
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



A&C R. de Dir. Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 1-253, jan./mar. 2006

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Direção Executiva

Emerson Gabardo

Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari
Alice Gonzáles Borges
Carlos Ari Sundfeld
Carlos Ayres Britto
Carlos Delpiazzi
Cármen Lúcia Antunes Rocha
Celso Antônio Bandeira de Mello
Clèmerson Merlin Clève
Clóvis Beznos
Enrique Silva Cimma
Eros Roberto Grau
Fabrício Motta
Guilherme Andrés Muñoz (*in memoriam*)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Jorge Luis Salomoni

José Carlos Abraão
José Eduardo Martins Cardoso
José Luís Said
José Mario Serrate Paz
Juan Pablo Cajaville Peruffo
Juarez Freitas
Julio Rodolfo Comadira
Luís Enrique Chase Plate
Lúcia Valle Figueiredo
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho
(*in memoriam*)
Marçal Justen Filho
Marcelo Figueiredo
Márcio Cammarosano
Mária Cristina Cesar de Oliveira

Nelson Figueiredo
Odilon Borges Junior
Pascual Caiella
Paulo Eduardo Garrido Modesto
Paulo Henrique Blasi
Paulo Neves de Carvalho (*in memoriam*)
Paulo Ricardo Schier
Pedro Paulo de Almeida Dutra
Regina Maria Macedo Nery Ferrari
Rogério Gesta Leal
Rolando Pantoja Bauzá
Sérgio Ferraz
Valmir Pontes Filho
Yara Stropa
Weida Zancaner

A246 A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional.
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum,
2003.
Trimestral
ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba
ISSN: 1516-3210
1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342 CDU: 33.342

© Editora Fórum Ltda. 2006

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através 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).

Editora Fórum Ltda
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Projeto gráfico e diagramação: Luís Alberto Pimenta
Revisora: Olga M. A. Sousa
Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868
Bibliotecária: Nilcéia Lage de Medeiros
CRB 1545/MG 6ª região

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

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

Dignidade da pessoa humana e atividade econômica: considerações sobre a aplicação de uma dogmática constitucional emancipatória sobre a ordem econômica

Alyson Carlos Kley Bauer

Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar

Sumário: **1** O processo econômico como prática social - **2** Constituição dirigente, ordem econômica e políticas públicas - **3** A heterogeneidade funcional dos princípios da ordem econômica e a dignidade humana - **4** A ordem econômica à luz da dogmática constitucional emancipatória - **5** Os fins da ordem econômica e a garantia das estruturas capitalistas - **6** O papel do Estado na ordem econômica - Referências

Palavras-chave: Direitos e garantias individuais, Brasil ; Princípio constitucional, Brasil ; Dignidade da pessoa humana; Ordem econômica ; Políticas públicas; Princípios da ordem econômica; Papel do Estado na ordem econômica

1 O processo econômico como prática social

A dignidade da pessoa humana é reconhecidamente aceita como o valor essencial de um Estado Democrático de Direito. Na Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, incluído dentre as chamadas decisões políticas fundamentais do legislador constituinte.

A consagração da dignidade humana como base de uma República implica o reconhecimento do indivíduo como limite e fundamento do seu domínio político, cuja organização existe para servir o homem. Denota o sentido de cooperação das pessoas na condição de cidadão dentro da coletividade e de comunidade constitucional inclusiva, segundo Joaquim Gomes Canotilho.¹

Dentro da ordem econômica a dignidade humana desempenha um papel específico, pois é alçada à condição de finalidade de toda atividade econômica, seja ela desenvolvida como serviço público ou como atividade econômica em sentido estrito. A consagração da dignidade humana como conteúdo finalístico da ordem econômica exerce papel de mais alto

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 225-226.

relevo, possibilitando a adequada interpretação das diversas normas de Direito Econômico.

A suposição de que a distribuição constitui outro aspecto da norma, separado da produção, é um equívoco provocado pela interpretação confusa da Constituição, que tem os títulos da ordem econômica e da ordem social separados.² Antônio Augusto Cançado Trindade desmistifica o equívoco provocado por esse entendimento, repudiando a visão fragmentada e atomizada dos direitos humanos. Segundo o autor, os direitos econômicos e sociais, assim como os direitos culturais, compõem um todo único, indivisível e inextrincável.³

Eros Roberto Grau apresenta três sentidos diferentes à “ordem econômica”. Além do sentido normativo, pelo qual ordem econômica expressa uma parcela da ordem jurídica (mundo do dever-ser, tanto de ordem pública como de ordem privada, que não se resume apenas à Constituição), aquela expressão pode significar o conjunto de todas as normas de regulação do comportamento dos agentes econômicos, seja qual for a sua natureza, assim como pode referir-se à articulação do econômico como fato (mundo do ser).⁴

Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Ney Prado utilizam-se da teoria sistêmica para explicar os sentidos que o conceito de ordem econômica expressa na Constituição. Por esta teoria, a sociedade é considerada um plurissistema social, formada por diversos sistemas e subsistemas sociais, cada qual destinado a descrever e a reger a realidade.⁵

As ciências sociais estudam tanto os sistemas reais como os sistemas ideais. Os sistemas reais tratam do mundo do ser, ou seja, da maneira como a sociedade interage no plano da realidade fática. Por serem objeto de descrição científica, os sistemas reais são sistemas descritivos, uma

² GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. passim. Essa é a opinião de Cristiane Derani, para quem “...não se pode compreender a totalidade da ordem econômica sem a consideração da ordem social...”. DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 247. Segundo Fábio Konder Comparato, a teoria da *Wirtschaftsverfassung* oposta à concepção tradicional de Constituição meramente político-formal, redundou hoje numa *soziale Marktwirtschaft*, demonstrando a inseparável ligação entre o econômico e o social. Assim, admite o autor “...certa unidade sistemática do conjunto das atividades de produção e distribuição de bens e serviços no mercado...”. COMPARATO, Fábio Konder. *Ordem Econômica na Constituição Brasileira de 1988*. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 23, n. 93, p. 263-276, jan./mar. 1990. p. 263-264.

³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Do Direito Econômico, aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional: Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 11-16, 32-38.

⁴ Cf. GRAU, op. cit., p. 49 et. seq.

⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; PRADO, Ney. *Uma Análise Sistêmica do Conceito de Ordem Econômica e Social*. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, Brasília, ano 24, n. 96, p. 121-138, out./dez.1987. p. 121-129.

vez que se limitam apenas a expor como as coisas são observadas. Os sistemas ideais, por sua vez, ocupam-se da especulação sobre o mundo do dever-ser. Como são concebidos para tratar de projeções desejáveis, os sistemas ideais são sistemas normativos.

A ordem econômica na Constituição Federal de 1988, compreendida sob este enfoque, define um regime intervencionista incidente sobre os fatos econômicos e sociais do mundo do ser, de modo a implementar um Estado de bem estar reconhecidamente inalcançável pela simples articulação das relações na realidade, a qual denuncia diversas disfuncionalidades ao próprio sistema capitalista.

Este modelo econômico é identificado ao longo da Constituição, especialmente nos artigos 1º, 3º e 170, que evidenciam, em última análise, a necessidade da criação de estruturas que assegurem e realizem a dignidade humana. A economia de mercado visa o lucro, mas o Direito Econômico não se reduz à “condição de servidor da economia. O Direito Econômico não pode renunciar à realização da idéia de justiça e, conseqüentemente, a influir na conformação das relações sociais, neste caso da ordenação da economia”.⁶

A visão economicista do direito,⁷ muito difundida pela mentalidade pós-moderna,⁸ decorre de um entendimento compartimentalizado da realidade, que despreza a complexidade e a multiplicidade das interações entre os diversos sistemas sociais. A teoria do Direito não é uma teoria da Economia. Ao desprezar os demais níveis sociais, o economicismo evidencia sua limitação, postura esta compatível apenas com o direito burguês.⁹ Direito é prática social, assim como é a Política e a Economia. Como afirma Cristiane Derani:

⁶ DERANI, op. cit., p. 61.

⁷ Para Calixto Salomão Filho, o reduzido poder transformador do direito na esfera econômica e o conseqüente determinismo deste sobre aquele pode ser explicado pela ausência de procedimentalidade no conteúdo das regras econômicas. Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito como Instrumento de Transformação Social e Econômica. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 15-44, abr./jun. 2003. p. 16-17.

⁸ Entende-se por pós-modernidade a ideologia hegemônica do capitalismo videofinanceiro. De acordo com Perry Anderson, as principais características da ideologia pós-moderna são a ausência de distinção entre esquerda e direita, a ciência como mero jogo de linguagem, a informação contando mais do que a produção, a desmaterialização do dinheiro, a verdade confundida com desempenho, o relativismo cultural, o pluralismo e ecletismo doutrinários, a submissão ao Deus mercado, as privatizações, a supremacia do espaço sobre o tempo, o fim da história e da memória, a simulação da economia, o novo-riquismo, a ubiqüidade do espetáculo pop, a simbiose entre a cultura e o comércio, a pornografia de massa e a diminuição do afeto, a recusa das causas e da gênese das coisas, a impotência cívica do voto, o banco dominando a fábrica. ANDERSON, Perry. *As Origens da Pós-modernidade*. Tradução de: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, [199?]. passim apud VASCONCELLOS, Gilberto. Vanguarda Pós-moderna.

o direito unicamente como um sistema de regras não se aplica ao direito econômico. Ele só realiza plenamente as suas potencialidades à medida que trabalha com as normas de prática econômica, que, por sua vez, somente podem ser compreendidas como prática social, pois aquela é parte deste todo. (...) não é a soma das vontades individuais que forma a vontade coletiva. São necessários instrumentos que resguardem e promovam uma atitude social. E o direito econômico deve, como norma social, que é a norma jurídica, garantir tais interesses. A natureza pública das suas normas e os poderes privados a que se dirigem formam os dois pólos do direito econômico.¹⁰

Vinícius Moreira de Lima adverte sobre o enaltecimento do tecnicismo do Direito em face do caráter político e teleológico das normas jurídicas, dominado pelo aspecto formal da razão instrumental. Segundo o autor, é questão ontológica do Direito Econômico superar as diferenças e orientar socialmente a coletividade.¹¹

Se os conflitos são a própria “matriz da história”, não estando ausentes da realidade, como sucede no campo econômico, o Direito se constitui como uma instância mediatizada de uma relação de forças, tal como demonstrado por Clèmerson Merlin Clève.¹² A dogmática jurídica não pode mais ser vista apenas como uma racionalidade instrumental, cabendo a ela indagar, criar e construir o Direito.

2 Constituição dirigente, ordem econômica e políticas públicas

No modelo liberal, atribuíam-se ao Direito a tarefa de fixar as estruturas da sociedade, conferindo às forças produtivas a previsibilidade e a racionalidade que a circulação econômica almejava. Embora a defesa das estruturas capitalistas continue sendo função essencial do Direito, as normas jurídicas vêm assumindo uma postura de ordenação das situações conjunturais e de implementação de políticas públicas.

Com o surgimento das Constituições dirigentes, as normas deixaram de ser essencialmente instrumentos de governo, passando também a determinar tarefas, estabelecer programas e definir fins, ao contrário das Constituições estatutárias, que se contentavam em definir o estatuto do

⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O Direito e os Direitos: Elementos para uma Crítica do Direito Contemporâneo*. Curitiba: Scientia et Labor, 1988. p. 110-111.

¹⁰ DERANI, op. cit., p. 64.

¹¹ LIMA, Vinícius Moreira de. O Alcance Social do Direito Econômico. CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional: Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 185-186.

¹² Para uma melhor compreensão da “luta pelo direito”, remete-se à leitura de: CLÈVE, op. cit., p. 122-127.

poder. Constituição dirigente é a Constituição que estabelece um plano para dirigir uma evolução política, caracterizada por conter normas programáticas.¹³ Normas programáticas são normas de organização, que dispõem sobre a estrutura e funcionamento de órgãos ou sobre a disciplina de processos técnicos de identificação e aplicação de normas.¹⁴

Na medida em que informam o regime político e que apontam os fins sociais para a aplicação da lei, evidencia-se a peculiaridade das normas programáticas, cuja eficácia interpretativa ultrapassa, nesse ponto, as outras do sistema constitucional.¹⁵ Segundo José Afonso da Silva, as normas programáticas importam a tentativa de instauração de um regime de democracia substancial, “ao determinarem a realização de fins sociais, através da atuação de programas de intervenção na ordem econômica, com vistas à realização da justiça social e do bem comum”.¹⁶

A tese de que tais normas encontram-se destituídas de juridicidade está sendo amplamente combatida. Regina Maria Macedo Nery Ferrari afirma que as normas programáticas possuem força normativa como qualquer outro dispositivo constitucional, estando aptas a criarem direitos subjetivos.¹⁷ Nessa mesma linha de raciocínio, mas tratando especificamente das normas de cunho social e econômico, Cristiane Derani defende a aplicabilidade direta destas normas constitucionais, independentemente de regulamentação por lei ordinária.¹⁸

José Afonso da Silva sistematiza os casos em que as normas programáticas possuem eficácia jurídica imediata, direta e vinculante: I) estabelecem um dever para o legislador ordinário; II) condicionam a legislação futura; III) informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica; IV) constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; V) condicionam a atividade da Administração e do Judiciário; VI) criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem.¹⁹

¹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 12.

¹⁴ DERANI, op. cit., p. 202.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 157.

¹⁶ *Ibid.*, p. 156.

¹⁷ São enfáticas as palavras da autora, que nesse ponto diz: “aceitar que todas as normas constitucionais ditas programáticas estão completamente destituídas de possibilidade de propiciar a figura do direito subjetivo, é imaginá-las recheadas de inoperância...”. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas Constitucionais Programáticas: Normatividade, Operatividade, e Efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 222-223.

¹⁸ DERANI, op. cit., p. 205.

Posicionamento diverso é defendido por Américo Luís Martins da Silva, para quem as normas constitucionais econômicas programáticas, apesar de serem úteis e relativamente eficazes, dependem de estruturas de sustentação, de circunstâncias políticas favoráveis e da existência de recursos governamentais e privados disponíveis para serem concretizadas, não conferindo direitos subjetivos.²⁰ A existência de recursos pode facilitar a realização de políticas públicas, mas como bem salientou Cristiane Derani, a realização das normas programáticas não condiciona necessariamente a realização dos fins da ordem econômica. Como a norma programática visa o funcionamento de uma atividade, sua utilidade pode ser reduzida se não for compreendida a sua juridicidade.²¹

Deve-se ter em mente que a escassez é inerente ao capitalismo, e sempre vai existir, ante a evidência de que as necessidades são ilimitadas. Como pondera Gustavo Amaral, "...há pretensões fundadas em direitos fundamentais cuja satisfação demanda a disponibilização de meios materiais, como esses meios são finitos, surge a questão da escassez. (...) Escassez, divisibilidade e homogeneidade dos meios materiais desafiam a visão igualitária de tratamento igual para todos".²²

Para fazer frente a essa constatação e não realizar políticas injustas, o Estado é dotado de instrumentos de incentivo, planejamento, de estruturação de serviços e de ação, os quais devem ser manejados em função de assegurar a todos existência digna. Essa finalidade evidencia o caráter instrumental do direito no sentido de "redistribuição de riscos e oportunidades na sociedade".²³ Desta forma, como destaca Marçal Justen Filho, a dignidade humana impõe tratamento eqüitativo de todos em sociedade, exigindo estruturas que assegurem e realizem essa igualdade, assim como a utilização racional de todos os recursos públicos.²⁴

Sendo uma norma-objetivo, na acepção de Eros Roberto Grau, a dignidade humana define uma obrigação de resultado, cabendo aos

¹⁹ SILVA, op. cit., p. 164.

²⁰ SILVA, Américo Luís Martins da. A Importância das Normas Constitucionais Econômicas Programáticas. *Revista da Procuradoria Geral do INSS*, Brasília, v. 7, n. 3, p. 19-45, out./dez. 2000. p.42.

²¹ DERANI, op. cit., p. 202-203. Uma norma pode ser concomitantemente norma-objetivo e norma programática, mas não se confundem necessariamente. Segundo Eros Roberto Grau a distinção entre ambas reside no critério adotado por cada norma, de conteúdo e de eficácia, respectivamente. Enquanto que as normas-objetivo vinculam-se a causas finais, as normas programáticas definem princípios e programas de conduta e de organização. GRAU, Eros Roberto. Norma-objetivo. FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva de Direito*, São Paulo, v. 54, p. 442-445. p. 444.

²² Cf. AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha: em Busca de Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas*. São Paulo: Renovar, 2001. p. 133-135.

²³ DERANI, op. cit., p. 204.

²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de Interesse Público e a "Personalização" do Direito Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26, p. 115-136. p. 130-131.

seus destinatários optarem pelos meios e formas de comportamento que pretendem dinamizar em busca daquela realização.²⁵

3 A heterogeneidade funcional dos princípios da ordem econômica e a dignidade humana

Ainda que o artigo inaugural da ordem econômica seja marcantemente principiológico, o exame deste dispositivo em sua totalidade denuncia a existência de normas que desempenham funções diversas no processo econômico. Ao proceder-se dessa forma, percebe-se que a dignidade humana, conforme os ditames da justiça social, por ser a finalidade da ordem econômica, possui um âmbito de atuação distinto dos demais preceitos contidos no artigo 170. Essa diferenciação funcional pode ser constatada em diversos autores, variando apenas o modo com que cada qual classifica sua análise.

Segundo Cristiane Derani, enquanto a dignidade humana indica uma causa final para a qual o processo econômico deva ser conduzido, os princípios da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre iniciativa e da livre concorrência são destinados a estruturar a organização da sociedade.²⁶ Por isso a autora chama a dignidade humana e os ditames da justiça social de “princípios-essência”²⁷ e os demais princípios enunciados anteriormente de “princípios-base”.

A coesão interna necessária para a compreensão de todo o ordenamento jurídico só se torna possível quando a interpretação esteja fundada nos princípios-essência, pilares na concretização das normas constitucionais. Os princípios-base, por sua vez, devem ser vistos na perspectiva da realização do princípio-essência da dignidade humana.²⁸

Na classificação de José Gomes Canotilho, a dignidade humana aparece como “princípio constitucional impositivo”,²⁹ os ditames da justiça social como “princípio político constitucionalmente conformador”,³⁰ e os princípios inscritos nos incisos do artigo 170 como “princípios constitucionais impositivos” e “princípios políticos constitucionalmente

²⁵ GRAU. *Norma...*, p. 442-445. p. 443.

²⁶ DERANI, op. cit., p. 248.

²⁷ “Princípios-essência são prescrições normativas constitucionais, destinadas a traduzir valores sobre os quais se formam a sociedade. Conferem um caráter determinado, uma feição, ao ordenamento jurídico. São preceitos que garantem coesão no processo de aplicação das normas jurídicas, pois traduzem uma ética social de atuação, informam o conteúdo da norma, texto normativo aplicado, por constituírem o núcleo orientador da interpretação. A sua modificação altera forçosamente o caráter essencial da sociedade”. Ibid., p. 246.

²⁸ Ibid., p. 246-248.

²⁹ Segundo o autor, princípios constitucionais impositivos são aqueles que se impõem sobre todos os órgãos estatais e sobre todos os demais princípios. O artigo 3º também é um princípio impositivo. CANOTILHO, op. cit., p. 1166-1167.

conformadores”.

Luís Roberto Barroso agrupa os princípios do artigo 170 em “princípios de funcionamento” (soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, e defesa do meio ambiente) e “princípios-fins” (existência digna para todos, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego, e expansão das empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país).³¹

Eros Roberto Grau diz que a dignidade humana é “norma-objetivo”, e que os demais princípios elencados nos incisos do artigo 170 consubstanciam, concomitantemente, instrumentos para a realização do fim de assegurar a todos existência digna e objetivo particular a ser alcançado. Neste segundo caso, assumem a feição de normas-objetivo.³² Segundo Eros Grau, as normas-objetivo enunciam resultados concretos que devem ser alcançados pelos seus destinatários, ao contrário das normas-regra, que enunciam regras de conduta, e surgem quando o Estado deixa de ser apenas produtor da ordem, da segurança e da paz, para atuar também como conformador da ordem social e da ordem econômica.³³

A introdução de normas-objetivo na Constituição tem a significativa importância de “transmutar” fins sociais e econômicos em fins jurídicos. Desta forma, a “postulação de norma-objetivo tem o mérito de introduzir no universo normativo a consideração dos fins perseguidos pelo sistema, permitindo desenvolva-se a análise jurídica conforme e segundo padrões teleológicos perfeitamente juridicizados”.³⁴

Embora as classificações sejam distintas, todas elas reconhecem a supremacia da dignidade humana frente aos demais princípios. Tal supremacia não quer indicar a existência de uma hierarquia dentro da Constituição, mas sim uma ascendência axiológica e funcional da dignidade humana sobre os demais princípios, mais ou menos ampla conforme a espécie de norma tratada. A identificação dos níveis de fundamentalidade jurídica torna-se possível quando se analisa o grau de importância ou de

³⁰ Os princípios políticos constitucionalmente conformadores “explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte”. Inclui-se nessa categoria de princípios o artigo 1º da Constituição Federal. *Ibid.*, p. 1166.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. A Ordem Econômica e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 226, p. 187-212, out./dez. 2001. p.193-196. “Em linhas gerais, os princípios de funcionamento estabelecem os parâmetros de convivência básicos que os agentes da ordem econômica deverão observar. Os princípios fins, por sua vez, descrevem realidades materiais que o constituinte deseja sejam alcançadas”. *Ibid.*, p. 193.

³² GRAU. *A Ordem...*, p. 173-224.

³³ GRAU. *Norma...*, p. 442.

³⁴ *Ibid.*, p. 445.

relevância que a norma possui para a sociedade.³⁵

Como um comando legal somente se torna legítimo quando e se possuir exata correspondência com os princípios, Salomão Viana afirma que a legitimidade das normas de conteúdo econômico “consiste na circunstância de se encontrar, num dado momento, numa norma que discipline situações jurídicas cujo conteúdo seja a produção, uma correspondência entre o comando nela consubstanciado e os princípios que, também naquele momento, regem a sociedade”.³⁶

Ao comentar sobre os princípios-base da ordem econômica, Cristiane Derani assevera que “o conteúdo do princípio da função social da propriedade e dos demais incisos do artigo 170 e a sua verificação na realidade revelam-se basilares para a consecução do valor máximo da ordem econômica: assegurar a todos existência digna — princípio-essência do Estado Brasileiro”.³⁷ Especificamente sobre o princípio da livre iniciativa, elencado pela Constituição Federal como um dos fundamentos da ordem econômica, pondera a autora:

a comunhão da finalidade da atividade econômica, precipuamente privada, com a finalidade perseguida pelo Estado poderia ser sucintamente desdobrada no ideal de melhoria do ser humano como indivíduo e como integrante de uma sociedade, garantindo-lhe meios para o desenvolvimento de suas capacidades. Isto levaria a conclusão de que *a produção privada de riqueza não pode estar no Estado brasileiro dissociada do proveito coletivo*.³⁸

Segundo Eros Roberto Grau, a dignidade da pessoa humana esculpida no *caput* do art. 170 tem por finalidade promover o programa da existência digna a todos, comprometendo por completo o exercício atividade econômica, inclusive da atividade econômica em sentido estrito.³⁹

³⁵ Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Renovar, 2002. p. 87.

³⁶ VIANA, Salomão. A Legitimidade das Normas de Conteúdo Econômico e a Função Jurisdicional. *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, Salvador, n. 7, p. 331-348, jan./dez. 1999. p. 344.

³⁷ DERANI, op. cit., p. 249.

³⁸ *Ibid.*, p. 252.

³⁹ GRAU. *A Ordem...*, p. 177.

⁴⁰ LIMA, op. cit., p. 186.

⁴¹ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências Reguladoras*. Barueri: Manole, 2003. p. 5-6. No trabalho de aplicação das normas da ordem econômica, Salomão Viana diz que cabe ao juiz, no momento de sentenciar, verificar a legitimidade das normas de conteúdo econômico, verificando se elas foram ou não produzidas com a finalidade de satisfazer necessidades humanas, com a conseqüente concretização do bem estar. VIANA, op. cit., p. 347.

⁴² REICH, Norbert. Intervenção do Estado na Economia (Reflexões sobre a pós-Modernidade na Teoria Jurídica). *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano 23, n. 94, p. 265-282, abr./jun. 1990. p. 280.

⁴³ COMPARATO, op. cit., p. 264-265.

⁴⁴ LIMA, op. cit., p. 186.

⁴⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *Crítica Jurídica: Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho*, Curitiba, n. 22, p. 17-29, jul./dez. 2003. p. 18.

⁴⁶ Id.

⁴⁷ Nesse sentido, Luís Roberto Barroso comenta que o princípio da dignidade da pessoa humana "não se presta à tutela de nenhuma dessas situações [fome, desemprego etc.]. Por ter significativo valor ético, mas não se prestar à apreensão jurídica, a dignidade da pessoa humana merece referência no preâmbulo, não no corpo da Constituição, onde desempenha papel decorativo, quando não mistificador". Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 296.

⁴⁸ BARCELLOS, op. cit., p. 148 et seq.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 166.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 248.

⁵¹ Ibid., p. 247-261. Quando a Constituição determina ser objetivo do Brasil a erradicação da pobreza, ela não diz quais são as condições que caracterizam aquela situação, nem diz quais são as medidas que devam ser adotadas para que os fins sejam alcançados. Assistencialismo, incentivos ao setor privados são exemplos de meios aptos para atingir aquele objetivo, pois dependem de opção política. Mas não se pode negar a existência de um “núcleo de condições materiais que compõe a noção de dignidade de maneira tão fundamental que sua existência impõe-se como uma regra, um comando biunívoco, e não como um princípio”. Ibid., p. 193-194.

⁵² COMPARATO, op. cit., p. 264.

⁵³ BARROSO. *A Ordem...*, p. 201.

⁵⁴ OLIVEIRA, Graziela de. *Dignidade e Direitos Humanos*. Curitiba: UFPR, 2003. p. 130.

⁵⁵ GRAU. *A Ordem...*, p. 63-64.

⁵⁶ BARROSO. *A Ordem...*, p. 197.

⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Empresa, Ordem Econômica e Constituição. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, p. 109-133, 1998. p. 122, 130-131.

⁵⁸ BARROSO. *A Ordem...*, p. 201.

⁵⁹ Trecho do voto prevalecente na Corte Constitucional, de lavra do Ministro Relator Moreira Alves. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Lei n. 8.039, de 30 de maio de 1990, que dispõe sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares e dá outras providências. Questão de Ordem em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 319 – DF. Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino, Congresso Nacional e Presidente da República. Relator: Ministro: Moreira Alves. *DJ* 30 abr. 1993. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 149, p. 666-692, set. 1994. p. 676.

⁶⁰ DERANI, op. cit., p. 49.

⁶¹ *Ibid.*, p. 253.

⁶² *Ibid.*, p. 31.

⁶³ Ibid., p. 93.

⁶⁴ GRAU. *A Ordem...*, p. 47-48.

⁶⁵ Cf. ANDERSON, Perry. Balanço do Neoliberalismo. SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Org.). *Pós-neoliberalismo: as Políticas Sociais e o Estado Democrático*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998. p. 15-23.

⁶⁶ Cf. CHOMSKY, Noam. *O Lucro ou as Pessoas: Neoliberalismo e Ordem Global*. Tradução de: Pedro Jorgensen Júnior. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. passim.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 36.

⁶⁸ Cf. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. *Interesse Público*, São Paulo, n. 4, p. 23-48, 1999. p. 39. De acordo com Eros Roberto Grau, os programas de governo devem ser compatíveis com o modelo econômico consagrado pela Constituição Federal, sob pena de serem inconstitucionais. O caráter conformador e impositivo dos artigos 1º, 3º e 170 impedem políticas neoliberais que afrontem o modelo de bem-estar. GRAU. *A Ordem...*, p. 36 et seq.

⁶⁹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 28.

⁷⁰ BARCELLOS, op. cit., p. 306.

⁷¹ Ibid., p. 307.

⁷² CHOMSKY, op. cit., p. 32-36. Após analisar diversos instrumentos normativos de países desenvolvidos, Eros Roberto GRAU conclui que "modernos parecem ser, portanto, a economia japonesa e os regimes de protecionismo econômico interno norte-americano e europeu, que não fazem nenhum exemplo de mercado livre". GRAU, Eros Roberto. O Estado do Pós-bem Estar e o Discurso Neoliberal: uma Alusão ao Caso do Brasil. *Alter Agora: Revista do Curso de Direito da UFSC, Florianópolis*, v. 1, n. 1, p. 9-13, maio 1994. p. 12.

⁷³ ROCHA, op. cit., p. 38.

⁷⁴ BERCOVICI, Gilberto. A Constituição e o Papel do Estado no Domínio Econômico. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 2, p. 117-130, 2002. p. 122. O debate sobre desenvolvimento e crescimento foi muito intenso nas décadas de 1970 e de 1980, resultando inclusive em uma Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, consagrada pela Resolução da ONU n. 41/128, de 04/12/1986. Crescimento é um surto, auferido através de um cálculo resultante da relação entre o PIB e a renda per capita em um dado período. Já o desenvolvimento implica crescimento econômico (mudança quantitativa) e melhoria das condições de bem-estar social (mudança qualitativa), pressupondo uma aproximação entre o econômico e o social, juntamente com o respeito e a promoção dos direitos humanos (a dignidade humana é núcleo dos direitos humanos) e do meio ambiente, sendo por isso caracterizado como um processo, desencadeado pela alta taxa de poupança e pela conseqüente capacidade de investimento dos seus agentes econômicos.

⁷⁵ JUSTEN FILHO. *Conceito...*, p. 136.

⁷⁶ GABARDO, Emerson. *Eficiência e Legitimidade do Estado*. São Paulo: Manole, 2003. p. 20.

⁷⁷ COMPARATO, op. cit., p. 264-265.

⁷⁸ SILVA, José Afonso da. Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica. In: _____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 761-787. p. 764-765.

⁷⁹ BARROSO. *A Ordem...*, p. 198- 201.

⁸⁰ GRAU. *O Estado...*, p. 9-10.

⁸¹ *Ibid.*, p. 11.

⁸² GRAU. *A Ordem...*, p. 189.

⁸³ REICH, op. cit., p. 278-280.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 277.

⁸⁵ A título de exemplificação, cita-se a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

⁸⁶ Cf. STRECK, Lenio Luiz. A Modernidade Tardia no Brasil: o Papel do Direito e as Promessas da Modernidade – da Necessidade de uma Crítica da Razão Cínica no Brasil. In: _____. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1999. p. 19-30. *passim*.

⁸⁷ OLIVEIRA, *op. cit.*, 127.

⁸⁸ DERANI, *op. cit.*, p. 44.

⁸⁹ GRAU. *A Ordem...*, p. 268.

⁹⁰ GRAU. *O Estado...*, p. 11-12.

⁹¹ Refere-se às novas conotações que o processo regulatório vem assumindo no Brasil e no mundo, sobretudo em função da difusão do modelo estadunidense de regulação. Como bem demonstrado por Paulo Roberto Ferreira Motta, a regulação não é um fenômeno recente, remontando à época da Inglaterra medieval. Cf. MOTTA, op. cit., p. 47-90.

⁹² GRAU. *O Estado...*, p. 12.

⁹³ REICH, op. cit., p. 265.

⁹⁴ CLÈVE. *A Eficácia...*, p. 18.

⁹⁵ GABARDO, op. cit., p. 75.

|