

ano 12 - n. 49 | julho/setembro - 2012
Belo Horizonte | p. 1-288 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
ADMINISTRATIVO &
CONSTITUCIONAL

A&C

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
ROMEUFELIPE
BACELLAR

© 2012 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br
E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Supervisão editorial: Marcelo Belico
Revisão: Adalberto Nunes Pereira Filho
Cida Ribeiro
Cristhiane Maurício
Marilane Casorla

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Bibliotecárias responsáveis: Ana Carolina Marques - CRB 2933 - 6ª Região
Luciana Gonçalves - CRB 2863 - 6ª Região
Tatiana Augusta Duarte - CRB 2842 - 6ª Região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico e diagramação: Virginia Loureiro

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11,
(jan./mar. 2003)- . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação – Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis

Ana Cláudia Finger

Daniel Wunder Hachem

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Odilon Borges Junior (UFES)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Eros Roberto Grau (USP)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
José Carlos Abraão (UEL)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
	Weida Zancaner (PUC-SP)
	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

Relação entre desenvolvimento econômico, desenvolvimento constitucional e originalidade do Brasil¹

Michele Carducci

Professor titular de Direito Constitucional Comparado da Universidade do Salento, região da Púglia, Itália. Professor visitante de Direito Constitucional Econômico da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR).

Resumo: A relação entre o constitucionalismo e a economia está experimentando um declínio histórico que difere entre constitucionalismo europeu e o constitucionalismo americano. De fato, enquanto nos Estados Unidos, como foi afirmado por C. Beard, a Constituição vista como o resultado de uma concepção da economia refletiu sobre a liberdade dos proprietários individuais no mercado, limitando o poder de garantir, na Europa, como ensinado pelo caminho maravilhoso de C. Schmitt em // *Nomos della terra*, a abertura foi marcada pela parábola da relação entre as alterações territoriais entre os estados e mudança constitucional nos Estados Unidos, com o reconhecimento mútuo, desenvolvida no século XIX. Relativamente a uma "constitucional norma intraestadual", pertencente à área do privado não estatal, ou seja, as relações (que Schmitt chama C. *Konstitutionelle Verfassung*), não pode ser mudado pelo poder e as formas de governo resultante das mudanças (condicionados por) territoriais. Em ambos os casos, no entanto, o poder político toma conta de sua Constituição, não pode ou não tem uma estrutura própria de relações econômicas do espaço de domínio. É aqui que criou o dualismo entre a constituição do século XIX / governo e da economia.

Palavras-chave: Desenvolvimento econômico. Desenvolvimento constitucional. Originalidade do Brasil.

Sumário: 1 Constituições e ideias de desenvolvimento – 2 O "transformativismo" constitucional – 3 Os paradigmas do "dirigismo" constitucional – 4 Uma Constituição "macroterritorial"

¹ Tradução de Guilherme Amintas Pazinato da Silva, doutorando do PPGD-UFPR, professor do Instituto Romeu Felipe Bacellar, advogado da Itaipu Binacional.

1 Constituições e ideias de desenvolvimento

A relação entre constitucionalismo e economia conheceu uma declinação histórica que se divide entre constitucionalismo norte-americano e constitucionalismo europeu. De fato, enquanto nos Estados Unidos, como afirmado por C. Beard,² a Constituição foi vista como o resultado de uma concessão da economia refletida sobre a liberdade de propriedade do indivíduo no mercado, para garantir a limitação do poder,³ na Europa, como ensina o brilhante caminho de C. Schmitt em *Il Nomos della terra*,⁴ o sulco foi marcado pela parábola do nexos entre mudanças territoriais entre Estados e mudanças constitucionais nos Estados, com o recíproco reconhecimento, desenvolvida no século XIX, do respeito a um “padrão constitucional intraestatal”, referente à “área do privado não estatal, ou seja, às relações econômicas (o que C. Schmitt denominava *Konstitutionelle Verfassung*) não modificáveis pelos poderes e formas de governo decorrentes das alterações territoriais. Em ambos os casos, no entanto, o poder político cuida de sua Constituição, sem poder ou querer dispor das relações econômicas internas ao próprio espaço de domínio. Foi aqui que nasceu o dualismo oitocentista entre Constituição/Estado e economia. Nota-se ainda que essa tensão verá nos acontecimentos germânicos de Weimar a sua superação, identificando novas funções do Estado e suas regras (a “racionalização” de B. Mirkin-Guetzévitch⁵), através da predisposição de um papel promocional do Estado na economia. Enquanto a ideia oitocentista visava a preservar da dinâmica constitucional a área privada das relações econômicas, na defesa de uma proteção ideológica — em vez de axiologia — da separação entre direito público e privado, agora a entrada do Estado na economia conduz ao conseqüente fortalecimento dos poderes políticos de desenvolvimento e mudanças também das relações privadas, tendendo inexoravelmente

² BEARD, Charles Austin. *Una interpretazione economica della Costituzione degli Stati Uniti d’America*. (1913). Milano: Feltrinelli, 1959.

³ McDONALD, Forrest. *We the people: the economic origins of the Constitution*. Chicago: University of Chicago Press, 1958.

⁴ SCHMITT, Carl. *Il Nomos della terra nel diritto internazionale dello Jus publicum europaeum*. (1950). Milano: Adelphi, 1991.

⁵ Na Europa da primeira metade do Novecentos, a referência obrigatória e fundamental da identificação deste novo quadro residem em Léon Duguit (na tradução italiana *Le trasformazioni dello Stato*: antologia di scritti. Torino: Giappichelli, 2003), Otto Hintze (*Essenza e trasformazione dello Stato moderno*. (1931). *Stato e società*. Bologna: Zanichelli, 1980. p. 153 *et seq.*), Boris Mirkin-Guetzévitch (*Comparazioni teoriche e razionalizzazioni costituzionali*. Lecce, Cavallino: Pensa Editore, 2009), e Karl Polanyi (*La grande trasformazione: le origini economiche e politiche della nostra epoca*. (1944). Torino: Einaudi, 1974). Cfr. no mérito A. Tulumello (*La grande trasformazione civile: Karl Polanyi e il nostro tempo*. Palermo: L’Epos, 1996).

à juridicização centrípeta da economia: desenvolvimento constitucional (*Verfassungsentwicklung*) e desenvolvimento econômico (*Development*) se descobrem convergentes.⁶ Tal convergência, no entanto, será toda e exclusivamente europeia, no sentido de apontar transformações constitucionais estruturais só na Europa.⁷ Nos Estados Unidos da América, de fato, prevalecerá contudo a inspiração de economia política do constitucionalismo das origens, atualizado pelas novas necessidades sociais e econômicas ao “reconhecer” progressivamente, sobretudo através do ativismo da Corte Suprema norte-americana, mas não ao ponto de promover verdadeira “política pública” de intervenção e substituição. Valem, como prova, dois significativos exemplos: a análise de Antônio Gramsci sobre o “americanismo e fordismo”;⁸ as aquisições historiográficas sobre o caráter “conservador” do *New Deal*.⁹

Entretanto, porém, o século XX assinala também o advento “global” de um novo *Nomos da Terra*, dominado pela doutrina internacional norte-americana que influenciou e interferiu no mundo todo.¹⁰ Com isso, novos poderes apropriaram-se da economia, confundindo-se com ela e realizando aquilo que Schmitt definirá sempre a sua “transformação altamente moderna: *cujus oeconomia, ejus régio*, a nova regra do mundo,¹¹ não para torná-lo um lugar de constitucional cidadania cosmopolita — onde *Konstitutionelle Verfassung* e *Verfassungrecht* refletem-se um no outro — mas para controlá-lo como um espaço global de consumo, como demonstram os estudos Agnes Heller e da denominada “Escola de Budapeste”.¹²

⁶ ARENDT, Hannah. *Economic development: an history of an idea*. Chicago: Chicago University Press, 1987.

⁷ Basta pensar na afirmação das concepções corporativistas e organicistas como base dos modelos constitucionais totalitários.

⁸ GRAMSCI, Antonio. Americanismo e fordismo. *Note sul Machiavelli, sulla politica e sullo Stato moderno*. Roma: Ed. Riuniti, 1971. p. 403-444.

⁹ O *New Deal* foi a demonstração da recusa americana contra a nova ruptura revolucionária dos Novecentos, a favor de uma estratégia de adaptação às necessidades de desenvolvimento da sociedade apenas em termos “de atualização institucional frente ao crescimento econômico” (assim afirma M. Tronti (*Operai e capitale*. Torino: Einaudi, 1971. p. 290). Sobre o *New Deal* e a *continuità* americana, podem ser lembradas as obras de R. Hofstadter (*Società e intellettuali in America* (1962). Torino: Einaudi, 1968), e mais recentemente M. Kammen (*A machine that would go of itself*. New York: Knopf, 1986).

¹⁰ Fala-se a propósito no “paradigma do pós-guerra”, que teria definitivamente exaltado o papel dos Estados Unidos como modelo e como paradigma: L.E. Weinrib (The postwar paradigm and american exceptionalism. In: CHOUDHRY, Sujit. *The migration of constitutional ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 84 et seq.).

¹¹ SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democrazia* (1942). Milano: Etas Kompass, 1973.

¹² HELLER, Agnes. *La teoria dei bisogni in Marx*. Milano: Feltrinelli, 1974. p. 74-75, 158, sobre a linha de toda a escola denominada “Escola de Budapeste”, sustentava a distinção entre práxis institucionais (estatais e internacionais) “preservativas” e de “sustento” frente a necessidades “já

2 O “transformativismo” constitucional

Se o constitucionalismo norte-americano é substancialmente contíguo — porque de qualquer modo causa essa “inversão”, a linha evolutiva dos Estados europeus segue o seu caminho pavimentado definitivamente com as Constituições da segunda metade do século XX, o primeiro, na história do constitucionalismo, a dotar-se de reais e verdadeiras “cláusulas transformadoras”, expressas a partir de seu próprio texto e conjugadas com uma dúplici projeção da sua duração: como programação de um projeto social (bem-estar social) para o futuro,¹³ e como garantidora axiológica de valores.¹⁴ Neste novo estágio, são as próprias Constituições a assumir uma função “transformadora”,¹⁵ que vinculam o poder político, não para inibi-lo, mas para orientá-lo,¹⁶ em função dos irrenunciáveis pressupostos axiológicos e das finalidades da sociedade e, conseqüentemente, da economia.¹⁷ O “transformativismo” constitucional¹⁸ coincidirá então com a realização dos conteúdos normativos da Constituição.

manifestadas” (cujo exato exemplo os Estados Unidos fornecem o modelo mais significativo) e práxis institucionais de “valorização” e “desenvolvimento” de “novas necessidades” comuns a todos os indivíduos da sociedade, oferecido pela alternativa então condicionada pelo domínio totalitário soviético.

¹³ HARTWIG, Matthias. La Costituzione come promessa del futuro. In: BIFULCO, R.; D’ALOIA, A. (Cur.). *Un diritto per il futuro*. Napoli: Jovene, 2008. p. 57 et seq.

¹⁴ Hoje, quem invoca um “direito constitucional cosmopolítico” observa só a esta segunda face da mesma medalha, acreditando que a primeira serve a segunda e não o contrário. Cfr. in Itália. Q. Camerlengo (*Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*. Milano: Giuffrè, 2007): os valores do indivíduo, antes ainda que a realização de projeto de emancipação social vinculante sobre o futuro. Vem assim superada a lógica do nexo entre “desenvolvimento constitucional” e “desenvolvimento econômico”, esta lógica, entre ambos, descrevia a arquitetura constitucional de sustentação às teorias e práticas europeias, sobretudo alemã, da denominada “economia social de mercado”.

¹⁵ ESTEBAN, Jorge. La función transformadora en las Constituciones occidentales. In: PICARO, L. Díez (Cur.). *Constitución y economía (la ordenación del sistema económico en las Constituciones occidentales)*. Madrid: Cec, 1977. p. 151 et seq. Mas o manifesto europeu desta visão é o trabalho teórico-comparado de J. J. Gomes Canotilho (*Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Ed., 1982), no qual o confronto corre sob a linha da doutrina italiana (em particular, V. Crisafulli e F. Modugno) e alemã (com K. Hesse e P. Lerche). Sobre esta ideia de Constituição no debate italiano, veja-se M. Dogliani (*Interpretazioni della Costituzione*. Milano, Angeli, 1982. p. 65 et seq).

¹⁶ Em um tipo de conjunção entre *rechtlichen Sollen* e do *politischen Sollen*, na base de verdadeira e exata imposição constitucional permanente (KASSIMATIS, G. *Der Bereich der Regierung*. Berlin: Duncker & Humboldt, 1967. p. 34-47). Na Itália, as contribuições mais significativas sobre esta linha foram aquelas no tema da planificação e sistema constitucional, em particular com A. Predieri (*Pianificazione e Costituzione*. Milano: Ed. Comunità, 1963. p. 434 et seq.), onde se argumenta da “modificação da estrutura jurídica induzida pela planificação” (BARBERA, A. *Leggi di piano e sistema delle fonti*. Milano: Giuffrè, 1968), na qual se distingue a hierarquia das fontes em “material” e “formal”, em função dos escopos sociais “normativizados” na Constituição.

¹⁷ Pensa-se, para todos, na denominada “cláusula de eternidade” do art. 79, §3º GG.

¹⁸ CONTRERAS, Manuel. Sobre las transformaciones constitucionales y sus limites. *Revista de Estudios Políticos*, n. 16, p. 165 et seq., 1980.

Este viés “transformativista” reforçou a ideia de Constituição como plataforma para interpretar e aplicar a legislação, além do poder político e mesmo contra ele,¹⁹ concebendo os conteúdos axiológicos e ideológicos do texto, legal e judicialmente realizáveis (acionáveis).²⁰ No entanto, esta era ainda a filha do “privilegio elitista das Constituições promulgadas”, como definido por Günter Frankenberg:²¹ aquele único que reconhecia ao poder político o papel prioritário de ação e suporte das dinâmicas constitucionais e sua transformação.

3 Os paradigmas do “dirigismo” constitucional

Desse “privilegio” é também filha a Constituição Brasileira de 1988. Essa, com a característica de assumir a “ordem pública” e o “desenvolvimento” como princípios fundamentais, formalizou no texto três exigências precisas, sintetizados na fórmula do “dirigismo” constitucional:²²

- interpretar a Constituição em função da profunda transformação política, social, econômica;
- descrever a estrutura normativa como conjunto vinculante para o poder político (legislativo e executivo);
- elevar a valor dogmático o princípio da força normativa da Constituição, colocando à prova a conhecida doutrina da liberdade finalística e absoluta da função legislativa, através de uma “teoria” da Constituição dirigente.²³

Do ponto de vista da dogmática constitucional, este esforço permitiu à doutrina constitucional brasileira apropriar-se da refinadíssima bagagem teórica europeia, emancipando-se definitivamente da “imitação” constitucional de cunho estadunidense. Ao mesmo tempo, como já havia acontecido na Europa e mesmo na Itália,²⁴ o mesmo esforço produziu a sobreposição entre a afirmação do conteúdo axiológico da Constituição e da busca ideológica da sua legitimação em termos de fundamento para uma revolução destinada à realização

¹⁹ Cita-se os instrumentos de controle de constitucionalidade contra a “omissão legislativa”, desconhecida nos Estados Unidos, realizados na jurisprudência da Corte ou formalizados pelos mesmos textos constitucionais (como no caso de Portugal).

²⁰ GARCÍA-PELAYO, M. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Universidad, 1977. p. 132 et seq.

²¹ FRANKENBERG, Gunter. *Autorität und Integration: Zur Grammatik von Recht und Verfassung*. Frankfurt a.M., Suhrkamp, 2003. p. 151 et seq.

²² CANOTILHO, *op. cit.*

²³ CARDUCCI, Michele (Org.). *Una costituzione da reinventare: temi brasiliani di critica costituzionale*. Lecce, Cavallino: Pensa Editore, 2005.

²⁴ Cita-se a tese de Carlo Lavagna, *Costituzione e socialismo*. Bologna: Il Mulino, 1977.

de um projeto mais ambicioso de modernidade política, talvez para passar a outro tipo de sociedade programaticamente antecipada pela e na mensagem normativa-constitucional. De resto é tal axiologia/ideologia emancipatória que imprime na Constituição brasileira de 1988 uma indubitável *estatalidade*, confiando nas políticas públicas como produção e redistribuição de necessidades entre normativismo constitucional e keynesianismo econômico.²⁵

Para tal ângulo de visão, o texto do Brasil torna-se o exemplo mais significativo de uma real e exata “Constituição de políticas públicas”, fundada sobre três princípios: liberdade política, justiça social, eficiência econômica.²⁶

Todavia, essa constituição do “desenvolvimento” pode ser lida pelo menos de duas maneiras diferentes. Segundo a lição de Häberle, para quem o Estado constitucional é uma aquisição cultural para contextualizar historicamente,²⁷ não seria um caso de que os textos constitucionais periféricos seriam diferentes dos textos europeus, com a inclusão de novas temáticas, novos direitos, novos deveres estatais como a incorporação da superação do desenvolvimento (“cláusula de desenvolvimento” *Entwicklungs-Klauseln*). Tal escrita demonstraria uma vontade constitucional nova e diversa no tocante à experiência constitucional europeia.

Para outro ponto de vista, historicamente contextualizado nos acontecimentos do longo período da conformação dos Estados da América latina, formalizações desse gênero pouco ou nada acrescentariam à realidade político-institucional, na medida em que sofrem e exprimem ao mesmo tempo uma visão e ilusão centralista da relação entre política e economia.

Em particular, Mascareño observa que, a partir da origem da República, foi a política a prescindir da legitimidade jurídica, o sistema funcional que

²⁵ SERAINE, A. B. Martins dos Santos; SANTOS JÚNIOR, R. B. dos; MIYAMOTO, S. (Org.). *Estado, desenvolvimento e políticas públicas*. Teresina: EDUFPI, 2008.

²⁶ FIORI, José Luis. *Estados e moedas no desenvolvimento das nações*. Petrópolis: Vozes, 1999; FARIAS, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993; BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, e ainda deste autor: *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 291-302; RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e conseqüências*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007; SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002; HEIDEMANN, F. G.; SALM, J. F. *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: Ed. UnB, 2009; VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

²⁷ HÄBERLE, Peter. Die Entwicklungsländer im Prozess der Textaufendifferenzierung des Verfassungsstaates, in *Verfassung und Rechte in Übersee; Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*. 23, Jahrgang, 3, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1990. p. 256 et seq.

definiu a linha para o desenvolvimento de outra esfera da sociedade latino-americana.²⁸ Nessa seara, em outros termos, não seria jamais realizada a originária separação entre *Konstitutionelle Verfassung* e política como nem mesmo o constitucionalismo “transacional” estadunidense. Um claro exemplo de tal percurso seria ofertado pela história dos “estados de exceção e suspensões constitucionais” como forma estável de indiferenciação entre política e direito, não por acaso endossado pelos Estados Unidos com o escopo de preservar certos interesses econômicos e não certa esfera de autonomia econômica política dos estados membros.

Desse modo, o desenvolvimento foi transformado em uma evolução controlada hierarquicamente por um sistema funcional situado no ápice da sociedade: o sistema político. Essa aproximação tende a transformar-se em processo desagregativo, que, se alimentado por relações clientelistas, presença de líder carismáticos etc. (como se verifica ainda em diversas partes da América Latina), torna-se obstáculo ao desenvolvimento e à operabilidade de todo o sistema político democrático.

Em tal perspectiva, deve ser recordada a leitura de Eros Grau sobre o escopo da norma programática da Constituição brasileira.²⁹ Segundo esse autor, fórmula programática de desenvolvimento, na medida em que definem direitos garantidos na mesma Constituição e que necessitam da intervenção não só de conteúdo legislativo, mas também executivo e administrativo, transformando-se em mito.³⁰

4 Uma Constituição “macroterritorial”

Todavia, a Constituição brasileira de 1988 assinala o ponto de transformação também sobre outra frente: aquela da constitucionalização da política de “coesão” dos espaços macroterritoriais.³¹ Essa, em outros termos, não assinala um

²⁸ MASCAREÑO, Aldo. *Teoría de sistemas de America Latina: conceptos fundamentales para la descripción de una diferenciación funcional concéntrica*. Santiago del Chile, 2001.

²⁹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 24 *et seq.*

³⁰ Diferente é a literatura de Marcelo Neves (*A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Accademica, 1994. 102), para o qual semelhante norma programática pode ser de eficácia limitada, mas serve para orientar finalisticamente os órgãos estatais.

³¹ A respeito se podem ver os aprofundados estudos de P. Logroscino (*Spazi macroterritoriali e coesione: premesse di comparazione costituzionale*. Lecce, Cavallino: Pensa Editore, 2007); *Differenze e coesione tra Costituzione e politica costituzionale: il problema delle diseguaglianze regionali*. In Sezione monografica per i venti anni della Costituzione della Repubblica Federativa del Brasile, curata da M. Carducci e R. Orrù (*Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3, 2008. p. 1360-1388); A questão estrutural da desigualdade entre territórios e a intervenção do

simples e abstrato programa normativo de “dirigismo” constitucional, porém constitucionaliza os instrumentos destinados a reduzir as *diferenças-desigualdades* e valorizar as diferenças-especificidade, transferindo o nexos *inclusão-exclusão* para a dimensão simplesmente *individual/pessoal* daquela espacial-territorial dos lugares em cuja complexidade social se manifesta.³²

Dessa maneira, a Constituição brasileira representa a mais radical rejeição da concepção contratualística do federalismo estadunidense, fundado sobre o dogma da *Public Choice* como um conjunto de escolhas prometidas pelo “Clube dos Estados” livres entre si como livres seriam os cidadãos que o legitimam.³³

“Cláusula de Desenvolvimento” e “coesão macroterritorial” definem novas constitucionalizações dos “bens comuns” de planejamento sobre o futuro da convivência civil.

Frente à insustentabilidade da política keynesiana, referente à explosão do neoliberalismo anglo-americano, conjugado com os processos de integração supranacional, a economia política da Constituição brasileira não resta neutra frente à presença da própria projeção macroterritorial.³⁴

Neste, essa se diferencia das Constituições novecentistas europeias. Estas últimas pretendiam assegurar ao estatuto *jurídico do político*, assim apresentando um produto de concessão voluntarista do *direito* e do *sujeito*, sem ter conta da autorreferenciabilidade e da auto-organização dos vários sistemas e subsistemas sociais.³⁵ Por consequência, esta Constituição, não obstante a sua carga inovativa e “transformativa”, apresenta-se paradoxalmente próxima aos documentos normativos “clássicos” em relação aos sujeitos de referência, na difusa indiferença ante aos novos sujeitos do poder: as entidades organizativas econômicas e de pressão (multinacionais) e os atores neocorporativos (ordens profissionais, interesses, consumidores etc.).

Enquanto a pobre constitucionalidade “transativa” estadunidense pôde resistir a essa transformação da reflexividade social, permanecendo na lógica

poder público para o re-equilíbrio do Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, ano 2, n. 5, p. 135-192, jan./mar. 2008.

³² Ainda cfr. P. Logroscino (Spazi macroterritoriali. In: PEGORARO, L. (a cura di). *Glossario di Diritto pubblico comparato*. Roma: Carocci, 2009. 242. (N. do A.)

³³ BUCHANAN, James M. *Freedom in constitutional contract: perspective of a political economist*. London: Texas University Press, 1978.

³⁴ Com diferença do texto constitucional estadunidense, preocupado em preservar o *Social Compact* da própria origem: cfr. J. Fenton (*The Theory of the Social Compact and its Influence upon the American Revolution*. New York: Columbia University Press, 1891).

³⁵ Deve-se ver a respeito o importante estudo de Orlando Villas Bôas Filho (*Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009).

individualista da “mudança conservadora” das próprias estruturas econômicas constantemente negociadas, o constitucionalismo “transativo” europeu revelou-se incapaz de criar um conjunto unitário de respostas dotadas de racionalidade e coerência, relativamente a um número sempre mais complexo e crescente de demandas ou exigências, provenientes da estrutura no sistema social. A presença da universalidade constitucionalizante, outros universos produziram espaços gravitacionais: mercado, imprensa, grupos, sistemas de informação, tecnologias; cada um reivindicando uma universalidade específica sempre alternativa à validade e eficácia das normas constitucionais.

Como escreveu J.J. Canotilho,³⁶ as Constituições europeias novecentistas aspiravam, direta ou indiretamente, a encontrar o “ponto ômega” da modernidade política através da organização voluntária da sociedade. Hoje, as modernas sociedades pluralistas estruturam-se em termos de complexidade, que, longe de basear-se sobre a intencionalidade construtivista da política, enraízam-se principalmente na auto-organização. Essa mesma complexidade gera sistemas diferenciados e códigos funcionais diferenciados, permanecendo irrealístico procurar dirigir constitucionalmente a sociedade através de um código unitário dos vários sistemas sociais.

Nessa ótica, a Constituição brasileira aparece corajosamente projetada sobre novas reflexividades, não por traçar novos “pontos ômeças”, mas por diversificar a normatividade constitucional em função dos sistemas sociais de referência.

Isso explica o caráter necessariamente longo do texto e a sua complexidade semântica. Pode parecer paradoxalmente este novo experimento de escritura em um País “em via de desenvolvimento” como o Brasil, aparente reedição de uma constitucionalização “semântica” ou meramente “nominal”, já estigmatizada pela original categoria ontológica de Karl Loewenstein observando-se (sobre) o “Terceiro Mundo”.³⁷ Mas não é assim. Trata-se de um relevante cenário do “Sul do Mundo”, para observar como experimento de desafio ao novo Nomos da terra, onde, com relação aos originais fins gerais distintos dos interesses econômicos privados (para respeitar, segundo o molde da *Konstitutionelle Verfassung* schmittiana, ou modificar, segundo a visão “transformativa” do constitucionalismo europeu novecentesco), somam-se problemáticas de tendências generalizantes, justificadas pela vastidão da dimensão geográfica dos espaços que imprimem novas políticas de “desenvolvimento”.

³⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. “Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerário dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

³⁷ LOEWENSTEIN, Karl. *Verfassungslehre*. Tübingen: Mohr, 2000.

Estudar os eventos desta Constituição, portanto, quer dizer imergir nos problemas contemporâneos da constitucionalização de viés europeia, nos grandes espaços dominados pelo Nomos estadunidense: para filtrar a dimensão de eficácia e as projeções simbólicas de realizações.³⁸

Significa remeditar sobre “matéria constitucional”, não mais reduzida só ao “núcleo duro” da divisão dos poderes e dos direitos fundamentais, mas aberta a uma nova consideração daquela distinção entre dilema e escolha, que historicamente assinalou a constitucionalização europeia. Repensando a subdivisão proposta por Amartya Sen, os dilemas seriam relativos a escolha coletiva e seriam matéria de alçada constitucional, enquanto a escolha verdadeira e exata seria questão de discricionariedade, com só o problema da legitimidade democrática do órgão apto a cumpri-la. A distinção vem pois assim descrita por Sen: “Um dilema não é um conflito entre qualquer coisa de boa de um lado e qualquer coisa de mal, de outra parte, coligado com o problema de assegurar que o primeiro prevaleça sobre o segundo. Trata-se primeiramente de uma tensão entre diversas coisas boas em si, cada uma das quais merece a nossa atenção, mas que resultam estar em contraste com as outras”.³⁹

Isso significaria que a constitucionalização dos dilemas não é absolutamente um artifício retórico ou místico: serve a legitimar ao futuro a visão comum de um projeto de convivência constitucional duradouro.

Esquecer essa distinção significa negar relevo a qualquer programação constitucional e se satisfazer com o liberalismo “transativo” e “conservador” estadunidense, fundado sobre o liberalismo constitucional da escolha única e não, ao contrário, sobre os dilemas, segundo a fórmula que bem pode ser sintetizada pela definição que Milton e Rose Friedman dão aos programas normativos: “a legitimação do poder de alguns para decidir que coisa é melhor para outros”, com a imposição da escolha dos primeiros sobre os segundos, rendendo assim “putrefata” a “coesão” de uma sociedade:⁴⁰ como se o mercado não fosse, também isso, um conjunto de escolhas de alguns (poucos, os mais fortes, ricos, afortunados...) de “decidir que coisa é melhor para outros”, na legitimação de cada indivíduo (qual?). É quanto se verificou na integração europeia dos espaços macroterritoriais, onde a dimensão normativa de fundamento

³⁸ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

³⁹ SEN, Amartya. *La libertà individuale come impegno sociale* (1987). 1990, ora Roma, Bari: Laterza, 1997. p. 48 *et seq.*

⁴⁰ FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose D. *Liberdade de escolher: o novo liberalismo econômico*. Rio de Janeiro: Record, 1980. p. 125.

(os tratados constitutivos com pretensão de constitucionalização material da Europa) perdeu esta distinção, não dispondo de um verdadeiro e próprio código conjunto de formalização escrita dos próprios dilemas⁴¹ e, assim, impedindo um verdadeiro e exato governo europeu da economia, que identifique uma volta por todos os próprios “bens comuns” de promoção e tutela:⁴² “bens”, ainda hoje relegados às meras boas intenções como foi pelo Plano de Lisboa para 2000-2010 de fato incompleto.

Continua assim a existir uma Europa da moeda, um Clube dos Estados, não uma Europa da economia política como valor comum de todos os cidadãos.⁴³

O tema da constitucionalização do “desenvolvimento” e da “coesão macro-territorial” oferece, ao invés, uma deixa de comparação relevante, para favorecer uma atenção maior da Europa em confronto aos experimentos institucionais do Brasil; para continuar a observar que as Constituições escritas são a conquista moderna da projeção social, não claro a forma enfatizada de um contrato comercial. O conceito alemão de *Verfassungsentwicklung* significa a evolução dos dilemas no tocante à liberdade de escolha: ou seja “desenvolvimento”.

Relations between Economic Development, Constitutional Development, and Originality of Brazil

Abstract: The relationship between constitutionalism and the economy is experiencing a historical decline that differs between European constitutionalism and American constitutionalism. In fact, while the United States, as was stated by C. Beard, the Constitution was seen as the result of a conception of the economy reflected on the freedom of the individual owners in the market, limiting the power to ensure, in Europe, as taught by the wonderful path of C. Schmitt on *Il Nomos della terra*, the gap was marked by the parable of the relationship between spatial change between states and constitutional change in the States, with mutual recognition, developed in the nineteenth century, respect of a “constitutional standard intra-state”, belonging to area of the private non-state, i.e. to relations (what Schmitt called C. *Konstitutionelle Verfassung*), can not be changed by the powers and forms of government resulting from the (conditioned by) territorial changes. In both cases, however, political

⁴¹ Demonstra-o o debate de 2005 sobre a denominada “Costituzione europea” e à identificação da “comuni radici”.

⁴² Não acaso, a escola da *Public Choice* de Buchanan pode qualificar a União europeia monetária como Club State: veja-se J. M. Buchanan (*Constitutional efficiency and the European Central Bank*) e M. D. Bordo (*The United States as a monetary union and the Euro: a historical perspective*, entrambi in 24 *Cato Journal*, 1-2, 2004, 13 *et seq.*, p. 163 *et seq.*).

⁴³ MASINI, F. Per un'economia politica dell'interdipendenza globale: beni collettivi, mercati e istituzioni pubbliche. *Il Ponte*, 5, 2009. p. 152.

power takes care of its Constitution, unable or unwilling to have its own internal economic relations of the domain space. It is here that created the dualism between nineteenth-century constitution/government and economics.

Key words: Constitutional Development. Economic Development. Originality of Brazil.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CARDUCCI, Michele. Relação entre desenvolvimento econômico, desenvolvimento constitucional e originalidade do Brasil. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 12, n. 49, p. 15-26, jul./set. 2012.

Data de recebimento: 04.02.2012

Data de aprovação: 17.08.2012