais.

Face ao que foi dito, cumpre-se entender que a garantia do desenvolvimento nacional impõe, no caso brasileiro, uma participação ativa do Estado, mediante a implementação de políticas públicas voltadas à superação das desigualdades sociais, e ao desenvolvimento científico, tecnológico e cultural. Tal participação passa, inexoravelmente, pela intervenção estatal na economia, como ente regulador e como agente econômico, de modo a criar um

[38] Id. Ibid., 1990, p. 17-20.
[39] Id. Ibid., 1990, p. 20.
[40] BERCOVICI, Gilberto. Op. Cit., 2005, p. 50.
[41] "E se a nossa participação no assunto, em particular à política nele seguida, queremos dar o nome de 'modelo', como tem sido feito, esse modelo terá essencialmente consistido em preparar, facilitar, recepcionar, acomodar e favorecer mais e o melhor possível aquela enxurrada imperialista que submergirá a economia brasileira". (PRADO JÚNIOR, Caio. **História Econômica do Brasil**. 36 ed. São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 348).
[42] Id. Ibid., 1988, p. 345.
[43] Id. Ibid., 1988, p. 356.

contexto político-econômico favorável às mudanças, nas estruturas sociais, capazes de superar a condição de subdesenvolvimento. Nesse ponto situa-se o maior entrave ao processo de desenvolvimento brasileiro: o enquadramento do Brasil, enquanto país periférico, em um sistema econômico mundial historicamente consolidado e que dele exige um papel secundário e subserviente.

4. O PROBLEMA CONSTITUINTE: A "SOBERANIA BLOQUEADA"

Pelo próprio desenrolar do século XX, com os caminhos e descaminhos políticos e econômicos trilhados pelo Brasil, apresentou a Constituição Federal de 1988 uma ordem econômica que, embora coerente, traz consigo a projeção das contradições do Estado brasileiro.[44] Conquanto estabeleça como escopo assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, *caput*, CF),[45] prevendo, para isso, formas de atuação *sobre* e *no* domínio econômico[46], bem como o exercício estatal, na seara econômica, das funções de fiscalização, incentivo e planejamento (art. 174, *caput*, CF), a Constituição de 1988 deixa clara a opção por uma economia de mercado, ao estabelecer princípios como o da propriedade privada (art. 170, II, CF) e o da livre concorrência (art. 170, IV, CF), bem como dispositivos tais qual o art. 170, parágrafo único, CF, que a todos assegura o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização estatal, ressalvados os casos expressos em lei.

Nota-se, assim, uma complexidade que se deve, sobretudo, à heterogeneidade da sociedade brasileira, que bem se refletiu nos debates e decisões que se exsurgiram da Assembléia

[44] GRAU, Eros Roberto. Op. Cit., 2008, p. 337.

[45] É dirigente a Carta de 1988, vale vincar, pois contém fins e programas de ação voltados à melhoria das condições sócio-econômicas da população.

[46] Quanto às formas de intervenção do Estado na seara econômica, convém mencionar a notável classificação de Eros Roberto Grau. Para o ilustre professor, a intervenção pode dar-se *no* domínio econômico, quando o Estado atua como agente econômico, ou *sobre* ele, quando o Estado age no sentido de regular a atividade econômica. A intervenção *no* domínio econômico pode ser *por absorção*, nos setores em que o Estado atua em regime de monopólio, ou *por participação*, nas hipóteses em que atua em regime de competição. Já a intervenção *sobre* o domínio econômico pode ser *por direção*, quando o Estado estabelece normas de comportamento obrigatório para os agentes econômicos, ou *por indução*, nos casos em que manipula os instrumentos de intervenção "em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados."(GRAU, Eros Roberto. Op. Cit., 2008, p. 147). André Ramos Tavares, além de mencionar a classificação de Eros Grau, expõe um critério taxonômico que divide a intervenção estatal na seara econômica em *direta* e *indireta.* Nesta enquadram-se os subsídios e benefícios fiscais, bem como a regulamentação de atividades de cunho econômico, a serem exercidas *a priori* pelos particulares. Já naquela, a *direta*, encontram-se as atividades do Estado enquanto sujeito econômico, na produção e distribuição de bens e serviços. (TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 2 ed. São Paulo: Método, 2006, p. 55-57).

Nacional Constituinte de 1987. Segundo Eros Grau, é justamente essa capacidade de refletir os conflitos sociais que dota a ordem econômica constitucional de 1988 de complexidade e riqueza.[47] Para Paulo Bonavides, o Brasil apresenta uma "crise constituinte", observada ao longo de toda a sua história constitucional, que consiste em uma usurpação do poder constituinte do povo pelas forças reais de poder:

> A crise constituinte não é, por conseguinte, a crise de uma Constituição, senão a crise do próprio poder constituinte; um poder que quando reforma ou elabora a Constituição se mostra nesse ato de todo impotente para extirpar a raiz dos males políticos e sociais que afligem o Estado, o regime, as instituições e a Sociedade mesma em seu conjunto.[48]

Trata-se, como observa Gilberto Bercovici, do exercício de uma "soberania bloqueada", típica dos países periféricos. Tais países deparam-se com graves limitações de cunho interno e externo, que fazem com que a soberania de seu povo não se manifeste de forma plena.[49] Para o ilustre professor, "a questão na periferia está ligada aos limites históricos e estruturais que o poder constituinte encontra para se manifestar plenamente como formação da vontade soberana do povo".[50]

Conquanto se possa enaltecer a adequação da ordem econômica da Constituição de 1988 à regulação das relações econômicas e sociais tais quais se observam no Brasil, bem como entendê-la instrumento apto a fundamentar a busca por uma sociedade de bem-estar, há de se alertar para os empecilhos à manifestação da soberania, em plenitude, pelo povo brasileiro, máxime ao nos depararmos com as seguintes palavras de Bercovici: "o poder constituinte atua de forma permanente. Ele se refere ao povo concreto, com autoridade e força para estabelecer a constituição, manter sua pretensão normativa e revogá-la".[51] Na (falta de) manutenção da força normativa da Constituição Federal de 1988 os fatores reais de poder têm se manifestado.

Pode-se assim explicar (justificar, jamais) algumas Emendas à Constituição que visaram a suprimir ferramentas importantes de atuação do Estado na economia, fundamentais à concretização dos objetivos propugnados pela ordem econômica constitucional. Nesse sentido procedeu a Emenda à Constituição nº 6, de 1995, à revogação do art. 171, que estabelecia uma

[47] GRAU, Eros Roberto. Op. Cit., 2008, p. 347.
[48] BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., 2008, p. 384.
[49] BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 36.
[50] Id. Ibid., 2008, p. 36.
[51] Id. Ibid., 2008, p. 34-35.

distinção entre empresas brasileiras e empresas brasileiras de capital nacional, e previa a possibilidade de a lei conceder às segundas benefícios para desenvolver atividades estratégicas ou imprescindíveis ao desenvolvimentos no País. Ademais, prescrevia o §2º do art. 171 tratamento preferencial, nas aquisições de bens e serviços, a ser dispensado às empresas brasileiras de capital nacional. Tratava-se o art. 171, CF, portanto, de forte instrumento para a promoção do desenvolvimento científico, tecnológico e econômico nacional. Como bem expõe Eros Grau, "discriminações dessa ordem são praticadas mesmo pelos Estados desenvolvidos, em defesa da economia nacional, em nome do princípio de sua soberania".[52]

Nesse complexo contexto em que se insere o Estado brasileiro, ganha relevo o princípio da soberania econômica nacional, expressamente mencionado pela Constituição Federal de 1988, no art. 170, I. É essencial, para a superação das barreiras do subdesenvolvimento, que se dê ao referido princípio a devida interpretação e que se busque a medida de sua aplicabilidade, sobretudo quando se observa, no cenário mundial, uma crescente tendência à integração econômica entre os países.

5. A SOBERANIA ECONÔMICA NACIONAL FACE À INTEGRAÇÃO ECONÔMICA MUNDIAL

Da leitura do art. 170, I, da Constituição Federal de 1988, percebe-se que o legislador constituinte não lança mão da expressão "soberania econômica nacional", mas sim do termo "soberania nacional". No entanto, inserto que está no Título VII, "Da Ordem Econômica e Financeira", Capítulo I, "Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica", o princípio da soberania nacional recebe, neste *topos*, significado distinto do vocábulo "soberania" contido nos artigos 1º, I; 5º, LXXI; 17, *caput*; 91, *caput*; e 231, §5º, todos da Constituição de 1988. Nessas hipóteses, manifesta-se a soberania política, atributo essencial do Estado, poder de ordenação territorial de caráter supremo e exclusivo, que parte de sua concepção como sujeito de direito capaz de vontade e de ação, impondo-se, de forma regular, a todos os poderes, organizados ou não, existentes no território.[53] Não exprime, também, o mesmo significado atribuído à palavra "soberania" encontrada expressamente no art. 14, *caput*, CF, ocasião em que trata a Constituição

[52] GRAU, Eros Roberto. Op. Cit., 2008, pp. 267-68.
[53] HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 289-90.

da soberania popular, inerente à própria forma republicana de governo, de acordo com a qual "todo poder emana do povo", nos termos do art. 1º, parágrafo único, CF. Dito isto, a soberania nacional prevista no art. 170, I, CF, tem um sentido próprio, que diz respeito à ruptura da situação brasileira de dependência em relação às sociedades desenvolvidas, o que impõe a modernização da economia e da sociedade, sem que isso represente isolamento econômico.[54] É essa a concepção adotada, no presente trabalho, para a soberania econômica nacional.

Conforme lição de Eros Grau, os princípios enunciados no art. 170, CF, entre eles a soberania econômica nacional, são dotados de dupla função. Isso porque, se por um lado representam instrumento para a consecução do objetivo da ordem econômica de a todos assegurar existência digna, segundo os ditames da justiça social (art. 170, *caput*, CF), de outro são objetivos específicos a serem alcançados. Tal configuração permite inferir, segundo o autor, que afirmar a soberania econômica nacional "é definir políticas públicas voltadas à viabilização da participação da sociedade nacional, em condições de igualdade, no mercado internacional".[55]

Não obstante, o tratamento jurídico do princípio da soberania econômica nacional não é bastante, ainda que se tome seu sentido de modo correto, atento às peculiaridades do ordenamento jurídico e da realidade brasileiros. Faz-se necessário perquirir a sua adequada aplicabilidade, considerando os entraves que lhe são opostos, sobretudo quando situado em um contexto de elevado grau de integração econômica.

A expressão "globalização" foi amplamente difundida, a partir do final do século XX, para designar um complexo sistema de integração política, econômica, jurídica, cultural e social de nível mundial.[56] Como bem esclarece José Eduardo Faria, a globalização, em sua essência, não é um fenômeno novo, pois, no decorrer da história, podem-se observar diversos momentos de

[54] GRAU, Eros. Op. Cit., 2008, p. 226.
[55] Id. Ibid., 2008, p. 230.
[56] José Eduardo Faria explica que o termo "globalização" designa um conceito plurívoco, uma vez que utilizado para expressar, traduzir e descrever um vasto e complexo conjunto de processos interligados: "Entre os processos mais importantes destacam-se, por exemplo, a crescente autonomia adquirida pela economia em relação à política; a emergência de novas estruturas decisórias operando em tempo real e com alcance planetário; as alterações em andamento nas condições de competitividade de empresas, setores, regiões, países e continentes; a transformação do padrão de comércio internacional, deixando de ser basicamente inter-setorial e intrafirmas; a 'desnacionalização' dos direitos, a desterritorialização das formas institucionais e a descentralização das formas políticas do capitalismo; a uniformização e a padronização das práticas comerciais no plano mundial, a desregulamentação dos mercados de capitais, a interconexão dos sistemas financeiro e securitário em escala global, a realocação geográfica dos investimentos produtivos e a volatilidade dos investimentos especulativos; a unificação dos espaços de reprodução social, a proliferação dos movimentos imigratórios e as mudanças radicais ocorridas na divisão internacional do trabalho; e, por fim, o aparecimento de uma estrutura político-econômica multipolar incorporando novas fontes de conflito tanto no movimento do capital quanto no desenvolvimento do sistema mundial." (FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 59).

rápida modernização econômica, cultural e jurídica, impulsionada por características conjunturais. Todavia, o contemporâneo processo de integração traz consigo novidades decorrentes, sobretudo, do acentuado desenvolvimento tecnológico e da transposição de obstáculos à comunicação, exigindo a adaptação das estruturas política, jurídica e institucional do Estado, bem como a revisão de seu papel em relação à ordem sócio-econômica:

> O que parece ser realmente novo é sua aplicação a um inédito processo de superação das restrições de espaço pela minimização das limitações de tempo, graças ao vertiginoso aumento de capacidade de tratamento instantâneo de um gigantesco volume de informações; *a um fenômeno complexo e intenso de interações transnacionais, onde a empresa privada progressivamente substituiu o Estado como ator principal, criando algo qualitativamente diferenciado de quase tudo que se teve até agora em matéria de ordenação sócio-econômica e de regulação político-jurídica;* à avassaladora dimensão alcançada pelos movimentos transnacionais de capital, especialmente o financeiro; e à formação de uma hierarquia dinâmica de acesso e trocas desiguais entre os fatores de produção, com amplitude mundial.[57] (grifo nosso).

Diante disso, o Estado brasileiro vê um acentuado condicionamento dos problemas nacionais às questões internacionais e depara-se com um feixe de interesses privados que direciona as decisões político-econômicas para o exterior, o que vai de encontro ao princípio da soberania econômica nacional. Nas palavras de José Eduardo Faria, "em vez de uma ordem soberanamente produzida, o que se passa a ter é uma ordem crescentemente recebida dos agentes econômicos".[58] Para tanto, é intensa a pressão exercida por setores vinculados ao sistema capitalista internacional, no sentido de criar condições favoráveis para sua atuação, por intermédio da desregulamentação dos mercados e da liberalização.[59]

Como consectário disso, promoveu-se, no Brasil, entre 1995 e 2002, a reforma administrativa neoliberal, buscando-se afastar o Poder Público das relações econômicas, o que se deu por intermédio das privatizações e da desregulação.[60] Almejou-se, enfim, instituir um Estado Regulador, em que o Estado deixa de controlar os meios, deslocados para outras entidades, inclusive quando se trata de serviços públicos, e passa a controlar os fins, com o intento de obter

[57] Id. Ibid., 1999, p. 59-60.
[58] Id. Ibid., 1999, p. 35.
[59] José Eduardo Faria menciona, como exemplo de atuação de setores vinculados ao sistema capitalista internacional perante o Estado brasileiro, o GIE – Grupo de Investidores Estrangeiros, criado em 1990, no início do Governo Collor, por iniciativa dos presidentes das Câmaras de Comércio americana, japonesa e alemã. No plano externo, o Grupo viabiliza contratos entre o governo brasileiro e empresas transnacionais, ao passo que, internamente, age em busca do estabelecimento de um ambiente, político e jurídico, favorável à participação dessas empresas. Segundo o autor, o Grupo caracteriza-se por estabelecer relações diretas e informais com o Poder Executivo, longe da imprensa e dos mecanismos de controle do Poder Legislativo. (Id. Ibid., 1999, p. 26-27).
[60] BERCOVICI, Gilberto. Op. Cit., 2005, p. 81-85.

eficiência. Tais modificações constituíram um obstáculo a mais para a atuação estatal planejada, fundamental para o desenvolvimento nacional, prevista na Constituição Federal de 1988, pois distribuíram os serviços públicos em diferentes centros de autonomia. Confiram-se, nesse sentido, as palavras de Gilberto Bercovici:

> Ora, sabemos que as "agências independentes" não são independentes. E a regulação no Brasil não significa a "republicização" do Estado. Pelo contrário, a regulação significou o desmonte da estrutura do Estado, o sucateamento do Poder Público e o abandono de qualquer possibilidade de implementação de uma política deliberada de desenvolvimento nacional.[61]

Não se pode negar, diante das mudanças ocasionadas pelo recente processo de globalização, que houve um enfraquecimento da soberania nacional. De fato, procedeu-se a um deslocamento de alguns elementos da soberania do Estado "para cima", para o âmbito de alguns organismos regionais ou internacionais, e "para baixo", para alguns agentes privados e locais. "Em síntese, existem camadas adicionais de instituições políticas e jurídicas independentes do Estado, que o complementam, mas não o substituem".[62] Pode-se constatar a formação, atualmente, com relativa autonomia diante do Estado-nação e da política internacional, de setores distintos da sociedade mundial que produzem, por si mesmos, ordenamentos jurídicos globais *sui generis*.[63] Não se deve entender, entretanto, que tal circunstância implica o esvaziamento do significado da Constituição enquanto norma fundamental ou a relativização da aplicabilidade dos dispositivos por ela prescritos. Diante disso, a Constituição Federal de 1988, no art. 3º, II, enuncia o desenvolvimento nacional como objetivo fundamental a ser perseguido, o que passa, necessariamente, pelo desenvolvimento educacional, científico e tecnológico, relacionado à capacidade de o Brasil gerar tecnologia apta a viabilizar a modernização da economia e da sociedade, permitindo, diante disso, a participação, em condições de igualdade, no mercado

[61] Id. Ibid., 2005, p. 85.
[62] COHEN, Jean L. Sociedade Civil e Globalização: Repensando Categorias. **Revista de Ciências Sociais**. v. 46. n. 3. Rio de Janeiro, 2003, p. 419-59.
[63] "Os candidatos para um tal 'direito mundial sem Estado' são inicialmente os ordenamentos jurídicos de grupos empresariais internacionais.[...]Mas também o discurso dos direitos humanos, atualmente conduzido em princípio em esfera global, exige um direito *sui generis*, cuja fonte de direito não independe apenas dos ordenamentos jurídicos nacionais, mas se dirige justamente contra práticas dos Estados-nações.[...]Também na área da proteção ambiental é possível reconhecer tendências na direção de uma globalização do direito em relativa independência das instituições estatais." (TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. **Impulso**. v. 14. n. 33. Piracicaba 2003, p. 9-31).

internacional.[64] A busca pelo desenvolvimento nacional exige, portanto, no caso brasileiro, a afirmação da soberania econômica.[65]

Resta claro que a observância dos preceitos constitucionais exige a intervenção do Estado, a bloquear o excesso de ingerência político-econômica do mercado internacional, promovendo, por meio de políticas públicas, o desenvolvimento dos setores incapazes de competir, em condições de igualdade, em escala mundial.[66] Note-se que a Constituição Federal de 1988, mesmo alvo de Emendas Constitucionais de constitucionalidade questionável[67], continua a fornecer substrato jurídico a intervenções dessa natureza, uma vez que, desde seus princípios e objetivos fundamentais, enuncia um Estado Democrático de Direito direcionado ao desenvolvimento, o que não pode ser ignorado pelos Poderes Públicos.

Cabe fazer, ainda, uma observação. A atual crise econômica mundial, que culminou com a falência de algumas das maiores empresas transnacionais, fez ressurgir, mesmo em países desenvolvidos tradicionalmente liberais, a discussão acerca do papel do Estado na economia. A atualidade desse debate pode ser constatada em recentes publicações de periódicos especializados em economia e política. A revista Exame, na edição de 10 de março de 2010, traz, como matéria central, uma análise da atuação do Estado brasileiro na economia, a partir do seguinte questionamento: "No difícil, mas vital, equilíbrio entre Estado e mercado, que caminhos

[64] Nesse sentido, conforme aponta Eros Grau, deve-se compreender o art. 219 da Constituição, segundo o qual, "o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia do País, nos termos de lei federal". (GRAU, Eros. Op. Cit., 2008, p. 231).

[65] *Data venia*, discorda-se, aqui, do Professor José Eduardo Faria, quando, ao defender a perda do "poder de sedução" da concepção de Constituição Dirigente, profere as seguintes palavras: "Aliás, com a transnacionalização dos mercados e subseqüente 'desterritorialização' da produção, [...], a própria idéia de Constituição vem gradativamente deixando de ser um princípio absoluto, passível de ser visto e reconhecido como "norma fundamental" e centro emanador do ordenamento jurídico (tendência essa comprovável, em termos empíricos, pelo crescente esvaziamento da força normativa dos textos constitucionais perante os novos esquemas regulatórios e as novas formas organizacionais e institucionais supranacionais)." (FARIA, José Eduardo. Op. Cit., 1999, p. 34).

[66] Reportando-se à amplitude do papel do Estado nos países latino-americanos, Daniel A. Barceló Rojas assinala: "Una primera afirmación es que en las nacientes democracias de América Latina la intervención del Estado en la economía es obligatoria. Pero es obligatoria no sólo por razones económicas sino por razones políticas; desde de la lente del sistema político el propósito de la intervención del Estado en la economía es consolidar e reproducir el sistema democrático". (ROJAS, Daniel A. Barceló. El papel del Estado en la economia. In **Tendencias del constitucionalismo en iberoamérica**. Disponível em: < http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2701/pl2701.htm>. Acesso em 11 de março de 2010).

[67] Para Eros Grau, os programas de governo dos Presidentes da República é que se devem adequar à Constituição, e não o contrário. "A incompatibilidade entre qualquer deles e o modelo econômico por ela definido consubstancia situação de inconstitucionalidade, institucional e/ou normativa." (GRAU, Eros. Op.Cit., 2008, p. 45).

seguiremos?".[68] Tal discussão, ademais, promete ser a tônica da campanha eleitoral presidencial de 2010.

Trata-se, como se pode perceber, no caso brasileiro, de uma oportunidade de se afirmar, no plano concreto, a soberania econômica nacional, uma vez que, juridicamente, ela jamais deixou de ser garantida, de modo a se estabelecer e, de fato, cumprir um planejamento voltado à realização das medidas necessárias à mudança qualitativa dos níveis econômico, social, cultural e intelectual.

6. CONCLUSÃO

Buscou-se realizar, neste trabalho, uma análise do sentido e do alcance do objetivo fundamental de promover o desenvolvimento nacional, previsto no art. 3º, II, da Constituição Federal de 1988, levando-se em consideração os obstáculos à sua concretização. Pode-se, assim, depreender (i) que a Constituição Federal de 1988 é dirigente, e enuncia, em seu texto, objetivos fundamentais, dentre os quais o de garantir o desenvolvimento nacional, exigindo-se, para sua consecução, a intervenção do Estado na economia, a ponto de promover mudanças nas estruturas sociais, econômicas e científico-tecnológicas, capazes de superar o subdesenvolvimento; (ii) que a intervenção estatal é necessária, e deve estar voltada à busca do bem-estar social e à superação das desigualdades, sem que isso represente a planificação da economia, uma vez que se deve sujeitar a princípios e regras informadores do sistema capitalista, inseridos na Constituição; (iii) que o Brasil, como país periférico, depara-se com limitações no que se refere à manifestação da soberania de seu povo, que vê usurpado seu poder pelos detentores do poder econômico, conforme se percebe na análise de algumas Emendas à Constituição, voltadas à supressão de mecanismos de incentivo ao desenvolvimento tecnológico nacional e de regulação do mercado pelo Estado; (iv) que, conquanto esteja inserido o Brasil em um processo de globalização, o princípio da soberania econômica não deve ter sua aplicabilidade relativizada, uma vez que reveste-se de singular importância para o alcance do objetivo fundamental de garantir o

[68] Interessante a alusão feita, na matéria citada da revista Exame, a um tipo de modelo de capitalismo que se estaria manifestando na atual crise financeira: o "capitalismo de Estado". Tal modelo, segundo a revista, foi bem captado pelo cientista político americano Ian Bremmer: "Com o mundo rico chafurdando [sic] em problemas, diz Bremmer, o modelo liberal entrou numa fase de declínio. O momento é de países cujo motor econômico decorre do Estado, seja por meio de suas empresas estatais, seja por meio de seus fundos soberanos." (LAHÓZ, André; CAETANO, José Roberto. Estado grande ou Estado forte?. **Revista Exame**. ed. 963. a. 44. n. 4. São Paulo: Abril, 2010, p. 20-30).

desenvolvimento nacional, o que não pode ser ignorado pelos planos de governo, haja vista o caráter dirigente da Constituição Federal de 1988.

7. REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: **Teoria da Constituição:** Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

_____. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. a 36. n. 142 (abr./jun.). Brasília, 1999.

_____. **Constituição e Estado de Exceção Permanente**: atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004

_____. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COHEN, Jean L. Sociedade Civil e Globalização: Repensando Categorias. **Revista de Ciências Sociais**. v. 46. n. 3. Rio de Janeiro, 2003.

DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. **Sociedade e Estado no Pensamento Político Contemporâneo**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 1999.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999

FURTADO, Celso. **Teoria e Política do Desenvolvimento Econômico**. 10 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Elementos de Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, 1968

KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**. a. 36. n. 144 (out./dez). Brasília, 1999.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LAHÓZ, André; CAETANO, José Roberto. Estado grande ou Estado forte?. **Revista Exame**. ed. 963. a. 44. n. 4. São Paulo: Abril, 2010.

MELLO, João Manuel Cardoso de. **O Capitalismo Tardio**. 8 ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1990.

NUNES, António José Avelãs. O Estado Capitalista. Mudar para permanecer igual a si próprio *in* **Constituição e Estado Social**: os obstáculos à concretização da Constituição. São Paulo: Coimbra /Revista dos Tribunais, 2008.

PEIXINHO, Manoel Messias; FERRARO, Suzani Andrade. Direito ao desenvolvimento como direito fundamental. **Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI**. Disponível em: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/manoel_messias_peixinho.pdf. Acesso em 15 de abril de 2010.

PRADO JÚNIOR, Caio. **História Econômica do Brasil**. 36 ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1988.

RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento**: antecedentes, significados e conseqüências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ROJAS, Daniel A. Barceló. El papel del Estado en la economia. In: **Tendencias del constitucionalismo en iberoamérica**. Disponível em: < http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2701/pl2701.htm>. Acesso em 11 de março de 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social. In: **Os Pensadores**. 4 ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 2 ed. São Paulo: Método, 2006.

TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. **Impulso**. v. 14. n. 33. Piracicaba, 2003.