

Ordem Econômica

Considerando-se que “a relação entre economia e direito não se reduz a causalidade simples, mecânica”, manifestando-se, antes disso, de maneira “dialética”²¹, tem por finalidade esta primeira parte do trabalho identificar os pontos de interseção entre Ordem Econômica e Direito Penal. Esta sobreposição de entidades conceituais²² visa chegar à possível definição de uma novel categoria que a doutrina passou a denominar de Direito Penal *Econômico*, que em muitos aspectos, notadamente aqueles de ordem dogmática, se posiciona em verdadeiro antagonismo ao chamado Direito Penal *convencional*.

Malgrado alguns autores não se sintam à vontade para defender a tese de que o Direito Penal Econômico se constitui num ramo do direito *substancialmente* diferente, tampouco deixam de levar em conta que se trata de uma especialidade genuína, dotada de sistemática própria, formada por “uma família delitiva que oferece determinadas peculiaridades ou características que permitem individualizá-la e que servem para diferenciá-la daqueles agrupamentos delitivos que tradicionalmente vêm sendo admitidos no denominado Direito Penal

²¹ LIMA, Hermes. *Introdução à Ciência do Direito*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S. A., 1976, p. 240.

²² Para Hegel o conceito é o coroamento do trabalho do espírito. Como instrumento privilegiado, o conceito permite à razão alcançar sua maturidade, assumir seus limites e superar a si mesma. Em sentido semelhante, Maritain defende que conceito (ou ideia) “é o que o espírito produz ou exprime em si mesmo, e em que ele atinge ou aprende uma coisa”. Walter Benjamin entende que o conceito é apenas o mediador entre o fenômeno singular e a ideia universal. O conceito representa a ideia, tornando-a viva, e ao mesmo tempo redime os fenômenos, salvando-os da dispersão, evitando que eles se percam do mundo empírico. Só as ideias são efetivamente universais. Os fenômenos precisam das ideias para não se dissolverem sem deixar traço; porém, eles não têm, nem pode ter, acesso direto à universalidade: dependem do trabalho dos conceitos para chegarem lá. As ideias, por sua vez, necessitam da vitalidade que os fenômenos singulares lhes trazem. *Elas parecem escuras, até que os fenômenos as reconheçam e circundem*. Para Benjamin, o conceito não pode ser tão universal como supunha Hegel, porque ele precisa permanecer ligado à singularidade dos fenômenos, à realidade empírica. A universalidade das ideias depende da autonomia delas em relação aos fenômenos. Para serem plenamente universais, para serem ‘essenciais’, as ideias precisam valer por si mesmas, precisam ser completamente independentes, precisam ser independentes até mesmo umas das outras (Veja-se : HEGEL, Georg W. F. *Filosofia do direito*, in MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes filósofos do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 302; MARITAIN, Jaques. *A ordem dos Conceitos - Lógica Menor – Elementos de Filosofia*. 7ª ed. Trad. I. Neves. Rio de Janeiro: Agir, 1972, p. 41; e KONDER, Leandro. *Walter Benjamin – o marxismo da melancolia*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1989, p. 29-30).

clássico ou nuclear”²³.

Importante que se faça esta advertência prévia, uma vez que o liame político-criminal que legitimaria o Direito Penal a emprestar sua força coativa à proteção da Ordem Econômica seria a premente necessidade estatal de enfrentamento de novas manifestações delinquentiais praticadas por determinados tipos de autor, portadores de determinadas características que lhe são próprias e peculiares, bem identificada por Sutherland, ainda nos anos 1940, como categoria criminológica singular (a criminalidade do *colarinho branco*)²⁴.

Estas novas criminalizações se consolidaram com o advento da sociedade pós-industrial, cujo desenvolvimento conduziu ao que Ulrich Beck denominou de “sociedade de risco”²⁵, por ser intrinsecamente produtora de situações de perigo para número indeterminado de pessoas e capaz de vulnerar bens juridicamente relevantes revestidos de caráter difuso e supra individual. Assim, o Direito Penal *Econômico* passa a ser estudado como direito penal de *risco* ou de *perigo*²⁶, enquanto o Direito Penal *Convencional* vai se alargando paulatinamente em todos os sentidos, sobretudo em severidade e duração das penas, e segue atuando cada vez mais intensamente como forma de controle social dos estamentos sociais que não se inseriram no mercado formal de trabalho.

Pode-se então falar não apenas e não mais de uma sociedade que se caracteriza pelos riscos difusos e supra-individuais decorrentes do desenvolvimento em si do capitalismo midiático-financeiro-industrial, mas de uma sociedade que, para além de criminalizar os maiores produtores desses riscos

²³ MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos. *Derecho Penal Economico – parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 20).

²⁴ SUTHERLAND, Edwin. H. O autor é citado por inúmeros estudiosos do Direito Penal, da Criminologia e das Ciências Sociais como um todo. Suas principais obras as seguintes: *White-Collar Criminality*. American Social Review, V, fev. 1940 e *White Collar Crime. Crime?.* WOLFANG, M. E., SAVITZ, L., JOHNSON, N., *The Sociology of Crime and Delinquency*. New York, 1962. Diz-se que sua contribuição para a criminologia é semelhante a causada por Lombroso, em 1876, com seu *L’Uomo Delinquente*.

²⁵ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo – hacia una nueva modernidad*. Trad. J. Navarro, D. Jiménez e M. R. Borrás. Barcelona: Paidós, 2006.

²⁶ A expressão intitula abrangente trabalho de SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo*. São Paulo. RT: 2006. Ainda sobre o ponto, veja-se BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato e o Princípio da Precaução na Sociedade de Risco*. São Paulo: RT, 2007.

com um direito penal diferenciado (de *dupla velocidade* ou de *intervenção*²⁷), necessita controlar os que não se inseriram produtivamente em atividades de risco potencial, ou seja, dos que são eles próprios (seus corpos) o risco direto e iminente, na medida em que se organizam para estabelecer estratégias de sobrevivência que lhes permite reconhecimento social.

Como forma de bem sistematizar o estudo, proceder-se-á inicialmente à conceituação de “ordem econômica” e ao exame dos princípios em que se assenta para, depois, amalgamar tais conceitos com os princípios do Direito Penal. Tudo com o objetivo de verificar se tal convivência – entre o Direito Penal e a Ordem Econômica – implica na flexibilização de garantias individuais e se essa virtual *dessubstancialização* de garantias é efetivamente necessária à proteção de bens jurídico-penais, já que é esta a missão precípua do Direito Penal.

1.1

conceituação aproximada de ordem econômica

Nesse primeiro tópico será desenvolvida a conceituação de *Ordem Econômica* e comentados cada um dos princípios em que se assenta. Ainda visando melhor sistematização, será utilizado como referencial o artigo 170 da Constituição Federal, ao qual serão feitos, a modo de glosa, em cada um dos seus incisos e parágrafos, comentários considerados pertinentes para futura contraposição com preceitos de Direito Penal.

Ordem econômica, segundo clássica conceituação de Weber, é a “distribuição do efetivo poder de disposição sobre bens e serviços econômicos, que resulta ‘consensualmente’ do modo de equilíbrio de interesses e da maneira como ambos, de acordo com o sentido visado, são de fato empregados, em virtude

²⁷ Trata-se de teses defendidas por SILVA SANCHES e HASSEMER, respectivamente (entre outros). Para estes autores o Direito Penal da atualidade deveria ceder em garantias e em ‘rigor’ dogmático quando se tratasse de ilícitos sancionáveis com penas pecuniárias ou privativas de direitos, tais como aqueles relacionados com consumo de drogas, econômicos, ecológicos; em contrapartida renunciar-se-ia à imposição de penas privativas de liberdade, aplicando-se medidas de cunho administrativo-sancionador. Este tema será aprofundado adiante, podendo-se conferir, contudo, em: SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. *A expansão do Direito Penal – aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. 2ª ed. espanhola por L. O. O. Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 136 e seguintes; HASSEMER, Wilfried. *Direito Penal Libertário*. Trad. R. Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 189 e seguintes.

daquele poder de disposição efetivo baseado no consenso”²⁸. Confrontando “ordem econômica” com “ordem jurídica” (sistema de normas sem contradição lógica interna), teríamos, ainda de acordo com esse autor, que esta última se encontraria no “plano de vigência pretendida” enquanto a primeira no dos “acontecimentos reais”²⁹.

No entanto, à expressão “ordem econômica” são conferidas conotações distintas, que lhe emprestam conceitos igualmente diferentes. Os três mais úteis conceitos de “ordem econômica”, são os seguintes: a) “o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta, referindo-se a uma relação entre fenômenos econômicos e materiais e que exprime a realidade de uma inerente articulação do econômico como fato; b) 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; c) por fim, “‘ordem econômica’ significa ‘ordem jurídica’ da economia”³⁰.

Assim, há uma “ordem econômica” que pertence ao mundo do ser e outra ao do dever ser, se constituindo, neste sentido, como um “conjunto de princípios jurídicos de conformação do processo econômico, desde uma visão macro jurídica, conformação que se opera mediante o condicionamento da atividade econômica a determinados fins políticos do Estado, os quais podem ser identificados como os regimes jurídicos da propriedade e do contrato”³¹⁻³².

O regime (ou sistema) econômico de um país “se compõe de duas características: um mecanismo de alocação de recursos e um modo de propriedade sobre os recursos”³³. Estando este regime, de alguma forma, contemplado em sua Constituição e sendo esta, basicamente, o estatuto do *poder*, a carta estrutural de

²⁸ WEBER, Max. *Economia e Sociedade – fundamentos da sociologia compreensiva* (trad. Regis e Karem Barbosa). 4ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009 (reimpressão), v. I, p. 209.

²⁹ WEBER. Ob. e p. cit.

³⁰ GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 66.

³¹ GRAU, Eros. *Op. cit.* p. 70. Aqui o autor cita VITAL BRASIL (*A ordem jurídica do capitalismo*. Centelha, Coimbra, 1973, p. 67-71)

³² Sobre *Teoria dos Contratos* veja-se obra homônima de NEGREIROS, Tereza. *Teoria dos Contratos – novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

³³ HALL, Robert & LIEBERMAN. *Macroeconomia – princípios e aplicações*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2003, p. 45.

um Estado, “quando incorpora normas econômicas acaba por servir de fundamento ou parâmetro de análise para as atuações econômicas do Estado, para as intervenções públicas na economia, e para as relações privadas em geral”³⁴.

Sem querer ingressar nos intrincados meandros do direito comparado³⁵, mas apenas para fazer ilustração a título exemplificativo, veja-se o que respectivamente estabelecem, no que diz respeito à “ordem econômica”, a Constituição da República de Cuba e a Constituição da República Italiana.

Enquanto a primeira estabelece em seu artigo 14 o “regime socialista de economia baseado na propriedade socialista de todo o povo sobre os meios de produção e na supressão da exploração do homem pelo homem”, conferindo-se ao Estado, na forma do seu artigo 16, o poder de organizar, dirigir e controlar “a atividade econômica nacional de acordo com o Plano Único de Desenvolvimento Econômico-Social, em cuja elaboração e execução participam ativa e conscientemente os trabalhadores de todos os ramos da economia e das demais esferas da vida social”³⁶; a segunda, em seu artigo 41, estatui que “a iniciativa privada é livre e não pode desenvolver-se em contraste com a utilidade social ou de modo a causar dano à segurança, à liberdade, à dignidade humana. A lei determina os programas e os controles cabíveis para que a atividade econômica pública e privada possa ser endereçada e coordenada aos fins sociais”³⁷.

Como se vê, a Constituição da República de Cuba organiza sua ordem econômica em obediência ao *modo de produção socialista*³⁸, com um Estado

³⁴ TAVARES, André Ramos *et alli* (DIMOULIS, Dimitri – org.). *Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva/Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais, 2007, p. 250.

³⁵ Lembra PIÑA ROCHEFORT, que “fazer *direito comparado* é uma tarefa titânica, pois assim como fácil resulta a comparação isolada de instituições, inútil resulta comparar dois sistemas deste modo”. Ademais, lembra o autor, as consequências de se carrear “comparações descontextualizadas” de um sistema para outro podem ser extremamente perniciosas (PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *La estructura de la teoría del delito en le ámbito jurídico del ‘Common Law’*. Granada: Editorial Colmares, 2002, p. 5 – tradução livre). Sobre o tema, veja-se ainda: LYRA TAVARES, Ana Lúcia. Recepções de Direito na Constituição de 1988: um balanço provisório. In: *A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel (coordenadores). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 35 e seguintes.

³⁶ CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DE CUBA. La Habana: Editora Política, 1982 (tradução livre).

³⁷ COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA ITALIANA. Torino: UTET Libreria, 2008 (tradução livre).

³⁸ A expressão *modo de produção* é usada algumas vezes na obra de Marx, por um lado, para definir o processo econômico e, basicamente, as relações entre os homens na produção e na apropriação do excedente (veja-se o prefácio da *Contribuição à crítica da economia política*, de

intervencionista que atua sobre a ordem econômica de acordo com este programa, enquanto a italiana, em essência, segue os princípios do *liberalismo econômico*³⁹, com um Estado que se abstém de intervir “nas forças naturais do mercado”, só o fazendo para corrigir possíveis distorções.

Esta observação leva à conclusão de que, em se tratando da ordem econômica, “o âmbito de liberdade de conformação política e legislativa aparece restringido diretamente pela Constituição”. Mais do que isso, a política econômica e social a ser concretizada pelo legislador deve “assumir-se *política de concretização dos princípios constitucionais* e não uma política totalmente livre, a coberto de uma hipotética ‘neutralidade econômica’ da Constituição ou de um pretenso mandato democrático da maioria parlamentar”. A este “conjunto de disposições constitucionais – regras e princípios – que dizem respeito à conformação da ordem fundamental da economia”, Canotilho denomina de *Constituição Econômica*⁴⁰.

1.1.2

princípios em que se assenta a atividade econômica

Nossa Constituição, que adota uma Ordem Econômica identificada com os princípios do liberalismo econômico, trata da “ordem econômica e financeira” no seu Título VII, em cujo Capítulo I vêm relacionados os “Princípios Gerais da Atividade Econômica”. Além de dedicar um título especialmente a esta

1859). Em outros momentos, porém, a expressão parece ter um significado muito mais restrito, como no capítulo sobre *A maquinaria e a indústria moderna* do primeiro livro de *O Capital*, onde aspectos da mecanização em esferas específicas da indústria, como a introdução da prensa hidráulica, do tear a vapor e da máquina de cardar, são mencionados como ‘transformações do modo de produção’ em sua respectiva esfera (in: BOTTOMORE, Tom. *Dicionário do Pensamento Marxista*. Trad. W. Dutra. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 268).

³⁹ Entende-se por *Liberalismo Econômico* a doutrina que serviu de substrato ideológico às revoluções anti-absolutistas que ocorreram na Europa (Inglaterra e França, basicamente) ao longo dos séculos XVII e XVIII, e à luta pela independência dos Estados Unidos. Correspondendo aos anseios de poder pela burguesia, que consolidava sua força econômica ante uma aristocracia em decadência, amparada no absolutismo monárquico, o liberalismo defendia: 1) a mais ampla liberdade individual; 2) a democracia representativa com separação entre os três poderes (executivo, legislativo e judiciário); 3) o direito inalienável à propriedade; 4) a livre iniciativa e a concorrência como princípios básicos capazes de harmonizar os interesses individuais e gerar o progresso social. (...). O liberalismo econômico atual mantém-se mais no plano da retórica, pois, na prática, há muito dirigismo econômico na sociedade capitalista moderna (in: SANDRONI, Paulo. *Dicionário de Economia do Século XXI*. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2005, p. 486)

⁴⁰ CANITLHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 345-346.

matéria, que está disciplinada no artigo 170 (e seguintes), a Constituição, em dispositivos esparsos, reitera vários daqueles princípios⁴¹, alçando alguns deles à qualidade de “Princípios Fundamentais” (Título I) e outros à de “normas pétreas”, eis que elencados no corpo da Carta entre os “Direitos e Garantias Fundamentais” (Título II), os quais não podem ser abolidos nem mesmo por meio da aprovação pelo Congresso Nacional de uma Emenda Constitucional⁴².

Diga-se de antemão que o legislador se equivoca ao relacionar nesta norma “oito regras ou condições com a denominação de princípios”⁴³. É preciso fazer aqui a necessária distinção. *Princípios*, na dicção Alexy, “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização* (o conceito de mandamento é aqui utilizado em um sentido amplo, que inclui também permissões e proibições), que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes”⁴⁴. Já as *regras*, ainda nas palavras desse autor, são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas: “se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa e não uma distinção de grau. Toda norma é

⁴¹ Em conformidade com SLAIB FILHO, “tais dispositivos encontram-se dispersos no texto da Constituição de 05 de outubro, como se vê, por exemplo, no art. 1º, inciso V, ao se referir, como fundamento do Estado Democrático de Direito, aos *valores sociais do trabalho e da livre iniciativa*; no artigo 3º, inciso III, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, está o de *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*; no art. 4º, parágrafo único, há a determinação de que se busque a integração, inclusive econômica, com nossos irmãos latino-americanos; no art. 5º, *caput*, assegura-se a proteção à propriedade, o que é repetido no inciso XXII – *é garantido o direito de propriedade* – enquanto o inciso XXIII determina que a *propriedade atenderá a sua função social*; (...) etc.” (SLAIB FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988 – aspectos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 382).

⁴² Veja-se CF, artigo 60, § 4º, IV.

⁴³ CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, v. VIII, p. 3.955.

⁴⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio A. da Silva (da 5ª ed. alemã). São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91.

ou uma regra ou um princípio”⁴⁵.

Menciona a Constituição que a Ordem Econômica será fundada na valorização do *trabalho humano* e na *livre iniciativa*, e terá por fim assegurar a todos *existência digna*, conforme os ditames da *justiça social*. Vale situar doutrinariamente, ainda que forma sucinta, cada um desses enunciados.

Sobre *trabalho humano*, importante destacar a conceituação que lhe confere Marx, vinculando-o ao valor da mercadoria: “A riqueza das sociedades onde rege a produção capitalista configura-se em ‘imensa acumulação de mercadorias’, e a mercadoria, isoladamente considerada, é a forma elementar dessa riqueza. (...). O valor da mercadoria, porém, representa *trabalho humano* simplesmente, dispêndio de trabalho humano em geral (...dispêndio humano de cérebro, músculos, nervos, mãos etc...). Todo trabalho é, de um lado, dispêndio de força humana, no sentido fisiológico, e, nessa qualidade de trabalho igual ou abstrato, cria o valor das mercadorias. Todo o trabalho, por outro lado, é dispêndio de força humana de trabalho, sob forma especial, para um determinado fim, e, nessa qualidade de trabalho útil e concreto, produz valores de uso”⁴⁶.

Cristalizado na máxima de Adam Smith (*laissez-faire, laissez-passar; le monde va lui même*), o princípio do liberalismo econômico defende a total liberdade do indivíduo para escolher e orientar sua ação econômica, independentemente da ação de grupos sociais ou do Estado. A liberdade para as iniciativas econômicas, nesse sentido, implica a total garantia da propriedade privada, o direito do empresário investir seu capital no ramo que considerar mais favorável e fabricar e distribuir os bens produzidos em sua empresa da forma que achar mais conveniente à realização dos lucros. Os limites da livre-iniciativa, de acordo com a economia clássica, estariam determinados no próprio sistema de concorrência entre empresários particulares, cabendo ao Estado apenas garantir a manutenção dos mecanismos naturais da economia de mercado. Nas condições atuais do desenvolvimento capitalista, a necessidade de defender o sistema dos efeitos das crises cíclicas levou o Estado a impor limites à livre-iniciativa, seja atuando diretamente no processo produtivo, seja agindo como elemento orientador

⁴⁵ ALEXY, R. *Idem, ibidem*.

⁴⁶ MARX, Karl. *O Capital (crítica da economia política)*. livro 1, vol. 1. Trad. R. Sant’Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980, p. 51-54.

de investimentos e controlador de desajustes sociais⁴⁷.

O Estado deve proporcionar condições ideais para uma *existência digna*. Estamos aqui no terreno do chamado “mínimo existencial”, que pressupõe, nas palavras de Lobo Torres, “um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos (= imunidade) e que ainda exige prestações estatais positivas”. O mínimo existencial não tem dignidade constitucional, prevendo o artigo 1º da Lei Federal 8.742, de 07 de dezembro de 1993 os mínimos sociais. (...). O mínimo existencial é direito de dupla face: a) aparece como direito subjetivo e também como norma objetiva; b) compreende os direitos fundamentais originários (direitos de liberdade) e os direitos fundamentais sociais, todos em sua expressão essencial, mínima irreduzível.

Segundo a doutrina e a jurisprudência alemãs, ‘a sociedade deve fixar a razoabilidade da pretensão’ ao mínimo existencial, devendo verificar-se ‘a importância das diversas pretensões da comunidade, para incluí-las no Orçamento, resguardando o equilíbrio financeiro geral’. Trata-se da “reserva do possível”, que não é um princípio jurídico, nem um limite dos limites, mas um conceito heurístico aplicável aos direitos sociais, que na Alemanha não se consideram fundamentais⁴⁸. Deveras, o Tribunal Constitucional Alemão, por decisão paradigmática tomada em 18/07/1972 (BVerfGE, 33, 303 – *numerus clausus*)⁴⁹, adotou o entendimento de que

“(...) os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a *reserva do possível*, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha pelo legislador em sua própria responsabilidade. Ele deve atender, na administração do seu orçamento, também a outros interesses da coletividade, considerando (...) as exigências de harmonização econômica geral. (...). Fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade.

⁴⁷ SANDRONI. *Op. cit.* p. 492.

⁴⁸ LOBO TORRES, Ricardo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.105.

⁴⁹ SHWABE, Jürgen (coletânea original); MARTINS, Leonardo (organização e introdução). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Trad. B. Hennig, L. Martins, M. B. Carvalho, T. M. Castro e V. G. Ferreira. Montevidéu: Fundação Konrad Adenauer, s/d, p. 656 e seguintes.

Por fim, para Cretella Jr., a expressão *justiça social* “é equívoca, suscetível, pois, de vários significados, tendo sido divulgada pela Igreja Católica e empregada correntemente, hoje, na linguagem das ciências sociais, políticas e no campo do Direito”. Trata-se, conforme o autor “da modalidade de justiça denominada distributiva, como se vê pelo emprego que dela fez o Papa Leão XIII, em fins do século passado: entre os graves e numerosos deveres dos governos que querem prover como convém ao bem público, o que domina todos os outros consiste em cuidar igualmente de todas as classes de cidadãos, observando rigorosamente as leis da justiça distributiva, como é chamada”⁵⁰.

Por outro lado, há nítida tensão entre estes enunciados, especialmente no que tange à livre iniciativa, que prega, como dito, “a liberdade do indivíduo para orientar e escolher sua ação econômica” e a *justiça social*, que supõe distribuição à sociedade como um todo aquilo que determinado indivíduo teria obtido para si com seu próprio esforço. Criou-se, assim, no inciso IV do artigo 1º da Carta o ambíguo fundamento de *valor social da livre iniciativa*, como se fosse possível, através de um sistema normativo, assegurar tanto os benefícios de um Estado Liberal como os do Estado Social.

1.1.2.1

soberania nacional

A primeira das regras ou condições a que se refere a Constituição é a da *soberania nacional*. O conceito de *soberania* está intimamente ligado ao de poder político, na medida em que “indica o poder de mando de última instância numa sociedade política”⁵¹. Invocando Bodin (*Les six livres de la Republique*, 1576), para quem soberania é “a potência absoluta e perpétua de uma República”, Simone Goyard-Fabre acrescenta que “o que caracteriza no Estado a soberania não é sua capacidade de legislar para situações cotidianas da vida pública, mas

⁵⁰ CRETELLA JÚNIOR., José. *Op. cit.* p. 3.995.

⁵¹ MATEUCCI, Nicola; BOBBIO, Norberto e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 12ª ed. Brasília: Editoria Universidade de Brasília, S. Paulo: Imprensa Oficial do Estado. 2002, p.

também sua competência de se exercer fora da normalidade”⁵².

Nessa linha, será soberano, agora no dizer de Carl Schmitt, aquele que dispuser de poder jurídico-político para “decidir sobre o estado de exceção”⁵³, ou seja, o soberano pode valer-se de seu poder para colocar-se fora do ordenamento jurídico, mas permanecendo, paradoxal e concomitantemente, dentro dele. Para Schmitt, legítima o estado de exceção virtual ameaça à unidade política do Estado, justificando-se, deste modo, o ilimitado poder soberano para decidir sobre a suspensão da validade do direito, exatamente para que se atinja a sua essência.

Aqui, no *topos* constitucional onde se elencam os princípios em que se assenta a Ordem Econômica do País, quis o constituinte identificar a *soberania nacional* como sinônimo de independência política, notadamente para demonstrar que, no campo das relações internacionais, o país “não está submetido a outro” (Cretella Jr.)⁵⁴. O conceito de *soberania internacional*, nas palavras de Canotilho, “significa a igualdade soberana dos Estados que não reconhecem qualquer poder superior acima deles (*superiorem non recongnoscem*)”⁵⁵.

Lembra Cretella Jr., porém, “que não há relação direta entre *soberania* que, aliás, é sempre *nacional*, e a Ordem Econômica”. Anota este autor que antigas colônias portuguesas, entre as quais Angola e Moçambique, “apresentavam Ordem Econômica estável e, no entanto, não eram Estados soberanos. Agora, são detentores de *soberania*, e nem por isso apresentam Ordem Econômica equilibrada”⁵⁶.

1.1.2.2

propriedade privada

Outro princípio sobre o qual deve se assentar a ordem econômica é o de *propriedade privada*, que mereceu do constituinte especial atenção, posto que

⁵² GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. Trad. I. Patternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999 (2ª tiragem – 2002), p. 131-136.

⁵³ SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Trad. E. Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006

⁵⁴ CRETELLA JR. *Comentários...* 1993, v. I, p. 137.

⁵⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Cit.*, p. 90. O autor acrescenta que muitos internacionalistas afastam o termo *soberania internacional*, “preferindo o conceito de *independência*”, lembrando, outrossim, que esta será sempre *relativa*, na medida em que existirá “sempre o *alter ego* soberano de outro Estado”.

⁵⁶ CRETELLA JR. *Idem, ibidem*.

figura em diversos dispositivos⁵⁷.

Inspirado na máxima romana que definia o *dominium* como o *ius utenti, furendi e abutendi re sua, quantenus iuris ratio patitur* (*) e na célebre e pleonástica definição de propriedade do Código de Napoleão, que a definia como o “direito de gozar e de dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que dela não se faça uso proibido pelas leis e regulamentos”, estabelece o artigo 1.228 do Código Civil brasileiro, que o “proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa”, acrescentando seu § 1º que este direito “deve ser exercido em consonância com suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

Para os civilistas, são “sérias as controvérsias acerca do fundamento jurídico da propriedade”, sendo objeto de críticas todas as várias teorias formuladas a respeito. A primeira destas teorias, a da *ocupação*, tem por fundamento a conversão em propriedade “daquilo que não passa de simples objeto da natureza em valor econômico e cultural, enriquecendo desse modo o patrimônio da nação”; segundo a teoria da *lei*, “a propriedade é instituição de direito civil: ela existe porque a lei a criou”; a teoria da *especificação*, também chamada teoria do *trabalho*, se baseia na circunstância de que “não é a simples apropriação da coisa ou do objeto da natureza que os submete ao domínio do homem, mas sua transformação por meio da forma dada à matéria bruta pelo trabalho humano”; há ainda a teoria da *natureza humana*, cuja concepção é a de que “a propriedade é inerente à própria natureza humana” e, por isso, “representa condição de existência e de liberdade de todo o homem”⁵⁸.

⁵⁷ Veja-se artigo 5º, *caput*, incisos, XXII, XXIII, XXIV, XXV, XXVI, XXIX, art. 153, VI, 155, I, e § 1º, 158, II e III, 170, II e III, 176, 182, § 2º, 182, § 4º, II, 185, I e II e parágrafo único, 186, 190, 191, 222 e artigo 68 do Ato das Disposições Transitórias.

(*) *Direito de usar, gozar, e abusar da coisa própria, até onde a razão do direito o permitir* (cf. NEVES, Roberto de Souza. *Dicionário de Expressões Latinas Usuais*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996).

⁵⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – direito das coisas*. Vol. 3, 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 82 e seguintes. Muito interessante a descrição evolutiva da propriedade elaborada por Caio Mario da Silva Pereira: “A princípio foi o fato, que nasceu com a espontaneidade de todas as manifestações fáticas. Mais tarde foi a norma que o disciplinou, afeiçoando-a às exigências sociais e à harmonia da coexistência. Nasceu da necessidade de dominação. Objetos de uso e armas. Animais de presa e de tração. Terra e bens de vida. Gerou

Todas estas teorias sofrem objeção, seja porque a teoria da *ocupação* “apenas afirma um fato”; ou porque sendo a propriedade criada por *lei*, pode “o legislador que a criou ser levado a suprimi-la”; no que tange à *teoria do trabalho* diz-se que “é falsa, porque o trabalho deve ter por recompensa o salário e não a própria coisa por ele produzida”⁵⁹; e, por fim, quanto à teoria da *natureza humana*, as críticas se voltam à afirmativa de que a propriedade privada teria sido concedida “ao homem pela natureza, ou seja, pelo próprio Criador, para que possa prover às suas necessidades e às de sua família”⁶⁰, o que soa demasiado metafísico. No entanto, na posição em que está inserida na Constituição a expressão *propriedade privada* se refere ao regime econômico da *propriedade privada dos meios de produção*, que se constitui numa das características definidoras do capitalismo⁶¹.

Com a consideração de que o regime da propriedade privada dos meios de produção é um dos princípios reitores da Ordem Econômica, fica clara a opção do constituinte no sentido de que certas pessoas – e não o Estado – terão o direito de “determinar como matérias-primas, ferramentas, maquinaria e prédios

ambições e conflitos. Inspirou a disciplina. Suscitou a regra jurídica. Tem sido comunitária, familiar, individual, mística, política, aristocrática, democrática, estatal, coletiva”. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. IV. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p.64.

⁵⁹ Aqui segue severa crítica de MARX a esta concepção: “(...) a essência subjetiva da *propriedade privada*, a propriedade privada como atividade para si própria, como sujeito, como pessoa, é o trabalho. É claro, portanto, que só a economia política, que reconhecia o *trabalho* como seu princípio (*Adam Smith*) e já não julgava a propriedade privada como simples *condição* externa ao homem, se pode considerar ao mesmo tempo como um produto da energia real e do movimento da propriedade privada, como um produto *indústria* moderna e uma força que acelerou e intensificou o dinamismo e o desenvolvimento da *indústria*, até fazer deste um poder da *consciência*. Deste modo, do ponto de vista da economia política esclarecida que descobriu a essência *subjetiva* da riqueza – no interior da propriedade privada – os partidários do sistema monetário e do sistema mercantilista, que consideram a propriedade privada como um ser puramente objetivo para o homem, são *subservientes* e *católicos*. (...). Toda riqueza se tornou *riqueza industrial*, a *riqueza do trabalho* e da *indústria* é o trabalho realizado, assim como o *sistema industrial* é a essência realizada da *indústria* (seja, do trabalho) e o *capital industrial* é a forma objetiva realizada da propriedade privada. Só neste estágio é que a propriedade privada pode consolidar seu domínio sobre o homem e torna-se, na forma mais geral, o poder histórico-mundial”. MARX, Karl. *Manuscritos Econômico-Filosóficos – terceiro manuscrito (propriedade privada e trabalho)*. Trad. A. Martins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006, p. 131-134.

⁶⁰ MONTEIRO. *Idem. Ibidem*.

⁶¹ A estas características se juntam “a produção de mercadorias, orientada para o mercado; um grande segmento da população que não pode existir sem que venda sua força de trabalho no mercado; e comportamento individualista, aquisitivo, maximador, da maioria dos indivíduos dentro do sistema econômico”. In: HUNT, E. K. *História do Pensamento Econômico: uma perspectiva crítica*. Tradução da 2ª ed. por J. R. B. AZEVEDO, e M. J. C. MONTEIRO. 7ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 3.

destinados à produção podem ser usados”⁶², excluindo-se os demais das decisões acerca dos critérios da utilização destes meios de produção de riquezas.

É de se notar, porém, que no capitalismo contemporâneo não há mais que se falar em conexão direta entre a propriedade da empresa e o seu controle administrativo. Em virtude de ser a administração de uma grande empresa tarefa multifacetada e exigente, o poder das grandes companhias é exercido por executivos dotados da necessária *expertise*.

Realmente, como assinala criticamente Galbraith “os mitos da autoridade do investidor, do acionista útil, das reuniões rituais do Conselho de Administração e da Assembleia anual de acionistas ainda persistem, mas nenhum observador intelectualmente capacitado da empresa moderna tem como fugir da realidade. O poder na empresa está com a administração – uma burocracia que controla suas funções e compensações, que podem chegar às raias do furto. Isso fica totalmente evidente e em ocasiões recentes tem sido chamado de ‘o escândalo das empresas’”⁶³.

A síntese deste entendimento vem expressa em nosso ordenamento jurídico no artigo 153, da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades Anônimas): “o administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios”: trata-se do chamado dever de diligência, “que se constitui numa tradução para o português do *standart of care* do direito norte-americano”, que obriga o administrador a “se qualificar profissionalmente, preparando-se para o exercício da função, o que se consubstancia com a aquisição de conhecimentos mínimos acerca das atividades que serão desenvolvidas pela S/A”⁶⁴.

⁶² HUNT. *Idem, ibidem*.

⁶³ GALBRAITH, John Kenneth. *A economia das fraudes inocentes – verdades para o nosso tempo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 49-50.

⁶⁴ CASTELLAR, João Carlos. *‘Insider trading’ e os novos crimes corporativos (uso indevido de informações privilegiadas, manipulação de mercado e exercício irregular de cargo, profissão, atividade ou função)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 97. Veja-se também: PARENTE, Flavia. *O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

1.1.2.3

função social da propriedade

O princípio da propriedade privada dos meios de produção sofre mitigação na medida em que o inciso III do aludido artigo 170 da Constituição Federal estabelece que a propriedade terá *função social*.

O termo *social* “pode ser aplicado a tudo que se relaciona com sistemas sociais, suas características e a participação das pessoas neles”⁶⁵, mas a “noção de *função social*, aplicada à propriedade, torna-se clara, quando se estuda a *desapropriação por interesse social*”, o que se dá quando imóveis improdutivos “ficam inertes, deixando de servir a grande número de pessoas, ou quando, mesmo não inertes, poderão servir a maior número de pessoas”⁶⁶.

Demais disso, “no campo do direito público, a expressão *interesse social* adquire sentido técnico e específico, designando a nota dominante de uma dada classe social, a menos favorecida, aquela que constitui *problema social* que exige solução *urgente e inadiável* para o Estado moderno”⁶⁷.

Assim, ao inserir a *função social* da propriedade dentre os princípios em que se deve plasmar a atividade econômica, quis o legislador constituinte afirmar que os movimentos especulativos com a propriedade improdutiva não serão tolerados, notadamente no âmbito fundiário, onde se encontram os grandes latifúndios que não geram empregos e não produzem riqueza, podendo estes sofrer desapropriação, quando o *interesse social* o exigir, tal como prevê o inciso XXIII, do artigo 5º, da Constituição Federal: “a lei estabelecerá o procedimento para a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por *interesse social*, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

Interessante observar que o legislador constituinte, ao estabelecer a propriedade privada como um dos princípios em que se assenta a ordem econômica logo a seguir fixou que este princípio sofre diminuição, afirmando a propriedade privada terá *função social*. Mostrou o constituinte certa tibieza na

⁶⁵ JOHNSON, Allan G. *Dicionário de Sociologia – guia prático da linguagem sociológica*. Trad. R. Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

⁶⁶ CRETELLA JUNIOR. *Op. cit.* p. 3.971

⁶⁷ CRETELLA JUNIOR. *Idem. Ibidem.*

definição do Estado brasileiro, permitindo tanto a interpretação de que se trata de um Estado Liberal, como também de um Estado de Bem Estar Social, tal como assinalado linhas atrás.

1.1.2.4

livre concorrência

A *livre concorrência* é o quarto princípio geral que deve nortear a atividade econômica. Pode ser definida como a “situação de um regime de iniciativa privada no qual as empresas competem livremente entre si e nenhuma delas goza de privilégios”. Assim, “os preços do mercado formam-se naturalmente de acordo com a oferta e a demanda e sem que compradores e vendedores interfiram sobre os preços”⁶⁸. Isto propicia a livre circulação de capitais, robustecendo os setores da economia mais atrativos, rentáveis e dinâmicos.

Trata-se a *livre concorrência* de um princípio que estabelece regramento de liberdade econômica, na medida em que, num “mercado que existe a livre iniciativa entre os produtores de um ou mais serviços, os preços tendem a diminuir e os produtores procuram se tornar mais eficientes com intuito de aumentar seus lucros”⁶⁹. A livre concorrência, deste modo, não só garante menores preços como também serve de estímulo à eficiência das empresas, funcionando, outrossim, consoante a metáfora de Adam Smith, como a “mão invisível” que guia “os interesses e as paixões individuais na direção mais favorável aos interesses de toda a sociedade”⁷⁰.

Os *monopólios*⁷¹ ou *oligopólios*⁷² se constituem nas formas mais

⁶⁸ BIDERMAN, Maria Tereza Camargo. *Dicionário de Termos Financeiros e Bancários*. São Paulo: Disal Editora, 2006, p. 261.

⁶⁹ NAZAR, Nelson. *Direito econômico*. 2ª ed. Bauru: EDIPRO, 2009, p. 82.

⁷⁰ DROUIN, Jean-Claude. *Os grandes economistas*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 22.

⁷¹ *Monopólio*: trata-se de um “regime de mercado, numa economia capitalista, no qual uma empresa domina a oferta de um produto ou de um serviço, que não tem concorrente ou substituto”. Pode ser *legal*, quando determinado por uma autorização legal (a Constituição de 1967 previa, por exemplo, o monopólio postal da União; hoje, o artigo 173, § 4º da Carta proíbe textualmente o monopólio: “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros”) ou *natural* ou *de fato*, quando é resultado de situação de ordem econômica ou administrativa (BIDERMAN. *Op. cit.*). Neste último caso, segundo a cartilha do CADE, “o monopólio pode constituir uma forma eficiente de organizar a produção quando existem economias de escala e escopo em relação ao mercado atendido pelo

comuns de abuso do poder econômico, precisamente por obstruírem o fluxo da livre concorrência. No Brasil, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)⁷³, define estas práticas como o “comportamento de uma empresa ou grupo de empresas que utiliza seu poder de mercado para prejudicar a livre concorrência, por meio de condutas anti-competitivas”⁷⁴⁻⁷⁵.

Ocorre que a grande empresa moderna, desenhada juridicamente como uma sociedade anônima, se materializa, em verdade, numa “empresa conglomerada, na qual são englobadas atividades econômicas diversas, desde indústria e comércio até financeira, concentrando cada vez mais o poder econômico”⁷⁶.

Disso resulta sensível modificação na relação concorrencial, pois “já não é o mercado que dita as regras, mas a grande empresa, resultado da

monopolista. Quando isso ocorre seria ineficiente a presença de mais de um produtor. Nesse caso, como a presença de rivais será eliminada pela própria concorrência, o controle do poder de monopólio exige a regulação do mercado”. In: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. “Cartilha do CADE”, disponível em: http://www.cade.gov.br/publicacoes/guia_cade_3d_100108.pdf. Consulta realizada em 02/12/2010.

⁷² *Oligopólio* é definido como a formação de “grupos de empresas que detêm o controle de determinado mercado, como, por exemplo, o fornecimento de um produto, de um serviço ou de matéria-prima. Alguns economistas acreditam que essa prática é nociva porque, dominando um mercado, essas empresas limitariam seus custos de produção e ditariam o preço dos produtos para aumentar a sua margem de lucro. Recentemente, porém, há uma tendência entre os especialistas em defender o contrário. Com a formação de vários conglomerados, seria possível garantir preço estável, inibindo a formação de cartéis. O oligopólio representa, portanto, um tipo de mercado no qual um pequeno grupo de produtores oferece um bem ou um serviço com exclusividade. As indústrias contemporâneas servem-se desse tipo de mercado frequentemente” (BIDERMAN. *Op. cit.*).

⁷³ O CADE foi criado pela Lei n. 4.136, de 10 de setembro de 1962, passando a se constituir em autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça através da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994.

⁷⁴ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. “Cartilha do CADE”, disponível em: http://www.cade.gov.br/publicacoes/guia_cade_3d_100108.pdf. Consulta realizada em 02/12/2010.

⁷⁵ Enquanto se escrevia este trabalho, a imprensa em geral noticiou momentoso caso de possível prática de truste por parte do *site* de buscas *Google*: “As autoridades reguladoras da União Europeia vão verificar se a *Google* abusou da sua posição dominante no mercado de buscas ao deliberadamente reduzir a posição de *links* para *sites* rivais em resultados de pesquisas. É a primeira investigação formal antitruste de uma agência reguladora sobre se a *Google* manipula ou não sua ferramenta de busca para minar a concorrência. A investigação pode questionar se a *Google* tem o direito de programar sua ferramenta de buscas como bem entender ou se isso constitui abuso do poder de mercado resultante do fato de processar duas de cada três buscas feitas no mundo. Se a UE decidir multar a empresa, o valor pode chegar a 10% de sua receita anual – o que, no caso da *Google*, seria de US\$ 2,4 bilhões, considerando os números de 2009”. In: O GLOBO, 1º/12/2010, p. 33.

⁷⁶ BAGNOLI, Vicente. *Direito e Poder Econômico: os limites jurídicos do imperialismo frente aos limites econômicos da soberania*. São Paulo: Elsevier, 2009, p. 61.

concentração do poder econômico”, o qual se manifesta na imposição de valores, fazendo com que, ao invés de escolher livremente o produto que deseja ou necessita, o “consumidor adquira aquilo que ela [a empresa] queira produzir e vender, na quantidade por ela também definida”⁷⁷, mas refletindo, também, na composição das forças políticas que atuarão no parlamento e em outros postos dos vários níveis de governo (União, Estados e Municípios), haja vista que são estes grandes conglomerados econômico-financeiros que irão financiar as campanhas eleitorais.

1.1.2.5

defesa do consumidor

Dentre os princípios do artigo 170 da Carta, imbrica-se o princípio *livre concorrência* com o da *defesa do consumidor*. A proteção do consumidor, na locução de Comparato, se constitui, “indubitavelmente, de um tipo de princípio-programa, tendo por objeto uma ampla política pública (*public policy*)”. A expressão – *defesa do consumidor* – designa “um programa de ação de interesse público”, que, como tal, se realiza “por meio das chamadas ‘normas-objetivo’, cujo conteúdo é um *zweckprogramm* ou *finalprogramm* (*)”⁷⁸.

Figurando como um dos princípios formadores da ordem econômica, desse programa resultou a edição do chamado Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990) e de um sem-número de organizações, governamentais ou não, visando sua concreção, o que propiciou ponderável avanço no alcance de uma relação mais justa entre produtores e consumidores, na medida em se conferiu aos últimos instrumentos jurídicos mais eficazes para reivindicar direitos, que até então apenas muito dificilmente eram reconhecidos pelos Tribunais.

O consumo, palavra cuja etimologia indica sua origem latina – em latim *consumo* significa *tomar ou empregar inteiramente; consumir; gastar;*

⁷⁷ BAGNOLI. *Op. cit.* p. 59.

(*) *zweckprogramm* pode ser traduzido como “programa-objetivo”; *finalprogramm*, como “programa-fim”. MACHADO, Luiz. *Pequeno dicionário jurídico alemão-português*. Rio de Janeiro: CLC, 1981).

⁷⁸ COMPARATO, Fabio Konder. *A proteção ao consumidor na Constituição de 1988*. Revista de Direito Mercantil, n. 80, p. 66-75. São Paulo: RT, 1991.

*esgotar; destruir; dar cabo de; enfraquecer; debilitar; extenuar*⁷⁹ – é, na linguagem dos economistas, “o ato pelo qual se completa a última etapa do processo econômico”. Não faz muito tempo que as chamadas *relações de consumo* eram matéria que interessava, quase com exclusividade, aos pesquisadores da área econômica, sendo raros os estudos jurídicos sobre o tema, na medida em que o direito “somente se preocupava com as relações singularmente consideradas”, as quais eram regidas pelas regras do Direito Civil⁸⁰.

O formidável incremento do consumo de bens que se vivencia na atualidade, sejam eles duráveis ou para utilização imediata, teve seu impulso inicial quando do surgimento, nos anos 40, de um fenômeno identificado como *sociedade de massa*. No entanto, o enorme “potencial destrutivo do fascismo gerou preocupação sobre a maneira com que a organização da vida social torna as populações mais fáceis de serem manipuladas e controladas pela autoridade política”⁸¹.

A sociedade de massa se constitui num sistema social que se caracteriza por uniformidade e igualitarismo irracionais, pela “homogeneização do comportamento, dos valores e das expectativas de todas as camadas sociais”, o que só é possível graças a ação “dos meios de comunicação de massa (rádio, televisão, cinema, jornais, e revistas), que reorientam as condições de decisão e atuação dos homens, mesmo havendo desigualdade de riquezas”⁸².

Germinou nesse terreno também uma *cultura de massa*, produto genuinamente urbano, na medida em que os membros da sociedade industrial se veem presos nos espaços fechados de uma cidade, tendo diante de si “o problema perturbador do que fazer com o tempo de lazer, como organizá-lo em função do dia de trabalho”. Aliás, segundo Irving Howe, “uma coisa parece certa: a não ser durante breves intervalos revolucionários, a natureza da atividade de lazer não

⁷⁹ TORRINHA, Francisco. *Dicionário Latino Português*. 2ª ed. 3ª tir. Porto: Gráficos Reunidos Ltda. 1982. Veja-se que *consumptor* significa *destruidor; o que esgota; o que dá cabo de*.

⁸⁰ DE LUCCA, Newton. *Direito do Consumidor – aspectos práticos*. S. Paulo: RT, Biblioteca de Direito do Consumidor n. 10, 1995, p. 13.

⁸¹ JONHSON, Allan G. *Dicionário de Sociologia: guia prático da linguagem sociológica*. Trad. R. Jungemann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 1997.

⁸² SANDRONI, Paulo. *Dicionário de Economia do Século XXI*. Rio de Janeiro/S. Paulo: Ed. Record, 2005.

difere muito da do dia de trabalho”. No entanto, o trabalhador na sociedade industrial de massa finda por obedecer aos ditames dessa sociedade, segundo os quais “o anonimato é a chave da segurança”, motivo pelo qual a *cultura de massa* “se orienta para um aspecto central da sociedade industrial: a despersonalização do indivíduo”⁸³.

“De um lado, distrai o trabalhador na sua perturbadora redução ao *status* de semi-robô, proporcionando-lhe divertimentos ‘que relaxam’. A necessidade desses divertimentos explica a busca incessante e hética de novidade nas indústrias de cultura de massa (como, por exemplo, a ‘peculiaridade’ das canções populares, a frase melódica que o público recorda). Por outro lado, a cultura de massa reforça atitudes emocionais que parecem inseparáveis da existência da sociedade moderna – a passividade e o tédio. É precisamente a busca frenética da novidade, de qualquer coisa nova que se eleve acima da experiência rotineira, que modela a atividade do tempo de lazer de acordo com os padrões do tempo de trabalho. O que supomos que nos desvia na redução das nossas personalidades na verdade a reforça”.

As reações de protestos juvenis dos anos 1960 e 1970, quando o movimento estudantil, seguido pela onda *hippie*⁸⁴, se insurgiu contra a imposição de consumo exacerbado provocado por setores industriais e do comércio, não conteve a ascensão consumista que lhe sucedeu, fortemente incrementada nos anos 1980 e 1990, a era dos *yuppies*⁸⁵, nomeadamente nas “sociedades industriais avançadas da América do Norte, Europa Ocidental e Orla do Pacífico, em que se identificam altos índices de consumo com sucesso social e felicidade pessoal”. Nestes sítios o consumo foi escolhido como objetivo de vida preponderante⁸⁶. Assim, a expressão *sociedade de consumo* está frequentemente associada “a uma

⁸³ HOWE, Irving. *Notas sobre a Cultura de Massa*. ROSEMBERG, Bernard & WHITE, David Manning (organizadores). *Cultura de Massa*. São Paulo: Cultrix, 1973, p. 571 e seguintes. O autor acrescenta que “até certo ponto, o intelectual prescinde da cultura de massa, se bem que muito menos do que imagina ou do que está disposto a admitir. Enquanto vivermos numa sociedade de classes, a cultura de massa será indispensável até aos que tiverem aprendido a desdenhá-la; não podemos fugir ao que representa uma parte tão grande da atmosfera em que vivemos. Nem seria especialmente desejável uma tentativa de fuga nessas condições: o preço da experiência pública talvez seja uma espécie de contaminação mas, em vista da alternativa, não é um preço muito alto a se pagar.

⁸⁴ Pessoa que rejeita os valores estabelecidos, advogando a não violência e se vestindo de modo não convencional. Nos anos 1960, os *hippies* eram associados ao amor livre, à vida em comunidade e ao uso de drogas psicodélicas *The New Penguin English Dictionary. Middlesex, England*, 2000, tradução livre para o português.

⁸⁵ Pessoa jovem em carreira profissional com grande rendimento e estilo de vida moderno (no sentido de estar na “moda”). *The New Penguin Dictionary* (tradução livre)

⁸⁶ OUTHWAITE, W. & BOTTOMORE, T. (editores). Com a consultoria de GELLNER, E., NISBET, R.; TOURAINE, Alain e no Brasil por LESSA, R. e DOS SANTOS, W. G. *Dicionário do pensamento social do Século XX*. Trad. E. F. Alves e A. Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 1996.

crítica busca de *status*, do materialismo e hedonismo que se pressupõe serem os valores predominantes em tais sociedades”⁸⁷.

Dentre muitas outras, uma das mais contundentes consequências advindas da sociedade de consumo “é a relativização da importância do trabalho humano”. Para Sergio Chastinet, “ainda que o modo de produção capitalista continue a depender de alguma quota de trabalho do homem, nunca as classes produtoras precisaram tão pouco do mesmo para realizar a acumulação de capital”⁸⁸.

Tornando-se o consumo de bens algo tão precioso, logo despontou a necessidade de ocupar-se o Direito de proteger esta atividade econômica dos abusos praticados contra os consumidores, o fazendo por meio de sensíveis alterações na disciplina dos contratos, especialmente para flexibilizar o princípio da autonomia da vontade, verdadeiro dogma do liberalismo.

O marco inicial desta tendência se verifica no discurso que o Presidente John Kennedy proferiu em 15/03/1962 para o Congresso Norte-Americano, ocasião em que solicitou aos congressistas que elaborassem uma lei de proteção aos consumidores. No mesmo passo, ainda na década de sessenta, Israel editou uma lei sobre documentos contratuais uniformes (1964), também o fazendo o Japão que, com sua lei de proteção aos consumidores (1968), inovou nessa matéria. Além disso, nessa mesma época e nos anos que se seguiram, foram editadas inúmeras leis norte-americanas e em países europeus visando regular as relações de consumo, sendo que a Comissão das Nações Unidas sobre os Direitos do Homem elencou quatro direitos fundamentais de todo consumidor: 1) segurança; 2) ser adequadamente informado sobre os produtos e os serviços, bem como sobre as condições de venda; 3) o direito de escolher sobre bens alternativos de qualidade satisfatória a preços razoáveis; 4) o direito de ser ouvido no processo de decisão governamental.

No Brasil, a regulação das relações de consumo se deu através das Leis 8.078, de 11 de setembro de 1990 e 8.137, de 27 de dezembro de 1990, as quais

⁸⁷ OUTHWAITE, W. & BOTTOMORE, T. *Op. cit.*

⁸⁸ GUIMARÃES, Sergio Chastinet Duarte. *Tutela penal do consumo – abordagem dos aspectos penais do Código de Defesa do Consumidor e do Art. 7º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990*. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 15-17.

promoveram radical alteração no nosso ordenamento jurídico (destacando-se a inversão do ônus da prova, a punição pela publicidade abusiva e a desconsideração da personalidade jurídica), sendo certo que ainda hoje, passadas mais de duas décadas, vários desses aspectos de caráter inovador permanecem pendentes de pacificação jurisprudencial, sendo notório no Poder Judiciário o congestionamento de ações judiciais por violação ao Código do Consumidor, especialmente nos Juizados Especiais Cíveis, com competência para julgamento de causas de menor valor.

1.1.2.6

defesa do meio ambiente⁸⁹

A partir do final dos anos 1960 e início dos 1970 a *ecologia*, definida como a ciência que estuda as relações dos seres vivos entre si ou com o meio orgânico ou inorgânico no qual vive; ou o estudo das relações recíprocas entre o homem e seu meio moral, social e econômico⁹⁰, ultrapassou preocupações eminentemente acadêmicas para cair no gosto popular.

Para que se tenha ideia, no período indicado, na Inglaterra, “os dois partidos políticos majoritários nomearam Ministros do Meio Ambiente”, pasta até então inexistente, e pouco depois disso “o Governo Trabalhista anunciava uma Comissão Real para cuidar da poluição ambiental”. Também nos Estados Unidos da América do Norte “foi logo aprovada uma Lei de Proteção ao Meio ambiente, sendo ao mesmo tempo criado um Conselho do Meio Ambiente”. Não apenas como ilustração, interessa para este trabalho recordar o que se passava na ocasião, através das palavras da jornalista Anne Chisholm⁹¹:

“Durante o outono de 1969 a ecologia pegou como se fosse uma religião

⁸⁹ A origem da expressão *meio ambiente* remonta às palavras *environment*, da língua inglesa, que se traduz como *arredores, arrabaldes, cercanias, vizinhança, cerco; meio ambiente; condições de um organismo; umwelt*, do idioma alemão, cuja tradução é *ambiente*; e do francês *environnant*, que se traduz como *circunvizinho, limítrofe*. Veja-se: SERPA, Oswaldo. *Dicionário Escolar inglês-português/português-inglês*. Brasília: FENAME (Fundação Nacional de Material Escolar), 1969; MACHADO, Luiz. *Pequeno Dicionário Jurídico alemão-português*. Rio de Janeiro: CLC, 1981; e BURTIN-VINHOLE, S. (com a colaboração de L. Curtenaz e M. J. Nonnemberg) *Dicionário francês-português/português-francês*. 41ª ed. 2ª. Reimpressão. S. Paulo: Ed. Globo, 2006.

⁹⁰ HOUAISS, Antônio (coord.). *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001.

⁹¹ CHISHOLM, Anne. *Ecologia: uma estratégia para a sobrevivência*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974, p. 4.

entre os jovens universitários em todo o país. Em março de 1970, houve a celebração do Dia da Terra. Em Londres e Nova York, as lojas de alimentos dietéticos, até então consideradas como uma espécie de mania inofensiva, tornaram-se um negócio de vulto. Na Europa, o ano de 1970 foi o Ano da Conservação Européia. Os jornais, revistas, televisão e rádio começaram a fazer do meio ambiente notícia de primeiro plano. A BBC deu início, na televisão, a uma série popular chamada *Doowatch (Vigília do Fim)* em que um funcionário público detentor do prêmio Nobel e de agradável aparência, vinha salvar o país, uma vez por semana, das imprevisíveis catástrofes ecológicas. Inevitavelmente, o mundo da propaganda entrou em cena. As companhias de petróleo e de produtos químicos começaram a contar a todo mundo como estavam preocupadas com a poluição e com a qualidade de vida. As donas-de-casa da classe média começaram a ficar preocupadas com a quantidade de detergentes que usavam e se deveriam fazer o reaproveitamento do lixo”.

Nos anos que se sucederam, inúmeras conferências internacionais se realizaram, com destaque para a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente de Estocolmo, em 1972, ocasião que se construiu o princípio do *desenvolvimento sustentável*⁹², que significa, resumidamente, levar em conta a conservação da natureza no ato de planejar o desenvolvimento econômico. Esta terminologia se tornou lugar comum nas demais conferências que se seguiram, inclusive na realizada no Rio de Janeiro, em 1992, conhecida entre os cariocas como ECO-92, que proclamou em seu primeiro princípio que “os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável”, tendo

⁹² A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, reunida em Estocolmo de 5 a 16 de junho de 1972, e, atenta à necessidade de um critério e de princípios comuns que ofereçam aos povos do mundo inspiração e guia para preservar e melhorar o meio ambiente humano (...):

Princípio 4

O homem tem a responsabilidade especial de preservar e administrar judiciosamente o patrimônio da flora e da fauna silvestres e seu habitat, que se encontram atualmente, em grave perigo, devido a uma combinação de fatores adversos. Consequentemente, *ao planificar o desenvolvimento econômico deve-se atribuir importância à conservação da natureza, incluídas a flora e a fauna silvestres.*

Princípio 13

Com o fim de se conseguir um ordenamento mais racional dos recursos e melhorar assim as condições ambientais, *os Estados deveriam adotar um enfoque integrado e coordenado de planejamento de seu desenvolvimento, de modo a que fique assegurada a compatibilidade entre o desenvolvimento e a necessidade de proteger e melhorar o meio ambiente humano em benefício de sua população.*

Princípio 14

O planejamento racional constitui um instrumento indispensável para conciliar as diferenças que possam surgir entre as exigências do desenvolvimento e a necessidade de proteger e melhorar o meio ambiente.

“direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com a natureza”⁹³

Vale anotar, entre parênteses, que quando se concluía este trabalho, em meados do mês de junho de 2012, realizou-se no Rio de Janeiro a Conferência Internacional conhecida por RIO+20, cujo documento final foi criticado severamente por organizações não-governamentais, mas aplaudido pelas Nações Unidas e grande potências, não sem oposição de reservas por alguns países.

No texto extraído nesse encontro, as Nações Unidas manifestaram, entre outras decisões, a de “a revitalizar a vontade política e a elevar o nível de compromisso da comunidade internacional para fazer avançar a agenda de desenvolvimento sustentável, mediante o atingimento dos objetivos de desenvolvimento internacionalmente conveniados, entre eles os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio”, não obstante tenham igualmente reconhecido que “nos 20 anos transcorridos desde a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento de 1992 os avanços tem sido desiguais, inclusive no que respeita ao desenvolvimento sustentável e a erradicação da pobreza”⁹⁴.

Fechado o parêntese, entre os princípios gerais da atividade econômica se incluiu na Carta de 1988 “a defesa do meio ambiente”, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o “*impacto ambiental*”⁹⁵ dos produtos e serviços e seus processos de elaboração de prestação”, sendo a parte final do dispositivo inserida no texto original através da Emenda Constitucional n.º. 42/2003, precisamente para adequar o texto aos compromissos internacionais assumidos pelo País.

O legislador constituinte demonstrou efetiva preocupação com o “meio ambiente ecologicamente equilibrado”, afirmando, no artigo 225 da Carta, que este é um “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

⁹³ <http://pactoglobalcreapr.files.wordpress.com/2010/10/declaracao-do-rio-sobre-meio-ambiente.pdf> , acesso em 28/06/2012.

⁹⁴ Veja-se o texto final do documento em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/381/67/PDF/N1238167.pdf?OpenElement> , acesso em 28/06/2012.

⁹⁵ Na definição de Paulo de Bessa ANTUNES, *impacto ambiental* “é um abalo, uma impressão muito forte, muito profunda, causada por motivos diversos sobre o ambiente, isto é, sobre aquilo que cerca ou envolve os seres vivos. Se forem positivos, devem ser estimulados; se forem negativos, devem ser evitados”. In: *Direito Ambiental*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 230.

para as presentes e futuras gerações”, enumerando os meios com que se assegurará a efetividade desse direito.

Não será demais acrescentar que antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro já havia definido sua Política Nacional do Meio Ambiente, através da Lei n.º. 6.938, de 31 de agosto de 1981, cujo objetivo é a “preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições de desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana”.

Segundo Antunes, “na qualidade de Direito Econômico, o Direito do Meio Ambiente é dotado de instrumentos específicos que o capacitam a atuar na ordem econômica”, destacando o autor que um dos mais importantes destes instrumentos de planejamento ambiental e de intervenção estatal é o Estudo de Impacto Ambiental⁹⁶, “cuja finalidade é realizar um diagnóstico antecipado das consequências ambientais decorrentes de atividades potencialmente degradadoras do meio ambiente”⁹⁷.

A conceituação jurídica deste instrumento está no artigo primeiro da Resolução n.º. 1/86 do Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA): “*Impacto ambiental* é qualquer alteração nas propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam: I – a saúde, a segurança e o bem-estar da população; II – as atividades sociais e econômicas; III – a biota; IV – as condições estéticas e sanitárias do meio

⁹⁶ Em 27/06/1985, a Comunidade Econômica Europeia, por meio do seu Conselho, editou a Directiva 85/337/CEE relativa à avaliação dos efeitos de determinados projectos públicos e privados no ambiente. Entre os *consideranda*, entendeu-se que “os efeitos de um projecto no ambiente devem ser avaliados para proteger a saúde humana, para contribuir através de um ambiente melhor para a qualidade de vida, para garantir a manutenção da diversidade das espécies e para conservar a capacidade de reprodução do ecossistema enquanto recurso fundamental da vida”. O Artigo terceiro desta Directiva tem a seguinte redação:

“A avaliação dos efeitos no ambiente identificará, descreverá e avaliará, de modo adequado, em função de cada caso particular e nos termos dos artigos 4º a 11º, os efeitos directos e indirectos de um projecto sobre os seguintes factores:

- o homem, a fauna e a flora,
- o solo, a água, o ar, o clima e a paisagem,
- a interacção entre os factores referidos nos primeiro e segundo travessões,
- os bens materiais e o património cultural”.

⁹⁷ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Op. Cit.* 2002, p. 19

ambiente; V – a qualidade dos recursos ambientais”.

Também se insere no conceito amplo de meio ambiente a disciplina do solo urbano. Na medida em que milhões de pessoas vivem nas cidades, sobretudo nas grandes metrópoles, onde se avolumam problemas habitacionais, de fornecimento e esgotamento de águas, tráfego de veículos, ruídos, poluição atmosférica etc., fatores que influenciam notavelmente a qualidade de vida de quem habita estes centros populacionais, não há dúvida de que o planejamento urbano é fundamental para o atingimento de uma “sadia qualidade de vida” (CF, art. 225).

A Constituição Federal, em seus artigos 182 e 183, estabelece a política estatal de desenvolvimento urbano, a ser fixada conforme diretrizes gerais estabelecidas em lei, as quais objetivam o “pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”. Assim, determinando (a) a obrigatoriedade de os municípios aprovarem um plano diretor, a Carta estabelece que a propriedade urbana cumprirá “função social”; (b) visando coibir a especulação imobiliária, permite ao Poder Público o “parcelamento ou edificação compulsória” e o chamado imposto territorial “progressivo no tempo”; além disso, (c) o artigo 183 prevê o usucapião urbano.

É a Lei n.º. 10.257, de 10 de julho de 2001, que regulamenta os dispositivos constitucionais acima referenciados e estabelece as diretrizes gerais da política urbana⁹⁸. Esta lei também institui os instrumentos de concreção da

⁹⁸ 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: I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano; III – cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social; IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente; V – oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais; VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar: a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos; b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes; c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana; d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente; e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização; f) a deterioração das áreas urbanizadas; g) a poluição e a degradação ambiental; VII – integração e

política urbana e torna obrigatório aos municípios que aprovem seu plano diretor, a ser elaborado em consonância com os princípios nela contidos⁹⁹.

Acrescente-se que “estes instrumentos de política urbana podem ter variada natureza: administrativa, tributária e jurídico-política, sendo alguns, inclusive, de índole constitucional, tais como o “parcelamento e a edificação compulsórios”, o “imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo” e a “desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública”. Por outro lado, ditos instrumentos, que funcionam como indutores do desenvolvimento urbano podem ser divididos em três conjuntos: a) instrumentos que procuram coibir a retenção especulativa de terrenos e os que consagram a separação entre o direito de propriedade e o potencial construtivo dos terrenos atribuídos pela legislação urbana; b) a regularização fundiária de áreas ocupadas e não tituladas da cidade; e c) a participação direta dos cidadãos nos processos decisórios”¹⁰⁰.

complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob sua área de influência; VIII – adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência; IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização; X – adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais; XI – recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos; XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico; XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população; XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais; XV – simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais; XVI – isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social.

⁹⁹ Veja-se CASTELLAR, João Carlos. *Operações Urbanas Consorciadas e Estado de Exceção*. Revista de Direito da UNIGRANRIO. Vol. 3, nº. 2 (2010).

¹⁰⁰ Art. 4º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos: I – planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; II – planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões; III – planejamento municipal, em especial: a) plano diretor; b) disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo; c) zoneamento ambiental; d) plano plurianual; e) diretrizes orçamentárias e orçamento anual; f) gestão orçamentária participativa; g) planos, programas e projetos setoriais; h) planos de desenvolvimento econômico e social; IV – institutos tributários e financeiros: a) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana - IPTU; b) contribuição de melhoria; c) incentivos e benefícios fiscais e financeiros; V – institutos jurídicos e políticos: a) desapropriação; b) servidão

Incluem-se ainda no conceito de meio ambiente “as sucessivas criações do espírito humano que se traduzem nas suas múltiplas obras”, levando as modernas políticas ambientais a “ocupar-se do patrimônio cultural, expresso em realizações significativas que caracterizam, de maneira particular, os assentamentos humanos e as paisagens do seu entorno”¹⁰¹.

Não obstante figurar a tutela jurídica do patrimônio cultural em Constituições anteriores¹⁰² foi na Constituição Federal de 1988 que a proteção destes bens ficou mais bem aparelhada, tal como se vê da leitura do artigo 216 da Carta, que estabelece constituírem “patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”. Os dispositivos subsequentes elencam quais são estes bens (incisos I a V), determinando-se, ademais, incumbir ao poder público, “com colaboração da comunidade”, proteger referidos bens, seja pela via do tombamento ou por outros meios, devendo os possíveis danos que venham a sofrer serem punidos na forma da lei.

Para finalizar o tópico, vale acrescentar que em 1998, por meio da Lei nº. 9.605, instituiu-se a chamada “Lei do Meio Ambiente”, que “dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente”, instituindo-se em nosso ordenamento jurídico, pela primeira vez, sanções com vistas a impor penas criminais a pessoas jurídicas, prevendo, inclusive, a desconsideração da personalidade jurídica sempre que isto “for obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados à qualidade do meio ambiente” (artigos 3º e 4º).

administrativa; c) limitações administrativas; d) tombamento de imóveis ou de mobiliário urbano; e) instituição de unidades de conservação; f) instituição de zonas especiais de interesse social; g) concessão de direito real de uso; h) concessão de uso especial para fins de moradia; i) parcelamento, edificação ou utilização compulsórios; j) usucapião especial de imóvel urbano; l) direito de superfície; m) direito de preempção; n) outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso; o) transferência do direito de construir; p) operações urbanas consorciadas; q) regularização fundiária; r) assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos; s) referendo popular e plebiscito; t) demarcação urbanística para fins de regularização fundiária; (Incluído pela Lei nº 11.977, de 2009); u) legitimação de posse. (Incluído pela Lei nº 11.977, de 2009); VI – estudo prévio de impacto ambiental (EIA) e estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV).

¹⁰¹ MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente: doutrina – prática – jurisprudência – glossário*. 2ª ed. S. Paulo: RT, 2001, p. 201.

¹⁰² Constituição de 1937, artigo 134; Constituição de 1946, artigo 175; Constituição de 1967, artigo 172, parágrafo único; Emenda Constitucional de 1969, artigo 180, parágrafo único.

Esta lei, em que pese avanços que possa ter alcançado na proteção do meio ambiente, é duramente criticada por penalistas em virtude do desatendimento, quando de sua elaboração, de princípios muito caros ao Direito Penal, a iniciar-se pela questão da imputabilidade penal estendida a pessoas jurídicas. Também relativamente à construção dos tipos penais propriamente ditos, percebe-se na lei, em inúmeros dos seus dispositivos¹⁰³, flagrante desatendimento aos postulados decorrentes do princípio da *reserva legal*¹⁰⁴ e da *intervenção mínima* ou da *subsidiariedade*¹⁰⁵ (estes princípios serão mais profundamente estudados em item próprio deste trabalho). Além disso, o legislador lançou mão abusivamente dos tipos de *perigo abstracto* e das *normas penais em branco*, o que implica em perigosa *administrativização* do Direito Penal.

¹⁰³ A título de exemplo, vejam-se os seguintes tipos da lei de referência: Artigo 40. Causar dano direto ou indireto às unidades de conservação e às áreas de que trata o artigo 27 do Decreto 99.274, de 6 de junho de 1990, independentemente de sua localização. Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos. Artigo 49. Destruir, danificar, lesar ou maltratar, por qualquer modo ou meio, plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia. Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. No primeiro caso, é difícil estabelecer o que venha a ser “dano *indireto*”; no segundo, salta aos olhos que simples postura municipal seria suficiente para coibir a prática descrita ou para punir o infrator.

¹⁰⁴ O princípio da *reserva legal* pressupõe que não pode uma conduta ser considerada crime senão em virtude de lei (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Este princípio se desdobra na proibição de edição de leis retroativas que fundamentem ou agravem a punibilidade (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*); na proibição da fundamentação ou do agravamento da punibilidade pelo direito consuetudinário (*nullum crime, nulla poena sine lege scripta*); na proibição da fundamentação pela analogia (*nullum crime, nulla poena sine lege stricta*) e; na proibição de leis penais indeterminadas (*nullum crime, nulla poena sine lege certa*). TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal – de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-07-1984 e a Constituição de 1988*. 4ª ed. S. Paulo: Saraiva, 1991, p. 22. Veja-se, para estudo mais aprofundado: MAURACH, Reinhart e ZIPF, Heinz. *Derecho Penal – parte general – teoria general del derecho penal y estructura del hecho punible*. Trad. para o espanhol por J. B. Genzsch e E. A. Gibson. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1994, p. 157 (e seguintes).

¹⁰⁵ Decorrente da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, cujo artigo 8º determina que “A lei não deve estabelecer mais do que penas *estrita e evidentemente necessárias*”..., preconiza o princípio da intervenção mínima “que só se legitima a criminalização de um fato se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico” (LUIZI, Luis. *Os Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 25. Para JESCHEK, o “Direito penal tem *caráter fragmentário*. Não contém nenhum sistema exaustivo de proteção de bens jurídicos, centrando-se apenas em determinados pontos essenciais selecionados conforme o critério do *merecimento de pena*”. JESCHEK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal – parte general*. 4ª ed. espanhola. Trad. J. L. M. Samaniego. Granada: Editorial Colmares, 1993, p. 45 (tradução livre para o português).

1.1.2.7

redução das desigualdades regionais e sociais

Mais do que um princípio norteador da Ordem Econômica, tal como se verifica da leitura do artigo 170, inciso VI, da Constituição Federal, a “redução das desigualdades regionais e sociais” se constitui, juntamente com a “erradicação da pobreza”, num dos “objetivos fundamentais” da República Federativa do Brasil, conforme disposto no artigo 3º, inciso III, da Carta.

Para Cretella Junior “a utopia está presente neste artigo terceiro da Carta de 1988”. Adverte o autor que o fato de tais diretrizes figurarem na Constituição não traz “qualquer influência nos acontecimentos políticos e sociais da vida do País”, valendo, todavia, a inserção do dispositivo como um “objetivo de intenção”¹⁰⁶.

1.1.2.7.1

desigualdades sociais

A ideia de que os homens são iguais entre si remonta às crenças religiosas que se sustentavam, como até hoje se sustentam, na noção de que todos são iguais perante Deus. Com o advento do Iluminismo e o surgimento do liberalismo econômico, a igualdade surge como um ideal social, preocupando os estudiosos de então, entre os quais Rousseau. Este autor concebeu a ideia de que existem “na espécie humana duas espécies de desigualdades”. Uma, a que denominou de “natural ou física”, por ser “estabelecida pela natureza, consiste na diferença das idades, da saúde, da força do corpo e das qualidades do espírito, ou da alma”; a outra, a que se pode chamar de “desigualdade moral ou política porque depende de uma espécie de *convenção*, e é estabelecida ou, pelo menos, autorizada pelo consentimento do homem – consiste nos diferentes privilégios de que gozam alguns em prejuízo dos outros, “como ser mais ricos, mais honrados, mais poderosos do que os outros, ou mesmo fazerem-se obedecer por eles”¹⁰⁷.

¹⁰⁶ CRETELLA JUNIOR, J. *Comentários à Constituição de 1988*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, v. I, p. 161.

¹⁰⁷ ROUSSEAU, Jean Jacques. *Discurso sobre a Origem e Fundamentos da Desigualdade Humana*. 1754. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000053.pdf>, acesso em 27/04/2011, p. 12.

À exigência de que todos têm direitos iguais em face à lei e que todos têm iguais direitos de participação política, postulado que permeou o pensamento dos séculos XVIII e XIX, sucedeu o entendimento, dominante no século XX, de que em todas as sociedades avançadas uma nova exigência se impõe, qual seja a *igualdade social*.

Por *igualdade social* compreende-se “a ideia de que as pessoas devem ser tratadas como iguais em todas as esferas institucionais que afetam suas oportunidades de consumo, no acesso aos serviços sociais, nas relações domésticas e assim por diante”, significando dizer que ser tratado com igualdade implica acesso à *igualdade de oportunidade* e *igualdade de resultados*”¹⁰⁸. O entendimento é controverso, já que conservadores afirmam que “a busca da igualdade é incompatível com a *liberdade*”; e, por outro lado, socialistas argumentam que “o capitalismo promove um conjunto de desigualdades que não podem ser justificadas em termos dos diferentes esforços e capacidades das pessoas”¹⁰⁹.

Nesse passo, as desigualdades não podem ser verificadas entre os homens tomados isoladamente. Devem ser observadas sob o chamado “paradigma de classe”, na medida em que o homem, mesmo quando vivia nas “sociedades primitivas, ditas igualitárias, em que não existem diferenças econômicas e políticas mais marcantes”, já se organizava socialmente, obedecendo a algum determinado tipo de estrutura social, havendo entre os membros do grupo desigualdade de *status*, de poder, de prestígio, sendo corrente o entendimento de que, “em sentido estrito, as sociedades totalmente igualitárias não são deste mundo”¹¹⁰.

Esta estrutura social, no capitalismo, é mais ou menos estratificada. Para Marx e Engels, as dissensões entre capital e trabalho, ou melhor, entre capitalistas e proletários, mostram que “a história de toda sociedade existente até

¹⁰⁸ MILLER, David. *Dicionário do Pensamento Social do Século XX*. (Editado por OUTHWAITE, William e BOTTOMORE, Tom; com a consultoria de Ernest Gellnes, Robert Nisbet, Alain Touraine; editoria da versão brasileira, Renato Lessa, Wanderley Guilherme dos Santos; trad. E. F. Alves e A. Cabral. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editores, 1996, p. 373 e seguintes (verbete *igualdade e desigualdade*).

¹⁰⁹ MILLER, David. *Idem, ibidem*.

¹¹⁰ DORTIER, Jean-François. *Op. cit.*

hoje tem sido a história da luta de classes”¹¹¹. Indicam estes autores que “é na sociedade capitalista que as classes fundamentais se diferenciam mais claramente, desenvolvendo-se a *consciência de classe* de maneira mais completa e que as lutas de classe são mais agudas”¹¹².

Os conceitos marxistas foram objeto de depuração no correr dos tempos, sendo que contemporaneamente vêm se consolidando o entendimento de que os conflitos sociais não mais podem ser identificados unicamente no âmbito do conceito clássico de luta de classes, já que muitos deles envolvem grupos nacionais, étnicos ou religiosos, bem como movimentos sociais de caráter mais amplo – feministas, ecológicos, antinucleares – tornando-se necessário que se alargue o vetusto conceito de luta de classes para que se possa construir uma teoria consentânea com o século XXI, capaz de estudar as desigualdades sociais “não mais em termos de uma confrontação exclusiva entre burguesia e proletariado, mas, antes, em termos de alianças entre vários grupos sociais que, de um lado, dominam e dirigem a vida econômica e social e, de outro, são subordinados e dirigidos”¹¹³.

No Brasil, historicamente, são bastante significativas as desigualdades sociais e econômicas¹¹⁴, independentemente do indicador utilizado para aferi-las. Pelo coeficiente (ou índice) de Gini¹¹⁵, o “Brasil está entre os dez países onde há

¹¹¹ MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *O Manifesto Comunista*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006. p. 33. Segundo seus comentaristas, “para convencer os trabalhadores de que precisavam unir-se, foi necessário dar-lhes uma novíssima interpretação da história”, lembrando-se que, à época em que “O manifesto comunista” foi escrito, meados do século XIX, “as classe se dividiam entre os proprietários das fábricas e o proletariado, sendo que os segundos viam-se obrigados a vender sua força de trabalho para os primeiros. Quando os trabalhadores tivessem consciência disso, se juntariam para derrubar à força o sistema capitalista e tomar o poder. Só então seria possível uma sociedade pacífica e harmoniosa” (David BOYLE. *Op. cit.* p. 28).

¹¹² BOTTOMORE, Tom. *Dicionário do Pensamento Marxista*. Trad. W. Dutra. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

¹¹³ BOTTOMORE, Tom. *Op. cit.*

¹¹⁴ Apenas para ilustrar, veja-se pequeno extrato da clássica obra de Gilberto FREYRE: “Quando em 1512 se organizou econômica e civilmente a sociedade brasileira (...), formou-se na América tropical uma sociedade agrária na estrutura, escravocrata na técnica de exploração econômica, híbrida de Índio – e mais tarde de negro – na composição” (FREYRE, Gilberto. *Casa Grande e Senzala*. 47ª ed. São Paulo: Global Editores, 2003, p. 65).

¹¹⁵ O *Coefficiente de Gini* é uma medida de desigualdade desenvolvida pelo estatístico italiano Corrado Gini, e publicada no documento “*Variabilità e mutabilità*” (“*Variabilidade e mutabilidade*” em italiano), em 1912. É comumente utilizada para calcular a desigualdade de distribuição de renda mas pode ser usada para qualquer distribuição. Ele consiste em um número entre 0 e 1, onde 0 corresponde à completa igualdade de renda (onde todos têm a mesma renda) e 1 corresponde à completa desigualdade (onde uma pessoa tem toda a renda, e as demais nada têm).

maior desigualdade, à frente apenas de Colômbia, Paraguai, África do Sul, Botswana, Namíbia, Lesoto, Haiti, República Centro Africana e Serra Leoa”¹¹⁶.

No que se refere ao Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), que mensura também a educação e a expectativa média de vida, se observa igualmente notável contraste entre os extratos sociais. Entre os 20% mais ricos da população, o Brasil revela um IDH superior à média da Islândia, país de maior desenvolvimento humano. Mas ao considerar os 20% mais pobres, o IDH brasileiro seria o mesmo registrado pela Índia. Na média, o País registrou IDH de 0,807, posicionando-se no 70º lugar em 2007/2008, num universo de 170 países e em 73º em 2010¹¹⁷.

Enquanto se redigia esta tese, novo IDH foi divulgado em novel formato. Muito embora se reconheça que “o Brasil avançou de 0,715 em 2010 para 0,718 em 2011, e fez o país subir uma posição no *ranking* global do Relatório de Desenvolvimento Humano (RDH) deste ano”, esse documento informa que o País saíra “85ª para a 84ª posição, permanecendo no grupo dos países de alto desenvolvimento humano”¹¹⁸. A reclassificação provocou manifestações de indignação por parte dos estudiosos, que destacaram não serem comparáveis as projeções posto que “a lista de 2010 trazia 169 países, enquanto a lista desse ano (2011) traz 187 – 18 países a mais do que no ano passado”¹¹⁹.

Não obstante o Brasil registre um índice Gini de 0,5304 e precise de “mais de 30 anos para atingir o nível da desigualdade americano (0,42)”¹²⁰, recente pesquisa coordenada por Marcelo Néri (“Desigualdade de Renda na

O índice de Gini é o coeficiente expresso em pontos percentuais (é igual ao coeficiente multiplicado por 100). http://pt.wikipedia.org/wiki/Coeficiente_de_Gini, acesso em 29/04/2011.

¹¹⁶ DORTIER, Jean-Francois. *Dicionário de Ciências Humanas*. Trad. M. V. M. de Aguiar (coordenação). São Paulo: Martins Fontes, 2010.

¹¹⁷ Disponível em: http://hdr.undp.org/en/media/HDR_20072008_PT_indicators.pdf, acesso em 29/04/2011.

¹¹⁸ Relatório do Desenvolvimento Humano de 2010 – Edição do 20º Aniversário. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/home/index.php>, acesso em 04/11/2011.

¹¹⁹ COMIM, Flavio. *IDH: subiu ou desceu?* Adverte este professor da UFRGS que, no entanto, “segue o fato de o IDH brasileiro tem crescido a taxas decrescentes, passando de um crescimento médio anual de 0,87% ao ano no período 1980-2011, para 0,86% ao ano de 1990-2011 até os atuais 0,69% ao ano de 2000-2011”. Frisa o professor gaúcho que “o Brasil avança a passos lentos nas áreas de saúde e educação” e que o lançamento do novo IDH “deve servir como alerta para que o país possa se ver no mundo dentro da ótica do desenvolvimento humano, não como sua sétima economia, mas como um país que ainda deve muito aos seus cidadãos”. O GLOBO, 03/11/2011, p. 18.

¹²⁰ O GLOBO, 04/05/2001, p. 25 (entrevista com Marcelo Neri).

Década”) revela dados bastante alvissareiros relativamente à progressiva redução das desigualdades sociais, a partir de 2001.

Segundo este pesquisador do Centro de Pesquisas Sociais da Fundação Getúlio Vargas, não há na história brasileira “estatisticamente documentada desde 1960, nada similar à redução da desigualdade de renda observada desde 2001”. O estudo revela dados eloqüentes, mostrando que “no período de 2001 a 2009 a renda dos 10% mais pobres cresceu 440% mais que a dos 10% mais ricos”. A conclusão é a de que se a década de 1990 foi marcada pela estabilização da economia, “a de 2000 foi a da redução da desigualdade de renda”¹²¹.

Considerando-se que o Ministério do Desenvolvimento Social estabelece como vivendo abaixo da linha de extrema pobreza aquela parcela da população que dispõe de renda mensal no valor de R\$ 70,00 (setenta reais)¹²² e levando em conta, de acordo com dados coligidos por este órgão governamental, com base no Senso 2010, que este número equivale a 16,2 milhões de pessoas em todo o País, não há dúvida de que as desigualdades sociais brasileiras ainda são bastante acentuadas¹²³, não obstante a proclamada diminuição da desigualdade de renda.

1.1.2.7.2

desigualdades regionais

Tratando-se o Brasil de país com dimensões continentais, razoável que

¹²¹ NERI, Marcelo Côrtes (coord). *Desigualdade de Renda na Década*. Fundação Getúlio Vargas: Centro de Pesquisas Sociais. Disponível em: http://www.fgv.br/cps/bd/DD/DD_Neri_Fgv_TextoFim3_PRINC.pdf, acesso em 04/05/2011.

¹²² O câmbio do dia em que está sendo escrito este capítulo apresenta a seguinte cotação do Real em relação ao Dólar norte-americano: US\$ 1,00 para R\$ 1,605 (O Globo, 05/05/2011, p. 21)

¹²³ Disponível em: <http://www.mds.gov.br/saladeimprensa/noticias/2011/maio/brasil-sem-miseria-atendera-16-2-milhoes-de-pessoas>, acesso em 04/05/2011. Esclarece o sítio do Ministério do Desenvolvimento Social que “para definição do público, além da renda, o governo levou em conta aspectos como a infraestrutura das residências, o nível de escolaridade e a idade dos moradores. De acordo com os dados do IBGE, 46,7% dos extremamente pobres moram na zona rural. Dos brasileiros residentes no campo, um em cada quatro se encontra em extrema pobreza. Nordeste e Norte são as regiões com os maiores índices da população em situação de miséria: 18,1% e 16,8%, respectivamente. De cada cem brasileiros na extrema pobreza, 75 moram em uma dessas duas regiões. Dos brasileiros com 15 anos ou mais, que ganham até R\$ 70 por mês e que vivem na zona rural, 30,3% são analfabetos. Na área urbana, esse índice é de 22%. Entre os extremamente pobres, 50,5% são mulheres e 70,8% se declararam pretas ou pardas. No conjunto da população indígena, 39,9% estão em situação de miséria. Os dados revelam ainda que quase a metade do público mais pobre residente na área rural não tem banheiro no domicílio”.

existam marcantes diferenças não apenas culturais, mas também essencialmente econômicas entre as diversas regiões que o compõem, as quais, por motivos diversos, não cabe aprofundar neste trabalho.

É certo, contudo, que se percebem no País enormes distinções no tocante à diversidade natural, cultural, econômica, social e política do seu território. Por tais razões, com base em “conceitos e métodos reveladores da importância crescente da articulação econômica e da estrutura urbana na compreensão do processo de organização do espaço brasileiro”¹²⁴, estudos concluídos em 1970, procedidos com base em outros que se desenvolveram ao longo da História do Brasil, resultaram na demarcação territorial de cinco macrorregiões, quais sejam: Norte, Nordeste, Sudeste, Sul e Centro-Oeste, permanecendo este critério em vigor até os dias de hoje.

Ocorre que as desigualdades socioeconômicas existentes entre estas regiões é demasiado elevada. Segundo dados coletados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) no censo demográfico de 2010, o total registrado da população brasileira na data referência foi de 190.755.799 habitantes. Desse montante, nada menos do que 42,1% (80.364.410 hab.) habitam a Região Sudeste¹²⁵. Esta observação seria por si só suficiente para demonstrar a enorme disparidade regional em termos demográficos.

Mas as distorções se mostram mais eloquentes quando se procede a comparações regionais: enquanto na Região Sudeste 81% dos domicílios está dotado de rede de esgoto, na Região Norte esta obrigação estatal não alcança sequer 13,9% e na Região Nordeste cobre apenas 33,9% dos lares¹²⁶.

Em termos econômicos são também significativas as desigualdades. Segundo o IBGE, 60,5% de famílias vivem com renda de até um salário mínimo *per capita*. No censo de 2000 este percentual era ainda maior (66,6%). Comentando estes números na imprensa, Marcelo Medeiros (Departamento de Sociologia da UnB) pontua que “apesar da melhora no mercado de trabalho e da queda da desigualdade, não houve uma mudança na estrutura. Continuamos com

¹²⁴ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). *Sinopse do Censo Demográfico – 2010*. Rio de Janeiro: IBGE, 2010, p. 24.

¹²⁵ BRASIL. IBGE. *Sinopse...*cit. p. 69.

¹²⁶ O GLOBO, 30/04/2011 (2ª ed.), p. 3.

uma massa da população de baixa renda, separando-se de uma pequena elite muito rica”. Acrescenta o professor que permanecem presentes os padrões clássicos da sociedade brasileira, ou seja, uma grande massa de baixa renda e uma “mobilidade muito curta na pirâmide de renda”, já que “as pessoas conseguem ascender, mas não dão grandes saltos”¹²⁷.

A fim de encontrar resposta para a ocorrência de tão gritantes desigualdades regionais no País, poder-se-ia argumentar, com Celso Furtado, que a formação de grandes centros urbanos industrializados na Região Sudeste propiciou (e ainda propicia) significativo movimento de pessoas das áreas rurais em sua direção na busca de colocações profissionais mais bem remuneradas e melhores condições de vida, pois segundo este autor,

“(…) nos países subdesenvolvidos, exportadores de produtos primários e importadores de manufaturas, a formação de um ou dois grandes centros urbanos, que concentram o mercado de artigos manufaturados, constitui fator decisivo da localização da atividade industrial. Como se inicia a industrialização com indústrias ligeiras, como a têxtil, ou as de produtos perecíveis, como a de alimentos, a proximidade do mercado constitui o fator predominante. Em outros casos, a atividade industrial consiste na transformação de produtos importados semi-elaborados. Como o principal centro urbano é também o principal porto ou está servido por este, reforça-se a tendência anotada. Finalmente, a redução progressiva dos custos relativos aos transportes veio acelerar nestes países a tendência à concentração da atividade industrial”¹²⁸,

Isso torna cada vez mais agudas estas diferenças regionais, na medida em que o parque industrial instalado nos centros urbanos não tem condições de absorver todo o contingente de trabalhadores que acorrem em sua direção, nem se verifica preocupação concreta do poder público no sentido de efetivar políticas que evitem este êxodo, criando condições para a manutenção dos trabalhadores rurais no campo.

Não custa antecipar a observação mais adiante desenvolvida, no sentido de que as consequências sociais decorrentes destas distorções não raras vezes desembocam no Direito Penal, chamado a dar solução ao conflito social instalado, sendo este ramo do direito utilizado como mecanismo de controle

¹²⁷ O GLOBO, 30/04/11, p. 10.

¹²⁸ FURTADO, Celso. *Teoria e Política do Desenvolvimento Econômico*. São Paulo: Abril Cultural (Os Economistas), 1983, p. 231-232.

destinado a selecionar e excluir aqueles que não se integraram formalmente às necessidades do mercado consumidor, que sobrevivem utilizando-se de estratégias de sobrevivência tidas por ilegais e criminosas, em virtude do modelo político-criminal adotado (comércio de produtos falsificados ou contrabandeados ou mesmo drogas ilícitas).

1.1.2.8

busca do pleno emprego

Na conformidade da lição de Sandroni, *emprego*, em sentido amplo, é o “uso do fator de produção de uma empresa”. Para este autor, “a oferta total de empregos que um sistema econômico pode proporcionar depende do que se produz, da tecnologia empregada e da política econômica governamental e empresarial”. Acrescenta que o “nível de emprego consiste na relação entre aqueles que podem e desejam trabalhar e os que efetivamente o conseguem, isto é, aqueles que, em tese, são necessários para criar o produto social”¹²⁹.

A Emenda Constitucional n. 1/69, em seu artigo 160, inciso VI, sintetizava na expressão “expansão das oportunidades de emprego produtivo”, um dos princípios em que se deveria assentar a ordem econômica, tomando-a, em regra, “como se estivesse referindo, exclusivamente, ao pleno emprego do fator trabalho”. Na Carta de 1988, substituiu-se, corretamente, aquela expressão por “pleno emprego”, com a conotação keynesiana¹³⁰ de “emprego pleno de todos os

¹²⁹ SANDRONI, Paulo. *Dicionário...* p. 290.

¹³⁰ Segundo KEYNES, “o volume de emprego depende do nível de receita que os empresários esperam receber da correspondente produção. Os empresários, pois, esforçam-se por fixar o volume de emprego ao nível em que esperam maximizar a diferença entre a receita e o custo dos fatores”. (...) Assim, “dada a propensão a consumir e a taxa do novo investimento, haverá apenas um nível de emprego compatível com o equilíbrio, visto que qualquer outro levaria a uma desigualdade entre o preço da oferta agregada da produção em conjunto e o preço da demanda agregada. Este nível não pode ser maior que o *pleno emprego*, isto é, o salário real não pode ser menor que a desutilidade marginal do trabalho. Mas não há, em geral, razão para que ele seja *igual* ao pleno emprego. A demanda efetiva associada ao pleno emprego é um caso especial que só se verifica quando a propensão a consumir e o incentivo para investir se encontram associados entre si numa determinada forma. Esta relação particular, que corresponde às hipóteses da teoria clássica, é, em certo sentido, uma relação ótima. Mas ela só se verifica quando, por acidente ou desígnio, o investimento corrente proporciona um volume de demanda justamente igual ao excedente do preço da oferta agregada da produção resultante do pleno emprego sobre o que a comunidade decida gastar em consumo quando se encontre em estado de pleno emprego” KEYNES, John Maynard. *A Teoria Geral do Emprego do Juro e da Moeda* (trad. M. R. da Cruz). São Paulo: Nova Cultural (Coleção “Os economistas”), 1985, p. 30-32.

recursos e fatores da produção”¹³¹.

Como norma principiológica de natureza programática, a “busca do pleno emprego” visa dar concretude à ideia de que cada brasileiro possa ter uma atividade remunerada capaz de lhe possibilitar a realização de outros direitos constitucionais (saúde, moradia, vestuário etc.), com o objetivo de transformar o Brasil naquela almejada sociedade justa e igualitária, desenvolvida, livre da pobreza e de preconceitos (Art. 3º, CF).

Para que o Estado brasileiro possa atingir tal desiderato, “urge a implementação de políticas públicas para a garantia de sua concretização, proporcionando a todos igualdade real de oportunidades”. No entanto, “uma organização política liberal dificilmente pode efetivar o pleno emprego, sendo necessária a construção de um Estado social, que intervenha em vários setores da sociedade para possibilitar que os cidadãos tenham acesso à plenitude de ocupação laboral”¹³².

1.1.2.9

tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País

Este princípio vai de encontro àquele instituído no inciso IV do mesmo artigo 170 da Carta, que prevê a “livre concorrência”. Ao estabelecer que determinadas empresas, ainda que apenas as de “pequeno porte” podem ter “tratamento favorecido” a Constituição se mostra contraditória, havendo nítido conflito entre princípios que orientam a ordem econômica do País.

Qualquer forma de favorecimento inibe a competitividade, seja aquele expresso na isenção de impostos para certas atividades, na concessão facilitada de empréstimos por parte de instituições financeiras públicas ou mesmo pela aplicação do sistema de subsídios para produção de determinados produtos ou serviços, podendo gerar indesejadas distorções, notadamente no caso dos

¹³¹ GRAU, Eros. *Op. cit.* (2007), p. 253.

¹³² TAVARES, André Ramos *et alli* (DIMOULIS, Dimitri – org.). *Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva/Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais, 2007, p. 265.

subsídios, pois os déficits que provocam “são cobertos com novas emissões de papel moeda, aumentos de impostos e ampliação da dívida interna mediante o lançamento no mercado de um volume maior de títulos da dívida pública”¹³³.

O princípio em questão está em parte reproduzido no artigo 179 da Carta, que estabelece que 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”.

Este dispositivo constitucional foi regulamentado por uma série de leis, findando por ser consolidado na Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, conhecida como o “Estatuto da Microempresa”. Esta lei estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere (I) à apuração e recolhimento dos impostos e contribuições; (II) ao cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias, inclusive obrigações acessórias; e (III) ao acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão, estabelecendo ainda as diferenças entre microempresas e sociedades empresárias de pequeno porte, as quais estão definidas em seu artigo terceiro¹³⁴.

¹³³ SANDRONI, Paulo. *Dicionário...* p. 803.

¹³⁴ Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: I - no caso das microempresas, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais); II - no caso das empresas de pequeno porte, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).

1.1.2.10

livre exercício de atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei

O parágrafo único do artigo 170 da Carta, por se referir ao exercício de “atividade econômica”, seja ela industrial, comercial ou artesanal, trata de aspecto distinto daquele verificado no seu artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, que assegura a todos o “livre exercício de qualquer trabalho ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

A garantia constitucional supra citada está dirigida à regulamentação de determinadas atividades, como o exercício da medicina, da engenharia ou de outras atividades que dispõem de estatutos próprios, obrigando os que as exercem a atender aos requisitos legais para tal.

O parágrafo único do artigo 170 tem sentido mais amplo e está relacionado à atividade empreendedora, servindo, sobretudo, como um estímulo à criatividade, pois não opõe obstáculo a nenhuma atividade, ressalvando, apenas, as hipóteses em que a lei os interponha.