

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

Paulo Sérgio Ribeiro

Desenvolvimento econômico e o direito ao mínimo existencial: a moradia como serviço público essencial à concretização da dignidade da pessoa humana

Mestrado em Direito

São Paulo
2016

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

Paulo Sérgio Ribeiro

Desenvolvimento econômico e o direito ao mínimo existencial: a moradia como serviço público essencial à concretização da dignidade da pessoa humana

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito das Relações Sociais, sob a orientação do Professor Doutor Thiago Lopes Matsushita.

São Paulo
2016

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Tantos são merecedores de agradecimento neste momento de felicidade que tenho a preocupação de pecar pela omissão.

Agradeço, em primeiro lugar, a *Deus*, arquiteto universal, fonte e finalidade da caminhada.

A meus pais, José Moraes Ribeiro e Verônica Moraes Ribeiro, responsáveis pela sólida formação moral e intelectual, porto seguro para ancorar nos momentos de aflição e angústia, exemplo de dedicação a ser seguido para toda a existência. Registro o apoio e a compreensão de meu irmão e sobrinho, fundamentais para a consolidação dos estudos.

A minha “mãe jurídica”, desembargadora Rosana Amara Girardi Fachin, exemplo de magistrada e pessoa, cujos ensinamentos guiam minha carreira e minha vida. Registro que seu exemplo foi essencial para abrir os olhos daquele jovem estagiário a seguir seus passos na magistratura e na vida acadêmica. Minha eterna gratidão aos amigos do gabinete pelos ensinamentos absorvidos nos muitos anos de convivência.

Aos professores da Universidade Federal do Paraná responsáveis pela iniciação na ciência jurídica e pela sólida formação adquirida no saudoso período da graduação. Aos queridos professores da pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, personificados na pessoa do ilustre mestre e amigo doutor Robson Maia Lins, responsável pelo redespertar acadêmico motivado, em grande medida, pela humildade intelectual cativante e arguta inteligência desse “eterno mestre”. Não poderia deixar sem registro as grandes amizades realizadas durante o período de realização dos créditos acadêmicos ao longo do programa.

Registro o agradecimento especial ao querido amigo desembargador Mairan Maia, principal incentivador para ingresso no programa de mestrado, exemplo de magistrado e de professor, cujos ensinamentos balizam a jornada diuturna deste eterno aprendiz.

Essencial destacar o apoio dos amigos no desenvolvimento do trabalho, ressaltando a compreensão e paciência de todos aqueles que estiveram a meu lado durante o desenvolvimento dos estudos. Destaque especial aos amigos, integrantes do XV concurso, registro que faço na pessoa da querida amiga Ana Lya, porto seguro nos momentos mais difíceis passados durante o desenvolvimento do trabalho. Agradecimento particular aos amigos Bruno Marzullo Zaroni e Guilherme Romam Borges pelos debates e reflexões essenciais para o desenvolvimento da pesquisa.

Essencial enaltecer o companheirismo, o carinho e a compreensão da minha linda Mônica, responsável por eternizar a alegria nos mais singelos momentos e porto seguro deste naufrago nos momentos derradeiros da jornada.

Destaque especial reservo a meu amigo e orientador Thiago Lopes Matsushita, responsável e motivador do desenvolvimento da presente pesquisa, representante ímpar da nova geração de pesquisadores, exemplo a ser seguido por aqueles que se aventuram nos trilhos do desenvolvimento acadêmico.

“Eu tinha vontade de fazer como os dois homens que vi sentados na terra escovando osso. No começo achei que aqueles homens não batiam bem. Porque ficavam sentados na terra o dia inteiro escovando osso. Depois aprendi que aqueles homens eram arqueólogos. E que eles faziam o serviço de escovar osso por amor. E que eles queriam encontrar nos ossos vestígios de antigas civilizações que estariam enterrados por séculos naquele chão. Logo pensei de escovar palavras. Porque eu havia lido em algum lugar que as palavras eram conchas de clamores antigos. Eu queria ir atrás dos clamores antigos que estariam guardados dentro das palavras. Eu já sabia que as palavras possuem no corpo muitas oralidades remontadas e muitas significâncias remontadas. Eu queria então escovar as palavras para escutar o primeiro esgar de cada uma. Para escutar os primeiros sons, mesmo que ainda bigrafos. Comecei a fazer isso sentado em minha escrivaninha. Passava horas inteiras, dias inteiros fechado no quarto, trancado, a escovar palavras. Logo a turma perguntou: o que eu fazia o dia inteiro trancado naquele quarto? Eu respondi a eles, meio entresenhado, que eu estava escovando palavras. Eles acharam que eu não batia bem. Então eu joguei a escova fora”.

"Escova"

Manoel de Barros

RESUMO

A presente dissertação tem como objetivo primordial o estudo sobre a moradia como direito fundamental social imprescindível para a materialização da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, e os mecanismos de concretização desse direito no mundo do ser. A Constituição Federal de 1988 adota uma concepção capitalista humanista, cujo escopo último é a promoção dos direitos fundamentais, viabilizada por meio da reversão das benesses do desenvolvimento econômico para a consolidação desses direitos. O Estado surge e desenvolve-se visando a servir os homens de modo a promover as condições essenciais para a interdependência que se concretiza no fornecimento de serviço público. Assegurar a todos os bens essenciais ao pleno desenvolvimento – mínimo existencial – é tarefa do Estado, cujo fornecimento de moradia à população de baixa renda integra o núcleo essencial desse dever estatal.

Palavras-chave: Função do Estado. Ordem econômica. Direito fundamental. Serviço público. Moradia.

ABSTRACT

This dissertation has as main objective the study of social housing as a fundamental right essential to the realization of human dignity, the foundation of the Federative Republic of Brazil, and this right delivery mechanisms in the world of being. The 1988 Federal Constitution adopts a humanistic capitalist conception, the ultimate scope is the promotion of fundamental rights, made possible through the reversal of the benefits of economic development for the consolidation of these rights. The State emerges and develops in order to serve men in order to promote the essential conditions for the interdependence that is realized in providing public service. Ensure all the essential goods to the full development - existential minimum - is the state's task, the supply of housing for low-income population is part of the essential core of state duty.

Keywords: state function; Economic Order; Fundamental right; Public service; Home.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 O ESTADO MODERNO E O SEU PAPEL NA SOCIEDADE HODIERNA.....	16
2.1 Sociedade e Estado: origem, finalidade e evolução	16
2.1.1 <i>Estado, função e finalidade constitucionalmente atribuída</i>	18
2.1.2 <i>O Estado hodierno e a finalidade</i>	20
2.2 Estado, liberdade e igualdade	22
2.3 Modelos econômicos de Estado.....	29
2.3.1 <i>Estado mínimo ou liberal</i>	31
2.3.2 <i>Estado intervencionista</i>	32
2.3.3 <i>Estado social.....</i>	34
2.3.4 <i>Estado socialista</i>	36
2.3.5 <i>Estado “neoliberal”</i>	38
2.3.6 <i>Estado desenvolvimentista.....</i>	40
3 ESTADO, DIREITO E ECONOMIA: O DESENVOLVIMENTO SOCIAL, JURÍDICO E CULTURAL COMO LIBERDADE E IGUALDADE	43
3.1 O desenvolvimento econômico como elemento do desenvolvimento social.....	45
3.1.1 <i>Em busca das externalidades positivas do desenvolvimento econômico.....</i>	49
3.2 O conceito jurídico constitucional de dignidade da pessoa humana: a dignidade da pessoa humana como baldrame fundamental da ordem econômica	52
3.3 O modelo capitalista como mecanismo de implementação do bem-estar social	56
3.3.1 <i>O capitalismo como modelo econômico para o desenvolvimento humano: o capitalismo humanista.....</i>	60
3.3.2 <i>A Constituição de 1988 e a ordem econômica: em busca de um conceito de desenvolvimento econômico e social.....</i>	62
4 REFLEXÕES SOBRE A ORDEM ECONÔMICA: ANÁLISE DA REGRA MATRIZ DA ORDEM ECONÔMICA.....	66
4.1 O conceito de Constituição econômica	66
4.2 A ordem econômica: conceito e delimitação	70
4.3 Os baldrames da intervenção do Estado da economia: interpretação da ordem econômica (artigo 170 da Constituição Federal)	74
4.3.1 <i>Regra matriz da ordem econômica: fundamentos, finalidades e princípios da ordem econômica</i>	76

4.3.2 <i>Análise pós-positivista da concretização dos baldrames programáticos da ordem econômica</i>	77
4.3.3 <i>Fundamento da ordem econômica</i>	80
4.3.3.1 Valorização do trabalho	81
4.3.3.2 Livre-iniciativa	82
4.3.4 <i>Finalidade e ditames da ordem econômica</i>	84
4.3.4.1 Assegurar existência digna a todos	84
4.3.4.2 Justiça social	87
4.3.5 <i>Os princípios da ordem econômica</i>	90
4.3.5.1 A soberania nacional	90
4.3.5.2 A propriedade privada e a função social da propriedade	92
4.3.5.3 A livre concorrência	95
4.3.5.4 Defesa do consumidor	96
4.3.5.5 Defesa do meio ambiente	97
4.3.5.6 Redução das desigualdades regionais e sociais	99
4.3.5.7 Busca do pleno emprego	101
4.3.5.8 Tratamento favorecido às empresas de pequeno porte	102
5 A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA	104
5.1 Classificação das formas de intervenção no domínio econômico adotada por Eros Roberto Grau	106
5.2 A intervenção indireta do Estado na economia	109
5.2.1 <i>Fiscalização</i>	111
5.2.2 <i>Incentivo ou fomento</i>	112
5.2.3 <i>Planejamento</i>	113
5.3 A intervenção direta do Estado na economia	114
5.3.1 <i>Pressupostos para o exercício da intervenção direta do Estado na ordem econômica</i>	116
6 ATIVIDADE ECONÔMICA DO ESTADO	119
6.1 Regulação constitucional da atividade econômica	119
6.2 Atividade econômica do Estado em sentido estrito	121
6.2.1 <i>Atividade econômica em regime de concorrência</i>	124
6.2.2 <i>Atividade econômica em regime de monopólio</i>	125
6.3 Serviço público	127
6.3.1 <i>Análise da visão doutrinária sobre o conceito/noção de serviço público</i>	129
6.3.1.1 A diferenciação entre serviço público e outros institutos de ação administrativa	132

6.3.2 <i>Distinção entre atividade econômica em sentido estrito e serviço público: reflexão sobre a atividade administrativa de prestação do serviço público</i>	133
6.3.3 <i>A delimitação constitucional dos serviços públicos: a posição do Estado como provedor dos direitos fundamentais</i>	138
6.3.4 <i>Noção de serviço público à luz da Constituição de 1988</i>	141
6.3.5 <i>Serviço público x atividade econômica x serviço de interesse público: uma reflexão sobre o conceito de serviço público à luz da realidade hodierna</i>	143
6.4 O papel instrumental dos serviços públicos na implementação dos direitos fundamentais sociais: uma reflexão à luz dos objetivos e fundamentos da República Federativa do Brasil	145
7 O ESTADO E A IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA DIMENSÃO: ANÁLISE DO DIREITO SOCIAL À MORADIA COMO MANIFESTAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL	148
7.1 Reflexões preliminares sobre os Direitos Fundamentais	149
7.1.1 <i>Direitos humanos x direitos fundamentais: uma delimitação necessária</i>	156
7.2 Os Direitos Fundamentais de segunda dimensão e sua implementação no Estado hodierno: uma reflexão sobre o mínimo existencial e da emancipação integral do indivíduo	158
7.2.1 <i>O problema da eficácia dos direitos fundamentais de segunda dimensão à luz da Constituição Federal de 1988</i>	163
7.2.1.1 <i>Validade, vigência, eficácia e vigor: uma abordagem preliminar e necessária</i>	163
7.2.1.2 <i>Eficácia jurídica, técnica e social</i>	164
7.2.1.3 <i>(In)eficácia técnica com enfoque no plano sintático, semântico e pragmático</i>	165
7.2.3 <i>Da programaticidade à eficácia das normas de direito social: evolução no Estado Social e Democrático de Direito</i>	166
7.2.4 <i>Ponderações sobre a eficácia dos direitos fundamentais sociais cuja implementação exige prestação material</i>	169
7.2.4.1 <i>O conflito entre a eficácia dos direitos sociais prestacionais e a “reserva do possível”</i>	173
7.3 A moradia como direito fundamental da pessoa humana	175
7.3.1 <i>A moradia como direito humano: breve ponderação sobre os veículos normativos internacionais relativos ao direito à moradia</i>	176
7.3.2 <i>Moradia como direito fundamental: esboço sobre a evolução do direito fundamental à moradia no Brasil</i>	180

7.4 Noção de direito à moradia: análise da moradia como manifestação do mínimo existencial.....	181
8 A PROMOÇÃO DO DIREITO À MORADIA E A ATUAÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA.....	188
8.1 Política pública para implementação do direito fundamental à moradia.....	191
<i>8.1.1 A implementação da política habitacional: reflexão sobre as formas de promoção do direito à moradia.....</i>	<i>194</i>
8.2 O Estado e a promoção do direito à moradia por meio de financiamento da casa própria	202
<i>8.2.1 Reflexões sobre o Sistema Financeiro Habitacional e pelo Sistema Financeiro Imobiliário</i>	<i>205</i>
<i>8.2.2 Ponderações sobre o Programa de Subsídio à Habitação de Interesse Social (PSH) e ao Sistema Nacional da Habitação de Interesse Social (SNHIS).....</i>	<i>208</i>
8.3 A política pública habitacional popular como serviço público.....	213
<i>8.3.1 A experiência espanhola da moradia como serviço público: reflexão crítica sobre os mecanismos de implementação em relação aos mecanismos aplicados no Brasil....</i>	<i>214</i>
<i>8.3.2 A moradia no contexto do Tratado da União Europeia e a posição da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia</i>	<i>219</i>
<i>8.3.3 A moradia popular como serviço público: uma reflexão à luz da Constituição de 1988</i>	<i>221</i>
<i>8.4 A Caixa Econômica Federal e o direito fundamental à moradia: uma análise do regime jurídico na atuação como agente estatal.....</i>	<i>224</i>
<i>8.4.1 A Caixa Econômica Federal sua natureza híbrida: reposicionamento da Caixa Econômica Federal no mercado</i>	<i>228</i>
<i>8.4.2 Ponderação de caso concreto: a cobrança de tributo em face de imóveis retomados pela CEF e destinados a programas sociais de habitação para pessoas de baixa renda .</i>	<i>232</i>
9 CONCLUSÃO.....	237
REFERÊNCIAS	246

1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como escopo analisar a inter-relação entre o desenvolvimento econômico e a concretização dos direitos fundamentais, manifestações essenciais do postulado da dignidade da pessoa humana, ponderando o influxo da adoção do modelo capitalista de produção em relação ao desígnio do Estado.

É essencial ponderar o escopo da estrutura estatal, enfatizando o eixo principal de sustentação – pessoa humana – e pontuando que a finalidade é assegurar, implementar e consolidar os direitos do homem, nos termos do artigo 1º da Declaração Universal do Direitos Humanos.

Implementar os direitos humanos é assegurar a existência da pessoa humana, porquanto não há condição de existência sem que haja um mínimo de direitos que assegurem dignidade. Ter o mínimo de direitos não se confunde com assegurar a sobrevivência, mínimo essencial para manter-se vivo: trata-se de garantir todos os direitos essenciais para que o indivíduo possa desenvolver-se plenamente como pessoa, de forma a adotar, livremente, as opções essenciais para a condução de sua vida.

A Constituição de 1988 fixou no artigo 1º que a República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito, tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, sedimentando, portanto, a opção da pessoa humana como eixo central do Estado. Destarte, o Estado surge, desenvolve e tem por finalidade consolidar a dignidade dos indivíduos, a qual se efetiva por meio do reconhecimento, da promoção e da consolidação dos direitos fundamentais, exteriorizações do baldrame da dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais são manifestações convertidas em direitos que visam a consolidar a dignidade do indivíduo, assegurando-lhe liberdade, igualdade e fraternidade, pilares essenciais para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

A consolidação dos direitos fundamentais tem sido preocupação constante para os Estados hodiernos, uma vez que, a partir da superação do *ancien régime*, compete a eles o reconhecimento, a materialização e a expansão dos direitos fundamentais essenciais para o desenvolvimento dos indivíduos.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão, ligados ao direito à liberdade, consolidaram-se de forma mais rápida, tendo em vista os anseios que suscitaram as revoluções liberais, cuja motivação principal foi a limitação do arbítrio do poder central – poder monárquico –, bem como pela sua característica como direito negativo, relacionado à

limitação de ação arbitrária do Estado ou dos indivíduos que possam agredir o valor essencial da liberdade.

O reconhecimento e a implementação dos direitos fundamentais de primeira dimensão, traduzidos na sua eficácia, têm sido verificados na atuação diuturna, com ênfase especial ao reconhecimento pormenorizado introduzido na Constituição de 1988 da tutela da liberdade. Entretanto, não se pode fechar os olhos para as agressões verificadas aos direitos de liberdade, as quais vem sendo coibidas tendo em vista o reforço da tutela destes em razão do reconhecimento da eficácia imediata dos direitos fundamentais, nos termos do disposto no artigo 5º, § 2º da Constituição Federal.

Questão que vem trazendo inquietações na doutrina e na prática jurisdicional diz respeito à eficácia dos direitos fundamentais sociais, direitos fundamentais de segunda dimensão. Trata-se de direitos fundamentais que visam à tutela do direito à igualdade em seu viés material, cuja essência é assegurar condições mínimas para que as pessoas possam desenvolver-se livremente em sociedade.

Com efeito, não é possível admitir que os indivíduos que não têm condições mínimas para viver, que não têm acesso a bens materiais mínimos, essenciais para o desenvolvimento, tenham condições para agir em igualdade na sociedade, restando vilipendiada, ao final, sua própria liberdade, porquanto não têm condições para agir livremente, pois suas escolhas são condicionadas pela falta de elementos mínimos que assegurem um palco adequado para seu pleno desenvolvimento.

Nesse cenário de liberdade e igualdade condicionadas é que se insere a presente pesquisa, uma vez que assegurar o mínimo essencial à pessoa é elemento fundamental para o desenvolvimento de um Estado Democrático de Direito, cuja dignidade da pessoa humana é valor essencial de sua construção.

A consolidação dos direitos sociais como direitos fundamentais é premissa para o desenvolvimento do trabalho que, além da análise dos direitos fundamentais – em especial o direito fundamental social à moradia –, apresenta digressão da finalidade do Estado e do seu papel na ordem econômica, circunstância essencial para o desenvolvimento do tema nodal do trabalho: a moradia como serviço público.

O trabalho apresenta-se distribuído em nove capítulos que podem ser agrupados em dois grandes segmentos. O primeiro analisa o papel do Estado e a sua atuação da ordem econômica. O segundo avalia a questão dos direitos fundamentais de segunda dimensão e, em especial, o direito à moradia, ponderando a forma de implementação desse importante direito fundamental.

De forma sintética, o trabalho será desenvolvido da seguinte forma:

Após a introdução, o segundo capítulo dedicar-se-á à análise do Estado e da sociedade ponderando a finalidade do Estado hodierno, apresentando, ao final, digressão sobre os modelos econômicos de Estado.

Na sequência, analisar-se-á a inter-relação entre o Estado e a economia, ponderando em especial sobre a questão do desenvolvimento econômico como elemento para o progresso social essencial à consolidação da dignidade da pessoa humana, finalizando a abordagem com a reflexão sobre a opção capitalista do Estado brasileiro e o reconhecimento do capitalismo humanista.

No quarto capítulo, efetivar-se-á o estudo da regra matriz da ordem econômica refletindo sobre os conceitos de constituição econômica e ordem econômica, ponderando, analiticamente, sem a pretensão de esgotamento, os baldrames da ordem econômica, artigo 170 da Constituição Federal.

O capítulo 5 dedicar-se-á à ponderação dos mecanismos de intervenção do Estado na economia, analisando as formas de intervenção indireta e direta do Estado na ordem econômica.

A reflexão sobre a atividade econômica do Estado é o tema principal de estudo no sexto capítulo, destacando a avaliação sobre o conceito de atividade econômica em sentido lato e de atividade econômica em sentido estrito, ressaltando, ao final, reflexão sobre o serviço público.

Como já pontuado, a partir do capítulo 7, o trabalho aprofunda a questão dos direitos fundamentais, com especial destaque para os direitos fundamentais sociais – direitos de segunda dimensão. Será abordado o importante tema sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais. Ademais, ao final do capítulo, será avaliado o direito à moradia como direito fundamental social.

Por fim, o capítulo 8 será destinado à reflexão das formas de implementação do direito fundamental à moradia, ponderando as políticas públicas destinadas à concretização desse direito. Especial destaque merece a reflexão sobre a política pública habitacional popular como serviço público e a experiência espanhola. Ao final, ponderar-se-á sobre o papel da Caixa Econômica Federal, empresa pública federal, na implementação da política pública de moradia e o regime jurídico aplicável quando atua visando à materialização do direito fundamental.

É imprescindível destacar que não se tem aqui a pretensão de esgotar os temas levantados, o presente trabalho visa a lançar ideias para a reflexão sobre a matéria abordada. É

fundamental a reflexão sobre o tema da implementação dos direitos fundamentais em especial em tempo de crise econômica, momento em que as questões relacionadas ao “tamanho” e à finalidade do Estado estão no centro das discussões diuturnas da sociedade.

Sem a intenção de causar polêmica, é essencial pontuar, como suma desta introdução, que o Estado brasileiro, por meio da Constituição de 1988, assumiu vários compromissos, entre os quais o de implementar os direitos fundamentais, inclusive os de natureza social. Portanto, materializar e implementar os direitos sociais, como o direito à moradia, é uma obrigação assumida constitucionalmente pelo Estado brasileiro.

2 O ESTADO MODERNO E O SEU PAPEL NA SOCIEDADE HODIERNA

O Estado tem papel essencial na fixação de diretrizes da sociedade e da vida privada, intervindo na política nacional e internacional, na vida privada dos indivíduos, na economia e nos demais setores da sociedade.

Qual a função do Estado? Quais os limites de sua intervenção na esfera privada? Quais os limites para intervenção na economia?

A definição do âmbito de abrangência da ação do Estado na sociedade é fundamental para o correto posicionamento da intervenção promovida para a concretização e implementação de direitos fundamentais de importância ímpar a todos ou a determinados setores da sociedade.

É essencial verificar a opção do Constituinte de 1988 pela implementação do Estado Democrático de Direito. A escolha pela concretização do social é dever constitucionalmente estabelecido, haja vista o imenso rol de direitos prestacionais de conotação social, direitos fundamentais de segunda geração, assegurados na Carta de 1988.

2.1 Sociedade e Estado: origem, finalidade e evolução

A formação da sociedade tem como baldrame de sustentação teórica duas linhas principais de pensamento, cuja análise sumária é necessária para a fixação de algumas premissas básicas para o estudo que se pretende realizar no presente trabalho.

Na primeira, que remonta ao pensamento Aristotélico¹, o homem é um ser social por natureza, cujo instinto de sociabilidade é imanente, um fato natural, que motiva a associação entre os indivíduos com condição de vida, necessidade que o homem tem de colaboração dos demais para atingir seus fins² (cf. DALLARI, 2014, p. 23).

¹ “Não se pode olvidar que, além da liberdade, o mínimo existencial está imbricado no problema da felicidade do homem. Aristóteles já afirmava ser obrigação do Estado garantir uma boa qualidade de vida, sinônimo de felicidade, da qual só não participavam os escravos e os animais, privados da liberdade de escolha. No início do Estado moderno dar assistência aos pobres era incumbência da Igreja, que para tanto tinha direito aos dízimos eclesiásticos. Mudança importante ocorreu com o absolutismo esclarecido: passou para a responsabilidade do Estado garantir o bem-estar dos súditos, separando-se, como defendia *von Justi*, a felicidade eterna (*ewige Glückseligkeit*), a ser alcançada pela religião, da felicidade temporal (*zeitliche Glückseligkeit*), objetivo do Estado; essas idéias iluministas penetraram em Portugal e no Brasil na época pombalina, aliviando o Estado da tributação do mínimo existencial, assumindo a função paternalista de garantir a felicidade geral e a assistência aos pobres e, ambigualmente, reforçando os privilégios financeiros da nobreza e do clero” (TORRES, 1989, p. 31, grifo do autor).

² “Mas é com o liberalismo que se efetiva a transferência para o Estado do dever de prestar assistência aos pobres com o produto da arrecadação de tributos; primeiro na Inglaterra, pelo trabalho de moralistas e juristas e pela legislação iniciada com o *Poor Law Amendment Act* (1834), cumprindo ao Estado garantir a maior

A segunda corrente de pensamento nega o impulso natural como propulsor da sociedade, estabelecendo como eixo central da teoria de formação a ideia de um hipotético acordo de vontades entre todos os homens para a formação da sociedade. O principal expoente dessa teoria é Thomas Hobbes na obra *Leviatã*.

A característica marcante que a distingue da primeira concepção é que nesta o homem opta voluntariamente por sujeitar-se à organização, a qual visa a estabelecer regras disciplinadoras da convivência, de modo que a vida social fica submetida a normas necessárias para superar o estado de natureza. A razão e a vontade dos integrantes limitam sua atuação em sociedade buscando assegurar convivência harmônica aos aderentes (cf. DALLARI, 2014, p. 24-25).

Para fazer prevalecer o pactuado entre os homens, é necessária a construção de aparato, dotado de coerção, que faça prevalecer os limites e as obrigações assumidas. Portanto, visando à implementação e ao cumprimento das obrigações e deveres estabelecidos no contrato, é criado o Estado, estrutura dotada de poder coercitivo necessário para fazer prevalecer o acordo de vontades.

A lição de Dallari (2014, p. 25, grifo do autor), ao dissertar sobre o Estado na teoria contratualista em Hobbes, resume com profundidade a função estrutural que lhe é atribuída:

Tornados conscientes dessas leis os homens celebram o *contrato*, que é a mútua transferência de direitos. E é por força desse ato puramente racional que se estabelece a vida em sociedade, cuja preservação, entretanto, depende da existência de um poder visível, que mantenha os homens dentro dos limites consentidos e os obrigue, por temor ao castigo, a realizar seus compromissos e à observância das leis da natureza anteriormente referidas. Esse poder visível é o Estado, um grande e robusto homem artificial, construído pelo homem natural para proteção e defesa.

Rousseau, retomando as ideias de Hobbes e partindo da premissa da existência de um contrato inicial, estabelece que a ordem social é direito sagrado, baldrame para os demais direitos, e que este é fundamentado na convenção estabelecida pelos integrantes da sociedade. É a vontade, portanto, o fundamento para a constituição da sociedade.

Rousseau vislumbra que, para assegurar a conservação do homem, é necessária a combinação da liberdade e da força, por meio de uma associação organizada que atue soberanamente em nome de todos visando à proteção em comunidade e garantindo a liberdade e igualdade, valores imprescindíveis aos integrantes da associação.

felicidade possível através da ‘razão e do direito’, os princípios liberais transmigraram para Portugal (sic) e para o Brasil, especialmente pela influência da obra de Bentham e do seu conceito formalista de utilidade como obtenção do máximo de felicidade. Assim, na análise da questão da pobreza há de se levar em conta as vicissitudes do princípio da felicidade entre nós, sabido que nos ciclos de autoritarismo (1930-45 e 1964-79) tem havido a ressurgência da figura do Estado fiador da felicidade dos pobres e dos ricos (e talvez mais destes que daqueles)” (TORRES, 1989, p. 31, grifo do autor).

Dallari (2014, p. 28) pontua com propriedade sobre a concepção de Estado para Rousseau, destacando a posição prevalente do soberano e a função instrumental do Estado:

É então que ocorre a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos a favor de toda a comunidade. Nesse instante, o ato de associação produz um corpo moral e coletivo, que é o Estado, enquanto mero executor de decisões, sendo o soberano quando exercita um poder de decisão. O soberano, portanto, continua a ser o conjunto das pessoas associadas, mesmo depois de criado o Estado, sendo a soberania inalienável e indivisível.

Essa associação dos indivíduos, que passa a atuar soberanamente, sempre no interesse do todo que engloba o interesse de cada componente, tem uma vontade própria, que é a vontade geral. Esta não se confunde com uma simples soma das vontades individuais, mas é uma síntese delas. Cada indivíduo, como homem, pode ter uma própria, contrária até à vontade geral que tem como cidadão. Entretanto, por ser a síntese da vontade de todos, a vontade geral é sempre reta e tende constantemente à utilidade pública.

O Estado tem como escopo criar as condições necessárias para que todos os integrantes da sociedade tenham condições de satisfazer os objetivos almejados, que se corporificam no interesse coletivo, fim último a ser concretizado pelo Estado.

2.1.1 Estado, função e finalidade constitucionalmente atribuída

Ao Estado são atribuídas funções que possuem estreita relação com as finalidades dessa estrutura orgânica, portanto, os fins têm importância para o aprofundamento necessário sobre os limites e as prioridades de sua atuação na sociedade. Assim,

[...] todos os julgamentos sobre os valores que o Estado deve perseguir e sobre a maneira pela qual deve atuar dependem, em grande parte, da apreciação que se faça a respeito das finalidades que ele está buscando atingir e das maneiras pelas quais procura consegui-las (DALLARI, 2014, p. 128).

A finalidade do Estado pode ser analisada em seu viés objetivo, ou seja, o papel do Estado no desenvolvimento da história da humanidade. Entretanto, as correntes evolucionistas, em especial a organicista, estabelecem que o Estado tem um fim em si mesmo, negando a finalidade objetiva. Posição diversa assumem os autores que pontificam a existência de fins particulares objetivos, isto é, “[...] cada Estado tem seus fins particulares, que resultam das circunstâncias em que eles surgiram e se desenvolveram e que são condicionantes de sua história” (DALLARI, 2014, p. 109).

Com fundamento na análise subjetiva da finalidade do Estado, pondera-se a relação entre Estado e indivíduo. Para essa posição, o Estado é uma unidade de fim, unidade desenvolvida para realizar inúmeros fins particulares, cuja síntese concretiza os fins do Estado. Desse modo, as instituições, as relações e o desenvolvimento do Estado refletem a vontade humana dos integrantes.

A amplitude das funções do Estado, fruto da análise do relacionamento entre Estado e indivíduo (análise subjetiva), pode ser examinada ponderando sua ação em relação aos fins a serem atingidos, resultando em teorias expansivas, limitativas e relativas do Estado.

As teorias expansivas conferem grande amplitude à ação e aos fins do Estado, estabelecendo, na concepção utilitarista, que o fim supremo é o máximo desenvolvimento material, não obstante seja necessário sacrificar a liberdade para seu atendimento. Os “[...] adeptos desta corrente chegaram a identificar o fim do Estado como o *bem comum*, dando a esta expressão o sentido de bem-estar material, exclusivamente, o que não deve ser confundido com o bem comum referido e conceituado nas encíclicas do Papa João XXIII” (DALLARI, 2014, p. 109, grifo do autor).

Na concepção expansiva ética, rejeita-se o utilitarismo e fomenta-se a supremacia dos fins éticos do Estado, rechaçando todo e qualquer comportamento que não se coadune com a ética oficial (cf. DALLARI, 2014, p. 110). Essa teoria dá sustentação a Estados totalitários, cuja liberdade é vilipendiada, tendo em vista o controle ético do comportamento promovido pelos governantes.

A teoria dos fins limitados do Estado, em que suas ações são reduzidas ao mínimo essencial, “[...] mero vigilante da ordem social, não admitindo que ele tome iniciativas, sobretudo em matérias econômicas” (DALLARI, 2014, p. 110), preserva-lhe a função exclusiva de manter a segurança dos integrantes.

Derivada da teoria dos fins limitados, destaca-se a concepção que determina ao Estado a função única de preservar a plena liberdade individual, “[...] não admitindo que qualquer indivíduo sofra a mínima restrição em favor de outro indivíduo, da coletividade ou do Estado” (DALLARI, 2014, p. 110). Essa corrente de pensamento fundamenta a construção do Estado liberal.

Ponderando ainda sobre o estudo dos fins limitados do Estado, é importante abordar a corrente, derivada das concepções contratualistas do Estado, que preconiza a construção do Estado de Direito. Os indivíduos, na formação do Estado, abrem mão de certos direitos naturais, mantendo a faculdade de exercer o poder soberano, e sua vontade é representada e imposta pelas leis, atribuindo ao Estado a função de aplicador austero destas (cf. DALLARI, 2014, p. 110).

A corrente dos fins relativos do Estado, cunhada como *teoria solidarista*, estabelece que os elementos essenciais de produção dos valores culturais são fruto dos indivíduos e da sociedade, afastando a influência do Estado na construção do fenômeno cultural, apesar de assegurar que a sua interferência produza efeitos sociais. A esfera íntima do indivíduo, celeiro

das relações interpessoais, somente é relevante para o Estado quando externada, transpondo, nesse momento, do círculo íntimo/privado para o círculo das atividades estatais, “[...] assim, pois, o peculiar e próprio do Estado são as manifestações sistemáticas da vida solidária dos homens. *Conservar, ordenar e ajudar* são três grandes categorias a que se pode reduzir a vida do Estado” (DALLARI, 2014, p. 111).

É importante ressaltar que o agir solidário pressupõe a igualdade material, uma vez que é inadmissível reconhecer a atuação plena do indivíduo se não lhe é assegurado concorrer em igualdade de condições com os demais integrantes. Desse modo:

De acordo com as mais avançadas formas de solidarismo, não basta assegurar a todos a igualdade jurídica, no sentido da igualdade perante a lei, ou do gozo idêntico dos direitos civis e políticos, bem como da igual participação nos ônus públicos. É indispensável, além disso tudo, garantir a igualdade de todos os indivíduos nas condições iniciais da vida social (DALLARI, 2014, p. 111).

Por fim, as finalidades do Estado podem ser classificadas como exclusivas, finalidade da preservação da segurança interna e externa, decorrência da atribuição do monopólio da violência pelo Estado, ou funções concorrentes, as quais o Estado pode prestar, mas não há exclusividade no seu agir.

2.1.2 O Estado hodierno e a finalidade

A partir das diversas concepções sobre os fins do Estado, delineadas de modo sumário considerando a profundidade da questão que figura como objeto de incansáveis estudos, pode-se traçar um esboço sobre a finalidade do Estado hodierno.

Dallari (2014, p. 112) pontua, como conclusão sobre as teorias alusivas às finalidades do Estado, que “[...] o fim do Estado é o bem comum, entendido este como o conceituou o Papa João XXIII, ou seja, o conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana”.

O Estado como estrutura social essencial e indispensável à manutenção da convivência humana não pode manter-se como um fim em si mesmo³. Na realidade, tem sua existência sedimentada na vontade dos indivíduos que cedem parcela de seu poder para a construção de uma estrutura social voltada a assegurar-lhes o bem comum.

³ “A função da propriedade, diz Renner, está no fundamento de uma ordem social que tem o ser humano como seu nível mais elementar e as relações intersubjetivas como segundo estágio do processo de organização da totalidade da sociedade” (POLIDO, 2006, p. 16).

Ao assegurar o bem comum, o Estado tem como escopo fundamental concretizar valores definidos como prioritários e fundamentais pelo legítimo detentor do poder soberano: o povo.

O escopo do Estado é concretizar os valores fundamentais: a) da liberdade, assegurando ações voltadas à defesa das liberdades individuais, traduzidas em direitos fundamentais de primeira dimensão; b) da igualdade, implementando ações de cunho prestacional, traduzidas em direitos fundamentais de segunda dimensão; c) da fraternidade/solidariedade, promovida por meio da tutela coletiva dos interesses metaindividuais, traduzidos nos direitos fundamentais de terceira dimensão. Nesse sentido, destaca Schirato (2012, p. 98) ao dissertar sobre os fins do Estado:

[...] à luz do conteúdo dos textos constitucionais da segunda metade do século XX, que o elemento definidor das finalidades do Estado – e, via de consequência, da administração pública – é o conjunto de direitos fundamentais consagrado no texto constitucional, visto que referidos direitos ‘são direitos dos indivíduos e obrigam o Estado’. Assim, segundo entendemos, qualquer discussão acerca do fundamento e da razão de ser da atuação do Estado e da administração pública nos dias atuais deve ser conduzida pelos direitos fundamentais estatuídos pelo texto constitucional, na medida em que de referidos direitos são extraídos os direitos dos indivíduos e as obrigações do Estado.

Implementar os direitos fundamentais é objetivo imposto ao Estado, instrumento para consecução do bem comum, visando a assegurar condições mínimas de vida que possam consolidar o desenvolvimento pleno da personalidade⁴.

O Estado, ao efetivar os direitos fundamentais, está concretizando os fins almejados pelos seus integrantes, promovendo, assim, a defesa interna e internacional, fim exclusivo. Está implementando também o direito à liberdade, pois a defesa, exercício da violência legítima, é meio instrumental necessário para manter a liberdade. De igual modo, ao atuar na promoção de direitos prestacionais de cunho social, o Estado, de fato, concretiza o vetor da igualdade no seu viés material, porquanto o fornecimento de bem essencial à pessoa tolhida das condições mínimas de vida visa à implementação plena da igualdade, assegurando que todos tenham possibilidade de desenvolver-se com plenitude.

⁴ A lição de Cléve (2012, p. 2), ao dissertar sobre a dogmática constitucional emancipatória presente na Constituição de 1988, não obstante direcionada à ponderação da dogmática constitucional, tem importante papel quando se busca analisar quais os fins buscados pelo Estado, merecendo destaque: “O foco desta dogmática não é o Estado, mas, antes, a pessoa humana exigente de bem-estar físico, moral e psíquico. Esta dogmática distingue-se da primeira [dogmática da razão], pois não é positivista, embora respeite de modo integral a normatividade constitucional, emergindo de um compromisso principialista e personalizador para afirmar, alto e bom som, que o direito Constitucional realiza-se, verdadeiramente, na transformação dos princípios constitucionais, dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e dos direitos fundamentais em verdadeiros dados inscritos em nossa realidade existencial”.

Com efeito, desenvolver a personalidade humana não se resume a assegurar e a preservar a consecução dos interesses individuais de cada um: devem ser preservadas também as condições de ordem jurídica e as possibilidades materiais que assegurem o pleno desenvolvimento da personalidade. Dallari (2014, p. 34), ao dissertar sobre os valores perseguidos pela sociedade, ressalta que “[...] nesta ideia de integral desenvolvimento da personalidade está compreendido tudo, inclusive valores materiais e espirituais, que cada homem julgue necessário a expansão de sua personalidade”.

2.2 Estado, liberdade e igualdade

O eixo central do pensamento liberal estabelece a liberdade como valor supremo, de modo que a dignidade da pessoa é preservada quando se resguarda a liberdade de atuação, evitando qualquer intervenção de terceiro ou do Estado. Assim, “[...] no final do século XVIII consagrou-se a liberdade como o valor supremo do indivíduo, afirmando-se que se ela fosse amplamente assegurada todos os valores estariam protegidos, inclusive a igualdade” (DALLARI, 2014, p. 300)

O conceito de liberdade é estabelecido no artigo 4º da Declaração dos Direitos: “A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique o outro”. A ideia de liberdade, com espeque no ideário liberal clássico, estabelece que “[...] todo ser humano possui uma área ou esfera de liberdade pessoal que não pode ser de qualquer modo violada e na qual pode desenvolver suas faculdades e vontades naturais livres de qualquer interferência externa” (SARLET, 2013, p. 445).

Trata-se de assegurar o livre desenvolvimento da personalidade de modo a concretizar a dignidade da pessoa humana. Agir de forma livre é atuar de modo autônomo, seguindo o arbítrio individual, sem qualquer limitação material, ética ou jurídica.

É importante destacar que “[...] a privação da liberdade econômica pode gerar, e no mais das vezes gera, privação da liberdade social. Mas a privação da liberdade social ou política, da mesma forma, pode gerar privação da liberdade econômica” (PETTER, 2008, p. 84).

Com efeito, é ilusório estabelecer que a preservação irrestrita da liberdade, evitando qualquer tipo de intervencionismo, implementaria os demais valores essenciais à vida humana. Trata-se de concepção cuja premissa é equivocada, porquanto não é possível

assegurar liberdade quando não se preserva condições mínimas para que os indivíduos possam realizar sua opção seguindo o livre-arbítrio⁵.

Assegurar liberdade sem garantir condições mínimas de vida impõe a exploração do homem pelo homem, de modo que aqueles que detêm as condições materiais têm força de importar sua vontade e os demais, por falta de condições de igualdade material, não têm como seguir suas decisões autônomas, ficando obrigados a aderir à opção realizada pelos detentores do poder econômico.

Dallari (2014, p. 273) enfatiza, com propriedade, sobre as consequências da assunção da ideia irrestrita de liberdade como valor supremo:

A concepção individualista, impedindo o Estado de proteger os menos afortunados, foi a causa de uma crescente injustiça social, pois, concedendo-se a todos o direito de ser livre, não se assegura a ninguém o poder de ser livre. Na verdade, sob pretexto de valorização do indivíduo e proteção da liberdade, o que se assegurou foi uma situação de privilégio para os que eram economicamente fortes. E, como acontece sempre que os valores econômicos são colocados acima de todos os demais, homens medíocres, sem nenhuma formação humanística e apenas preocupados com o rápido aumento de suas riquezas, passaram a ter o domínio da Sociedade.

A liberdade, sem assegurar condições mínimas de paridade entre os envolvidos, escraviza os despossuídos em função dos detentores do poder econômico, escraviza o homem pelo homem (Cf. PETTER, 2008, p. 97), pois a falta de condições para a igualdade impõe aos desafortunados aderir à opção efetivada pelos detentores do poder econômicos, os quais definem as escolhas pelos demais, condicionando o desenvolvimento da personalidade, vilipendiando, assim, a dignidade humana dos despossuídos.

A liberdade deve assegurar a todos a livre opção pela decisão que entender mais conveniente para a situação, inexistindo qualquer pressão ou limitação material que condicione a escolha. Nesse sentido, necessário destacar a lição de Sen (2010, p. 106) ao discorrer sobre a possibilidade de escolha como direito à liberdade:

A liberdade refletida no conjunto capacitário pode ser usada também de outros modos, já que o valor de um conjunto não tem necessidade de ser identificado com o valor do melhor elemento – ou do elemento escolhido – desse conjunto. É possível atribuir importância a ter oportunidade que não são aproveitadas. Essa é uma direção natural a seguir se o processo pelo qual os resultados são gerados tem uma importância própria. De fato, ‘escolher’ por si só pode ser considerado um funcionamento valioso, e obter um x quando não há alternativa pode sensatamente, ser distinguido de escolher x quando existem alternativas substanciais. Jejuar não é a mesma coisa que ser forçado a passar fome. Ter a opção de comer faz com que jejuar seja o que é: escolher não comer quando se poderia ter comido.

⁵ Como bem pontua Tavares (2010, p. 497) ao dissertar sobre os direitos sociais: “De nada vale assegurarem-se as clássicas liberdades se o indivíduo não dispõe das condições materiais necessárias a seu aproveitamento. Neste sentido, e só nesse sentido, é que se afirma que tal categoria de direitos se presta como meio para propiciar o desfrute e o exercício pleno de todos os direitos e liberdades. Respeitando os direitos sociais, a democracia acaba fixando os mais sólidos pilares”.

É importante ressaltar que o eminente professor Amartya Sen fixa uma premissa importante em seu estudo, estabelecendo que a desigualdade verificável não é unicamente de renda e vai além do critério monetário⁶. Para ele (2010, p. 120), a pobreza não pode ser analisada somente do ponto de vista da renda, pois “[...] deve ser vista como privação de capacidades básicas em vez de meramente como baixo nível de renda, que é o critério tradicional de identificação da pobreza”.

Para o eminente economista e filósofo, a pobreza está ligada à limitação de capacidade⁷ da parte em desenvolver livremente suas escolhas necessárias ao desenvolvimento íntimo de cada um. Defende, pois, que as riquezas não têm um fim em si mesmo, não devem ser perseguidas por si, “[...] mas porque são meios admiráveis para termos mais liberdade para levar o tipo de vida que temos razão para valorizar” (SEN, 2010, p. 28), ressaltando que a “[...] utilidade da riqueza está nas coisas que ela nos permite fazer – as liberdades substantivas que ela nos ajuda a obter” (SEN, 2010, p. 28).

Nesse sentido, ao analisar a liberdade, Petter (2008, p. 52) pontua a necessidade de assegurar uma pauta mínima de direitos fundamentais como elemento essencial de garantia à liberdade, pois:

A liberdade, mas não somente como categoria jurídica, formalmente prevista na lei, mas uma liberdade substancial, de fato, que realmente possa ser exercida, o que pressupõe um querer livre – só existe se cumprida minimamente uma pauta de direitos fundamentais, tais com educação, saúde, moradia e respeito à dignidade da pessoa humana – e uma concreta possibilidade de realização deste querer, o que se relaciona a políticas públicas e à existência de um panorama sócio-institucional que caminhe na direção de uma sociedade bem ordenada.

Ter riqueza na concepção de Sen é, portanto, ampliar as liberdades⁸, assegurando a concretização das opções realizadas sem qualquer limitação, seguindo a decisão livre de cada

⁶ “Desigualdade de rendas pode diferir substancialmente de desigualdade em diversos aspectos da qualidade de vida (ou seja, em função de outras variáveis relevantes), como bem-estar, liberdade e diferentes aspectos da qualidade de vida (incluindo saúde e longevidade). [...] o contraste entre as perspectivas diferentes da renda e da capacidade influencia diretamente o espaço no qual igualdade e eficiência serão examinadas. Por exemplo, uma pessoa com renda elevada mas sem oportunidade de participação política não é ‘pobre’ no sentido usual, porém claramente é pobre no que diz respeito a uma liberdade importante. Alguém que é mais rico do que a maioria mas tem uma doença cujo tratamento é muito caro obviamente sofre privação em um sentido importante, muito embora nas estatísticas usuais sobre distribuição de renda essa pessoa não venha a ser classificada como pobre. Um indivíduo a quem é negada a oportunidade de emprego mas recebe uma ajuda do Estado a título de ‘auxílio-desemprego’ pode aparentar sofrer muito menos privação no espaço das rendas do que em função da valiosa – e valorizada – oportunidade de ter uma função gratificante” (SEN, 2010, p. 128-129).

⁷ “A ‘capacidade’ [*capability*] de uma pessoa consiste nas combinações alternativas de funcionamentos cuja realização é factível para ela. Portanto, a capacidade é um tipo de liberdade: a liberdade substantiva de realizar combinações alternativas de funcionamento (ou, menos formalmente expresso, a liberdade para ter estilos de vida diversos)” (SEN, 2010, p. 105, grifo do autor).

⁸ “[...] a visão de liberdade aqui adotada envolve tanto os processos que permitem a liberdade de ações e decisões como as oportunidades reais que as pessoas têm, dadas as suas circunstâncias pessoais e sociais. A

um em valorizar o que entender o melhor para si. Assim, o desenvolvimento econômico não é um fim em si mesmo, mas deve ser orientado a assegurar melhoria na qualidade de vida e nas liberdades, afastando os empecilhos de ordem material que limitem a realização das opções volitivas adotadas.

A lição de Robert Alexy sobre a liberdade é de fundamental importância para a construção da ideia de liberdade substancial, conceito necessário no desenvolvimento do estudo.

Alexy (2012, p. 351), sensível ao problema da influência do poder econômico e social sobre a liberdade, reconhece a necessidade de construir o conceito de liberdade em sentido amplo, abarcando a ideia de liberdade liberal, liberdade negativa em sentido estrito⁹, associada ao conceito de liberdade econômico-social, “[...] a qual não existe se o indivíduo estiver submetido a uma situação de privação econômica que o embarace em seu exercício de alternativas de ação”.

Desse modo, Alexy (2012, p. 351) estabelece o conceito de liberdade como “[...] a liberdade de se fazer ou deixar de fazer tudo o se quer, ou seja, a liberdade de escolher entre alternativas de ação, foi denominada ‘liberdade negativa em sentido amplo’”, portanto, livre é aquele que pode adotar uma decisão seguindo sua opção volitiva, sem que haja qualquer obstáculo à ação.

Para Alexy (2012, p. 354), seguindo estudos sob o enfoque da Constituição Alemã, inexistente direito geral negativo de liberdade; há, na realidade, liberdade substancial orientada pela dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana não pode suplantam a liberdade negativa, devendo assegurar o livre-arbítrio, de forma que não haja obstáculos à opção das partes em realizar o que lhes é valorizado como essencial.

A liberdade em sua concepção formal-material, proposta por Alexy (2012, p. 359), determina que a liberdade geral individual – liberdade liberal – é fundamental à concretização da dignidade da pessoa humana, entretanto, esse agir “livre” não é suficiente, havendo a imposição de princípios materiais derivados da dignidade da pessoa humana. Ressalta o eminente professor:

Os aspectos substanciais expressos por princípios materiais desse tipo coexistem junto com o aspecto formal da liberdade negativa e não o suplantam, porque a liberdade negativa, enquanto tal, é uma razão independente para a proteção de

privação de liberdade pode surgir em razão de processos inadequados (como a violação do direito de voto ou de outros direitos políticos ou civis) ou de oportunidade inadequadas que algumas pessoas têm para realizar o mínimo do que gostariam (incluindo a ausência de oportunidades elementares como a capacidade de escapar da morte prematura, morbidez evitável ou fome involuntária) (SEN, 2010, p. 32).

⁹ "Se os obstáculos às ações são ações positivas de outrem, sobretudo do Estado, então, trata-se de liberdade negativa em sentido estrito ou da liberdade liberal" (ALEXY, 2012, p. 351).

direitos fundamentais. Ela é uma razão independente para a proteção de direitos fundamentais porque é um valor em si mesma. Utilizando as palavras Isaiah Berlin: ‘ser livre para escolher, e não ter a escolha feita por outrem, é um ingrediente inalienável daquilo que faz o ser humano humano’.

Cumprido recordar, no entanto, que o ser humano não vive isolado, mas sim em comunidade, fato que lhe impõe inter-relações sociais diuturnas, em que o direito à liberdade, livre opção, é colocado em xeque em face de direitos fundamentais dos demais componentes da sociedade.

É certo que a opção livre de cada integrante da sociedade deve seguir limitações razoáveis destinadas a assegurar a ampla liberdade de todos, portanto, é necessário, em muitas oportunidades, impor limitações imprescindíveis para assegurar direitos fundamentais próprios e de terceiros. Eventuais limitações com fundamento em garantias constitucionais não vilipendiam o direito à liberdade, na realidade, concretizam-no (Cf. SARLET, 2013, p. 342-347).

A igualdade, não obstante manifestações pretéritas (Cf. SARLET, 2013, p. 536-538), será analisada neste ensaio a partir de sua introdução com o ideário da Revolução Liberal Francesa, movimento ideológico que motivou a ruptura do regime monárquico vigente, implantando nova forma de pensar na Europa continental¹⁰.

A Revolução Francesa estabeleceu seu eixo central na concretização do ideário liberal representado na liberdade, igualdade e fraternidade, valores atribuídos como essenciais para a implementação do Estado liberal.

A promulgação da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão em 1789 na França é o marco para a construção do movimento constitucionalista moderno. O ideário liberal burguês, representado na Revolução Francesa, é o mote ideológico da manifestação constitucionalista que visava à ruptura com o antigo regime absolutista e a construção de nova ordem econômica e social que garantisse as liberdades civis e assegurasse a ascensão da nova classe ao governo¹¹.

Com fundamento na Declaração dos Direitos em 1791, foi editada a primeira constituição formal na Europa – Constituição Francesa. Nessa fase preliminar de introdução

¹⁰ Para aprofundamentos sobre o tema, ver artigo publicado na Revista Direito Federal intitulado “A Função do Juiz no Estado Democrático de Direito: o papel do juiz constitucional na implementação dos Direitos Fundamentais”, em que se analisa a manifestação do Constitucionalismo.

¹¹ “Registre-se que uma das peculiaridades do movimento constitucionalista francês, especialmente quando confrontado com o norte-americano, reside nas características do Poder Constituinte. Contrariamente do que sucedeu nos Estados Unidos, a Assembléia Nacional Constituinte na França significava uma ruptura com o passado, no sentido não apenas de fundação de um Estado, mas de uma nova ordem estatal e social, afetando profundamente até o âmbito mais elementar da sociedade. Nesse sentido, a declaração de direitos fundamentais não objetivava apenas a limitação do poder do Estado, mas também, e sobretudo, a extinção do direito feudal e dos privilégios da aristocracia” (SARLET, 2013, p. 50).

do princípio da igualdade, fica estabelecida a noção de que todos os homens são iguais, igualdade absoluta em termos jurídicos: toda pessoa estava sujeita ao tratamento previsto na lei.

Trata-se da igualdade formal, que se traduz em igualdade perante a lei: “todos são iguais perante a lei”. Assim, independentemente da condição pessoal, o tratamento legal atribuído a situações iguais será idêntico.

A aplicação irrestrita da igualdade, em seu viés formal, representou grande injustiça na resolução de importantes questões, porquanto a aplicação da lei, sem considerar peculiaridade da situação concreta, gerou decisões que produziram ou aumentaram a situação de desequilíbrio entre as partes. Sarlet (2013, p. 540), ao dissertar sobre o princípio da igualdade, argumenta:

Igualdade em sentido material, além disso, significa proibição de tratamento arbitrário, ou seja, a vedação da utilização, para o efeito de estabelecer as relações de igualdade e desigualdade, de critérios intrinsecamente injustos e violadores da dignidade da pessoa humana, de tal sorte que a igualdade, já agora na segunda fase de sua compreensão na seara jurídico-constitucional, opera como exigência de critérios razoáveis e justos para determinados tratamentos desiguais.

O princípio da igualdade em sua face material¹² pode ser analisado hodiernamente, adotando os estudos do constitucionalismo moderno, como dever de compensação das desigualdades sociais, econômicas e culturais dos integrantes da sociedade, visando a concretizar a igualdade social ou de fato¹³ (Cf. SARLET, 2013, p. 540-541).

O constitucionalista português Canotilho, ao dissertar sobre o princípio da democracia econômica e social estabelecido na Constituição Portuguesa¹⁴, ressalta a imposição em face do Poder Público da obrigação de promover o desenvolvimento econômico, social e cultural

¹² "Também a exigência de medidas que afastem desigualdades de fato e promovam a sua compensação, ou seja, de políticas de igualdade e mesmo de políticas de ações afirmativas pode ser reconduzida à função positiva (prestacional) da igualdade, que implica um dever de atuação estatal, seja na esfera normativa, seja na esfera fática, de modo que é possível falar em uma imposição constitucional de uma igualdade de oportunidades" (SARLET, 2013, p. 545).

¹³ "A partir de uma compreensão do postulado da proibição de arbítrio à luz do princípio do Estado Social de Direitos, o direito geral de igualdade adquiriu um conteúdo material, no sentido de que um tratamento discriminatório em favor de determinado grupo apenas se justifica se para tanto houver um motivo justo, que, por sua vez, deve ser aferido com base nos parâmetros fornecidos pelo princípio do Estado Social. A esta concepção subjaz o entendimento de que no Estado Social de Direito o princípio da isonomia serve à otimização da liberdade e igualdade, no sentido de uma igualdade de oportunidades, compreendida aqui como possibilidade de exercício efetivo da liberdade, e não como um dever" (SARLET, 2009, p. 301-302).

¹⁴ "O Princípio da democracia económica e social contém uma *imposição* obrigatória dirigida aos órgãos de direcção política (legislativo, executivo) no sentido de desenvolverem uma actividade económica e social conformadora das estruturas socioeconómicas, de forma a evoluir-se para uma sociedade democrática (cfr. arts. 2º e 9º). No seu cerne essencial, o princípio da democracia económica, social e cultural é um *mandato constitucional juridicamente vinculativo*, porém, uma margem considerável de liberdade de conformação política quanto ao *como* da sua concretização (cfr. Ac TC 189/80)" (CANOTILHO, 2000, p. 338, grifo do autor).

visando a construir uma sociedade democrática. Assim, “[...] o princípio da democracia econômica e social impõe tarefas ao Estado e justifica que elas sejam tarefas de conformação, transformação e modernização das estruturas econômicas e sociais, de forma a promover a igualdade real entre os portugueses (arts. 9, *Id* e 81º *I a e b*)” (CANOTILHO, 2000, p. 338).

O eminente constitucionalista português ressalta a aproximação entre a concepção de igualdade material e a ideia de igualdade real estabelecida pelo princípio da democracia econômica, social e cultural:

A Igualdade material postulada pelo princípio da igualdade é também a igualdade real veiculada pelo princípio da democracia econômica e social. Nesta perspectiva, o princípio da democracia econômica e social não é um simples ‘instrumento’, não tem função instrumental a respeito do princípio da igualdade, embora se lhe possa assinalar uma ‘função conformadora’ tradicionalmente recusada ao princípio da igualdade: garantia de igualdade de oportunidade e não apenas de uma certa ‘justiça de oportunidades’. Isto significa o dever de compensação da ‘desigualdade de oportunidades’ (cfr., por ex., arts. 9.º *Id*, 20.º/1, 74.º/1, etc.) (CANOTILHO, 2000, p. 351).

Portanto, o conceito de igualdade, seguindo a concepção delineada pelo constitucionalismo moderno, apresenta três importantes dimensões de aplicabilidade, como bem estabelece Sarlet (2013, p. 544):

(a) proibição do arbítrio, de modo que tanto se encontram vedadas diferenciações destituídas de justificação razoável com base na pauta de valores constitucionais, quando proibido tratamento igual para situações manifestamente desiguais; (b) proibição de discriminação, portanto, de diferenciações que tenham por base categorias meramente subjetivas; (c) obrigação de tratamento diferenciado com vistas à compensação de uma desigualdade de oportunidades, o que pressupõe a eliminação pelo Poder Público, de desigualdades de natureza social, econômica e cultural.

A análise da igualdade como dever imposto ao Poder Público visando a minimizar as desigualdades sociais, econômicas e culturais é o mote principal a ser abordado no presente estudo, não obstante a relevância da vedação à arbitrariedade e à discriminação subjetiva seja critério essencial para a concretização da igualdade.

A experiência da liberdade e da igualdade, ambas em sentido material, pode ser aplicada perfeitamente em nossa sociedade hodierna, em que objetivo essencial do Estado é promover o desenvolvimento, assegurando a distribuição equânime das riquezas, de modo a ampliar a qualidade de vida e as liberdades das pessoas.

A igualdade material no sentido de elidir as desigualdades sociais, econômicas e culturais tem uma nítida aproximação com a concepção proposta por Amartya Sen de liberdade substancial, pois é necessário reequilibrar a balança, assegurando aos desafortunados condições jurídicas e materiais necessárias para afastar as limitações ao pleno desenvolvimento da capacidade de cada pessoa.

Compensar as desigualdades sociais, econômicas e culturais é uma forma de assegurar a igualdade material e também de implementar a plena liberdade, pois afasta os obstáculos que impediam ou limitavam o agir de modo livre em busca da concretização de suas opções.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, em seu artigo 1º, estabelece a liberdade e a igualdade como fundamentos essenciais à proteção da dignidade de todos os seres humanos, definindo que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. Desse modo, assegura-se, de forma universal à pessoa humana, a liberdade e a igualdade de oportunidade ao pleno desenvolvimento da personalidade (dignidade da pessoa humana).

O Estado hodierno deve promover a intervenção¹⁵ na sociedade e na economia visando a assegurar condições materiais, sociais, políticas e jurídicas necessárias para minimizar as influências do poder econômico das classes mais afortunadas, assegurando, dessa forma, plena liberdade a todos, afastando a escravização do homem pelo homem, motivada pela ausência de condições de igualdade.

O tema abordado nesta seção é de extrema complexidade, e o aprofundamento que exige não se compatibiliza com o objeto e o limite do presente trabalho. Entretanto, as premissas básicas, destacadas na abordagem, são fundamentais para a perfeita compreensão do papel e da função do Estado, questão que permeia todo o estudo.

2.3 Modelos econômicos de Estado

Para analisar o modelo¹⁶ econômico adotado pelo Estado, é necessário ponderar algumas variáveis peculiares que o caracterizam como a forma de organização da produção, o atributo da titularidade da propriedade dos meios de produção e a forma de apropriação do

¹⁵ "Tais diplomas constitucionais (como os que a eles se seguiram) descartaram a concepção liberal que tem no Estado um agente excêntrico à economia. A integração e a intervenção estatal no cenário econômico deixaram de ser algo inconcebível (sócio e juridicamente) para serem alçados à condição de parcela da concepção primária dos deveres do Estado" (MOREIRA, 2010, p. 158).

¹⁶ “O modelo pode ser visto como uma simplificação drástica de realidade, da qual se extraem ou se separam algumas poucas variáveis, tidas como relevantes para a explicação de um dado fenômeno, com o estabelecimento de relações funcionais entre elas. Consegue-se, assim, trabalhar com apenas duas, três ou cinco variáveis abstraídas de todo o emaranhado daquelas possivelmente aptas a explicar um dado fato [...] abstrair deriva etimologicamente do verbo latino *ab traho*, *ab trahere*, cujo significado é tirar de, afastar de, e, portanto, separar, apartar, destacar, indicando, justamente, o processo mental pelo qual certos aspectos ou elementos da realidade são artificialmente dela destacados, ignorando-se, provisoriamente, aquilo que sucede com os demais” (NUSDEO, 2014, p. 69, grifo do autor).

produto da exploração dos meios de produção, baldrames sobre os quais se solidificam as relações econômicas, sociais e jurídicas da sociedade.

Tavares (2011, p. 34) pontua as vicissitudes dos elementos integrantes da atuação do Estado e da economia essenciais para a construção do modelo de atuação do Estado na economia, definindo a forma de intervenção.

Importa, pois, para fins de classificação teórica, identificar a forma adotada quanto à propriedade dos meios de produção, verificando se há propriedade privada ou se é adotada a propriedade coletiva dos meios de produção. Ademais, a análise da relação entre os agentes econômicos determina se os trabalhadores (parcela dos referidos agentes econômicos) se apropria do produto de seu trabalho ou não. Na primeira hipótese, a distinção entre empregado e empregador é extremamente tênue. Nesse sentido, a forma de repartição do produto do trabalho, especialmente a natureza do excedente produzido, pode ser titularizada individualmente (no capitalismo – termo este que, embora de certa maneira desprestigiado na atualidade, não apresenta um substituto mais preciso, Cf. Braudel 1993: 52:53) ou coletividade (no socialismo).

É certo que a construção do modelo econômico de Estado depende, indissociavelmente, do sistema econômico¹⁷ adotado (capitalista, socialista), porquanto a sua assunção como ideologia refletirá na construção do modelo econômico.

É importante destacar que o fato de o Estado intervir na economia não é suficiente para definir o tipo (modelo), dado que todos foram, são ou serão, de uma forma ou de outra, interventores na economia. O que diferencia e caracteriza as formas de Estado é a forma/modalidade e o grau de intervenção (Cf. TAVARES, 2011, p. 45).

Os modelos econômicos não são realidades estanques do modo como propostos teoricamente: são formas dinâmicas e comunicáveis em que as particularidades da situação histórica, econômica e social impõem variações nas formas concretas de manifestação.

O eminente professor Grau (2012, p. 172), em sua obra *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, analisando o sistema econômico, alicerce na construção da ordem econômica (mundo do ser), destaca a influência da propriedade na construção do instituto jurídico, ressaltando que “[...] o tratamento conferido à propriedade – e, de fato, é –, se bem que associado à consideração da forma de repartição dos produtos econômico, como determinante da compostura das instituições jurídicas e sociais de conformidade com as quais se realiza o modo de produção”.

¹⁷ Sistemas econômicos diferenciam-se em função da forma de organização material da produção, estrutura na qual as relações sociais de fabricação dos bens necessários são realizados, a partir do qual se desenvolvem as estruturas políticas, jurídica, cultural e ideológica, particularizando os sistemas, em especial, pela natureza das relações sociais de produção construídas entre homem e os meios de produção (Cf. TAVARES, 2011, p. 33).

O professor Matsushita (2007, p. 110) estabelece que a intervenção do Estado na economia, sua forma e intensidade, dão o norte para caracterizar o modelo econômico de Estado a ser adotado:

Levando-se em conta a forma e a intensidade de intervenção do Estado nas relações econômicas, estabelecem-se os tipos de políticas públicas que devem ser adotadas para efetivar na prática os direitos fundamentais.

Definido o tipo de intervenção Estatal na economia, as normas que vão reger a economia terão que agir no sentido de guiar o mercado para um tipo de política desenvolvimentista. Fato é que sempre será necessária uma maior ou menor intervenção na economia, para que se possam atingir resultados. Essa intensidade de intervenção é que acabará determinando a opção do Estado face à atividade econômica.

A posição da intervenção do Estado¹⁸ na economia é importante atualmente para definir o grau de desenvolvimento de um país. O desenvolvimento está relacionado indissociavelmente à forma de atuação do Estado com vista à promoção de políticas públicas voltadas ao atendimento das necessidades de cunho social, garantindo, assim, o pleno desenvolvimento da personalidade e implementando a liberdade e igualdade. Segundo Tavares (2011, p. 45, grifo do autor):

O grau de desenvolvimento econômico de um país é responsabilidade atribuída, em parte, ao Estado e às suas políticas públicas. Sendo o Estado configurado pela Constituição, tanto em sua estrutura como em suas finalidades, passou-se a falar em *Direito constitucional econômico* desde que o aspecto econômico se tornou preocupação constante nas constituições.

O Estado, portanto, é corresponsável no que se refere à economia nacional. Sua 'interferência' nesse segmento é considerada, pois essencial e 'natural'. A progressiva implementação de políticas públicas, especialmente aquelas de cunho social, também contribuiu para essa concepção de Estado.

A análise dos modelos econômicos de Estado tem fundamental importância para os estudos do tema proposto na presente pesquisa, tendo em vista sua relação com a disciplina da intervenção do Estado na economia.

2.3.1 Estado mínimo ou liberal

A visão política e ideológica que fundamentou o movimento liberal dos séculos XVIII e XIX teve como origem as revoluções liberais – Revolução Francesa e Industrial –, que tinham por finalidade a superação do modelo de centralização do poder na pessoa do monarca e buscaram a construção de uma sociedade fundamentada na ideia de liberdade.

¹⁸ "Conforme os níveis de intervenção do Estado, seja para deixar a economia agir livremente, seja para que a economia seja regida pelo Estado ou pela intervenção na medida em que haja necessidade, a economia fica refém e reagirá diante das maneiras de intervenção" (MATSUSHITA, 2007, p. 109).

A posição do Estado era prover os meios adequados para o desenvolvimento livre do mercado, competindo-lhe zelar pela ordem pública, promover a segurança por meio do aparato policial, assegurar as instituições jurídicas necessárias (tribunais) e promover a defesa contra agressões internacionais.

O Estado mínimo ou Estado liberal tem uma marca característica, qual seja, a não intervenção do Estado na economia. A estrutura estatal era necessária para assegurar a liberdade plena de agir, ou seja, o desenvolvimento da capacidade da pessoa era representado como a possibilidade de agir sem qualquer barreira.

O baldrame fundamental do Estado liberal é a defesa das liberdades individuais, elemento indispensável à satisfação das necessidades do homem, que se corporificam na manutenção da livre-iniciativa. O eixo central desse modelo é a defesa da liberdade de exercer a atividade econômica sem qualquer restrição, de modo que, como expõe Celso Bastos, a dignidade do homem liberal é conferida com a preservação de sua livre-iniciativa, ou seja, que ele pode agir de modo a desenvolver a sua vida da maneira que deseja (Cf. TAVARES, 2011, p. 47).

O individualismo é marca característica do modelo liberal, assim, segundo premissas do modelo, a busca pela satisfação pessoal de cada um asseguraria o desenvolvimento de todos de forma que a intervenção do Estado deveria ser mínima, competindo ao mercado autorregular a economia. A atuação do Estado mínimo é perfeitamente representada pela parábola da mão invisível:

A parábola da ‘Mão Invisível do Estado’ é traduzida como a intervenção mínima do Estado na economia, ou seja, os agentes econômicos, enquanto entes privados, praticam seus atos de comércio, conforme a demanda e escassez de produtos e serviços e, diante da intervenção mínima do Estado é que todo o mercado funciona. Portanto, como de uma forma invisível, no Estado liberal de economia de mercado é ele que se auto-regula (MATSUSHITA, 2007, p. 111).

A derrocada do Estado liberal teve como fundamento a indiferença por questões sensíveis à sociedade, como o desemprego e os problemas sociais vivenciados, circunstância que, associada à crise pós-guerra mundial, foram o cenário em que “[...] o Estado liberal clássico entrou em declínio porque práticas intervencionistas passaram a ser adotadas, consideradas não só necessárias mas igualmente legítimas” (TAVARES, 2011, p. 49).

2.3.2 Estado intervencionista

A circunstância de o Estado ter orientação intervencionista não lhe assegura, por si só, a qualificação como Estado social, já que a característica peculiar desse modelo está

sedimentada na pretensão implementadora das metas de melhoria das condições de vida das pessoas. Por sua vez, o Estado liberal com característica intervencionista visa a assegurar a livre-iniciativa, premissa básica do liberalismo clássico, de modo que sua ação interventiva é destinada a assegurar a liberdade (Cf. TAVARES, 2011, p. 49).

O objeto de análise nesta seção é o Estado interventor, cuja função é assegurar a liberdade de iniciativa, sem que haja a intenção de assumir como finalidade a melhoria de condição de vida das pessoas.

A concepção de interventor confere ao Estado atribuições em searas que não lhe seriam próprias, como se verifica na atuação do Estado na econômica em sentido estrito¹⁹. Essa atuação em atividade que não lhe é própria realiza-se de forma subsidiária, derogando a norma geral que assegura liberdade de iniciativa.

O surgimento do Estado interventor foi uma necessidade para assegurar a estrutura liberal, porquanto a concepção econômica apresentou falhas em sua aplicação prática, como pontua Tavares (2011, p. 52):

A concepção liberal da economia, centrada nesse corpo místico que é o mercado, imaginava que o mercado apresentaria uma capacidade de autocorreção, capacidade esta, inclusive, que seria automática. Nos primeiros indícios de desaquecimento de determinada atividade econômica, os seus agentes, de pronto, tomariam as medidas necessárias para continuar o recém-surgido empecilho ou simplesmente, realocariam seus recursos em outras atividades econômicas. [...]

A concepção do Estado, apresenta um sem-número de problemas, os quais não conseguem ser remediados pelos agentes econômicos privados, os quais aliás, afiguram-se como próprio vetor de tais falhas. Nesse sentido, a presença do Estado torna-se salutar. [...]

Portanto, no Estado liberal interventor não há preocupações sociais, mas sim de ordem técnica, com o próprio liberalismo. O Estado passa a intervir para garantir o liberalismo. O intervencionismo estatal aqui, pois, não ocorre pela presença do Estado como garantidor social, de políticas públicas essenciais ao bem-estar da sociedade.

O Estado interventor liberal tem como objetivo garantir a estrutura econômica, social e jurídica do modelo Liberal, de modo a corrigir falhas dos agentes econômicos privados e demais atuantes do mercado, que inviabilizavam a liberdade individual. A estrutura estatal intervia para garantir a manutenção do equilíbrio das relações sociais necessário à manutenção do sistema de mercado livre.

¹⁹ A concepção de intervenção adotada no presente estudo segue o pontificado pelo ilustre professor Eros Roberto Grau em sua obra *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, ao destacar que “Intervir é atuar em área de outrem: atuação, do Estado, no domínio econômico, área de titularidade do setor privado, é intervenção. Atuação do Estado além da esfera do público – isto é, na esfera do privado – é intervenção. De resto, toda atuação estatal pode ser descrita como um ato de intervenção na ordem social” (GRAU, 2012, p. 72, grifo do autor).

O modelo liberal ou mínimo puro, concebido para assegurar com plenitude a liberdade, não foi suficiente para garantir a ordem social e econômica em equilíbrio, tendo em vista as dificuldades dos integrantes da sociedade no desenvolvimento do seu agir econômico.

A solução encontrada para a manutenção da estrutura liberal foi conferir ao Estado atribuições atípicas, considerando a ideologia liberal pura, de modo que sua intervenção tem como escopo corrigir os problemas verificados no mercado, assegurando a manutenção do modelo liberal.

Com muita precisão o professor Matsushita (2007, p. 113) esclarece que “[...] no Estado mínimo, originalmente conhecido, a intervenção do Estado é a mínima necessária para manter o mercado em atividade e para que haja um equilíbrio entre os agentes econômicos e a economia fique equilibrada”.

Na realidade, a atuação do ideário liberal na ação do Estado demonstrou sua ineficiência para a resolução dos problemas diuturnos, no entanto, o “intervencionismo liberal” do Estado foi a solução para garantir a manutenção do modelo de Estado liberal²⁰.

O declínio do intervencionismo liberal, no final do século XIX e início do século XX, eclodiu das construções doutrinárias que apontaram a desigualdade social e as péssimas condições de vida como resultado da manutenção da economia livre de mercado, bem como a crítica ao sistema restou consolidada com a promoção de intervenção exagerada na economia de modo a implementar um dirigismo incompatível com o baldrame fundamental do liberalismo (Cf. TAVARES, 2011, p. 55).

2.3.3 Estado social

O surgimento das ideias do Estado social, no qual a intervenção na economia visa ao desenvolvimento de melhores condições de vida, tem como marco o fim da Primeira Guerra Mundial, momento a partir do qual o Estado passa a intervir em área tipicamente afetada à iniciativa privada, buscando atender a reivindicações de necessidades sociais essenciais à promoção de condições mínimas àqueles que estavam alijados da sociedade em razão de sua condição de miséria. Assim, “[...] ao se transformar em Estado prestador, automaticamente passa à condição de equalizador de um patamar social mínimo, realocando (ou pretendendo

²⁰ “[...] no Estado liberal interventor não há preocupações sociais, mas sim de ordem técnica, com o próprio liberalismo. O Estado passa a intervir para garantir o liberalismo. O intervencionismo estatal aqui, pois, não ocorre pela presença do Estado como garantidor social, de políticas públicas essenciais ao bem-estar da sociedade” (TAVARES, 2011, p. 52).

fazê-lo) aqueles que se encontrassem em situação inferior a esse mínimo para os patamares desejáveis” (TAVARES, 2011, p. 56).

O marco legislativo para o surgimento do Estado social é a Constituição Mexicana de 1917, que promoveu as premissas da integração dos direitos sociais à Carta Constitucional.

O principal veículo normativo da revolução copernicana necessária à construção de um Estado social é a Constituição Alemã de Weimar de 1919²¹. Essa Carta Constitucional foi pioneira em inserir capítulo destinado à ordem econômica, introduzindo elementos econômicos no texto constitucional, assegurando a ampliação do papel do Estado na Economia, quebrando, em última análise, o paradigma liberal e estabelecendo a prevalência do interesse público em detrimento do interesse privado egoístico/liberal²².

O Estado social intervém na economia e na sociedade visando a cumprir o ideal de justiça social, implementando os valores da liberdade e igualdade material. É o modelo pelo qual o Estado atua em diversos setores, buscando distribuir prestações positivas proporcionando pleno desenvolvimento das capacidades individuais.

O modelo de Estado construído a partir dessas premissas é do Estado do bem-estar social (Welfare State), que tem como escopo fundamental superar a ideia liberal da liberdade e da igualdade formal, buscando construir uma sociedade fundada na liberdade e na igualdade material, representada na construção de uma sociedade em que a justiça social é o vetor condutor da atuação do Estado.

Nesse sentido, importante destacar Tavares (2011, p. 57) ao pontificar sobre a atuação do Estado social:

O Estado passou a assumir responsabilidades sociais crescentes, como a previdência, a habitação e a assistência social, incluindo saúde, saneamento e educação, ampliando o leque de atuação como prestador de serviços essenciais. Também se aprimorou o papel do Estado como empreendedor substituto, o que ocorre em setores considerados estratégicos para o desenvolvimento, como no energético, mineração e siderúrgico, ou mesmo, mais recentemente, em países desenvolvidos, nos setores de informática e tecnológico.

²¹ “Apesar de seu pouco tempo de vida, a Constituição de Weimar representa uma inovação nos movimentos constitucionalistas da primeira metade do século XX, vindo a ser historicamente associada aos projetos políticos de democratização das esferas político-institucionais e de tentativa de inserção da classe trabalhadora em um contexto de participação na esfera decisória do Estado. No âmbito dos direitos fundamentais individuais e sociais – essa tarefa também aparece clara. A Constituição de 1919 trazia uma concepção própria sobre a ‘função social’ da propriedade, submetendo o individualismo a interesses coletivos, ao mesmo tempo em que garantia a proteção dos direitos fundamentais. Direitos de propriedade, saúde, educação, trabalho se exercem com o atendimento do bem comum, de interesses que, por sua essência, são partilhados pelos membros da sociedade” (POLIDO, 2006, p. 6).

²² “[...] a Constituição de 1919 teria introduzido uma abordagem específica para os direitos proprietários e sua disciplina normativa. Traz em si uma proposta de revalorização da utilização dos recursos produtivos (e economicamente ‘escassos’ pelos indivíduos e cidadãos, orientada por uma lógica centrada na ‘responsabilidade social’ e ‘coletividade de interesses’, e que também teriam sido determinantes para a formulação das concepções contemporâneas sobre os direitos sociais e econômicos” (POLIDO, 2006, p. 4).

Assegurar um mínimo de direitos à pessoa é essencial para preservá-la na sua dignidade, meta a ser atingida pelo Estado social, cuja premissa fundamental é garantir uma melhora na condição de vida de todos. Tal escopo é garantido por meio de políticas públicas promovidas pelo Estado.

É necessário pontuar que o Estado social não pode ser confundido com o Estado socialista. O traço que distingue os modelos é a manutenção do sistema capitalista de produção no modelo do Estado social²³ (Cf. BONAVIDES, 2013, p. 184).

O desenvolvimento do Estado do bem-estar social, com a assunção de atividades maiores que a capacidade de promoção do Estado, é pontuado como motivador da crise econômica verificada pelos Estados, em especial na década de 1980 (Cf. TAVARES, 2011, p. 59).

A crise do Estado social atribuída à assunção do modelo do bem-estar social não pode ser motivo para o afastamento da aplicação da premissa desse modelo de atuação estatal, especialmente em Estados em que a opção constitucional pela justiça social e a implementação da liberdade e igualdade materiais, representada pelos direitos fundamentais sociais (direitos fundamentais de segunda dimensão), é assegurada como opção expressamente firmada pelos legítimos detentores do poder soberano.

Com efeito, a crise verificada nas últimas décadas pode ser atribuída não à implementação do modelo de Estado do bem-estar social, mas ao inchaço do aparelho estatal em razão da atribuição de ações públicas alheias à promoção dos direitos fundamentais, a ineficiência de atuação dos aparelhos estatais e as externalidades negativas da burocracia estatal, tal como a corrupção (Cf. LIMA, 2006, p. 16).

2.3.4 Estado socialista

O modelo do Estado socialista ou total caracteriza-se pela assunção da condução das relações econômica, sociais e culturais pela estrutura estatal, de modo que, na esfera econômica, o Estado atua de forma mediata e imediata conduzindo a economia, adotando as decisões econômicas e planejando a atuação dos agentes econômicos, visando a fazer

²³ “O Estado Social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal. Seus matizes são riquíssimos e diversos. Mas algo, no Ocidente, o distingue, desde as bases do Estado proletário, que o socialismo marxista intenta implantar: é que ele conserva sua adesão à ordem capitalista princípio cardeal a que não renuncia. Daí compadecer-se o Estado social no capitalismo com os mais variados sistemas de organização política, cujo programa não importe modificações fundamentais de certos postulados econômicos e sociais” (BONAVIDES, 2013, p. 184).

prevalecer as decisões e ações em benefício da coletividade, ignorando a individualidade dos agentes.

A marca peculiar da atuação do Estado socialista é a diminuição do espaço de liberdade, do agir conforme o interesse individual, em detrimento do agir conforme a decisão do órgão central, responsável pela planificação da ação individual de forma que esta seja realizada buscando concretizar o bem coletivo, definido pelo órgão central. Como assevera Tavares (2011, p. 60):

No seu grau máximo de intervenção, fala-se, pois, de uma economia centralizada. A economia centralizada baseada na sobrevalorização do coletivo identifica-se com o sistema socialista. Neste modelo, o centro exclusivo para a tomada de decisões econômicas é o próprio Poder Público. Suprimem-se ou mitigam-se ao máximo as chamadas 'leis do mercado', substituídas pelo dirigismo, pelo controle, pelo planejamento e execução pré-programada. Esse sistema centralizado é também chamado de sistema de autoridade.

Os bens de produção são, na total centralização, apropriados coletivamente pela sociedade por meio do Estado, de modo que este é produtor, vendedor e empregado único.

Percebe-se, pois, que esse sistema centralizado acredita no planejamento racional como sendo o melhor substituto do mercado livre e irracional.

O Estado socialista reduz a vontade dos integrantes da sociedade, os quais são limitados a agir e a desenvolver suas capacidades dentro do projeto estabelecido pelo órgão central, que delimita os rumos da economia, da sociedade e da cultura. A atuação do mercado no modelo econômico segue a planificação estabelecida pelo órgão central, inexistindo, pois, liberdade de atuação.

O professor Matsushita (2007, p. 112), ao analisar o modelo de intervenção total, destaca com precisão a forma de atuar na economia, ressaltando o modelo de atuação do mercado e a limitação da liberdade de atuação dos agentes econômicos:

Outra forma de intervenção do Estado na economia é a total, onde o Estado, que é o gestor de toda a atividade econômica e dela cuida, intervém de forma a não deixar que os agentes econômicos não extrapolem ou interfiram de modo a causar danos sistêmicos ao mercado.

Cumprir esclarecer que tal forma de controle do mercado é a mais radical de todas, pois é a mão forte e presente do Estado na sua economia. Não restam dúvidas de que esta forma do Estado no mercado é a mais antiquada e opressora de todas, mas ainda presente em Cuba.

O modelo do Estado socialista teve sua implementação em alguns países pelo mundo, entretanto, sua derrocada como modelo de ação estatal tem se verificado nas últimas décadas, em especial após a queda da União Soviética. A estagnação econômica dos povos submetidos a regimes socialistas, cujo isolamento mundial se fez presente, vem pressionando a mitigação/alteração do agir dos Estados que insistem em manter o modelo socialista, conforme se verifica no caso de Cuba.

2.3.5 Estado “neoliberal”

A criação de um novo modelo de Estado, motivado pela crise dos Estados decorrente do agigantamento da estrutura, cuja base ideológica se funda no retorno ao liberalismo de forma mitigada, impulsionou a criação do modelo neoliberal de Estado. Esse modelo tem como premissas básicas a redução do aparelho estatal, a valorização das forças do mercado e a formação de um Estado financeiramente sustentável.

Tavares (2011, p. 60) ressalta que:

Em decorrência do panorama de crises que se instalou, assiste-se, mais recentemente, a uma mudança de parâmetros para a atuação do Estado, numa retomada comedida dos ideais concebidos para o Estado liberal, em face da crise observada tanto no modelo do *Welfare State* quando no modelo socialista de economia.

O novo modelo de Estado, baseado em premissas liberais, tem como principal escopo a redução do Estado com a diminuição do seu papel de promotor da liberdade e igualdade social, de modo a reduzir/eliminar a intervenção estatal necessária à implementação de direitos sociais prestacionais²⁴.

Há o fortalecimento da concepção de que o mecanismo de mercado livre, o afastamento do Estado do mercado e a diminuição da carga prestacional social assegurarão maior eficiência à estrutura que, limitada ao núcleo essencial, atenderá de melhor forma às necessidades prioritárias.

Há a formação de um novo modelo de Estado, por alguns denominado ‘neoliberal’. Funda-se essa atual concepção da presença do Estado sobre a economia, portanto, na revalorização das forças do mercado, na defesa da desestatização e na busca de um Estado financeiramente mais eficiente, probo e equilibrado, reduzindo-se os encargos sociais criados no pós-guerra, ainda que sem afastar totalmente o Estado da prestação de serviços essenciais, anteriormente referido (TAVARES, 2011, p. 61).

O modelo neoliberal não prega o afastamento total do Estado na promoção dos direitos sociais, no entanto, estabelece como essencial e necessária à sua manutenção a redução dos direitos sociais providos pelo Estado, ressaltando que as demais necessidades ao pleno desenvolvimento das capacidades da pessoa devem ser promovidas pelo mercado.

A crítica ao sistema neoliberal está sedimentada na retomada do pensamento liberal egoístico e o afastamento do Estado de sua atribuição típica de assegurar direitos

²⁴ “Fica evidenciado que a globalização e o neoliberalismo constituem um óbice à efetividade dos direitos sociais. Neste diapasão, como corolário da miniaturização do Estado, concebida como a erosão da sabedoria do Estado e de suas capacidades regulatórias, que está ocorrendo um processo de desuniversalização dos direitos sociais, eis que a redução da atividade estatal acaba por dissipá-los, posto que a atuação do Estado é indispensável para sua implementação” (LIMA, 2006, p. 15).

fundamentais e promover o desenvolvimento das capacidades, visando a garantir existência digna. Como destaca Grau (2012, p. 48):

O capitalismo é essencialmente conformado pela microrracionalidade da empresa, não pela macrorracionalidade reclamada pela sociedade. Mais do que apenas isso, no entanto, o neoliberalismo é fundamentalmente antissocial, gerando consequências que unicamente as unanimidades cegas não reconhecem. O desemprego estrutural na Comunidade Européia alcança cifras elevadíssimas. Os países avançados suportam a estagnação econômica, com o empobrecimento dos assalariados. A América Latina passa por um processo de marcante desindustrialização. Os Estados nacionais, cujas dívidas explodem uma vez que seus títulos públicos alimentam o capital a juros globalizados, entram em situação de falência fiscal.

A reconstrução do modelo de Estado fundado na premissa da liberdade de mercado, com a redução da intervenção do Estado na promoção de políticas públicas implementadoras dos direitos fundamentais, vem demonstrando a retomada dos problemas verificados na concepção liberal clássica, em especial o aumento das desigualdades que, ao final, levam à escravização do homem pelo homem. Isso porque, inexistindo condições mínimas de liberdade e igualdade material, não há como assegurar a liberdade de opção necessária ao pleno desenvolvimento das capacidades humanas.

O resultado da implementação da concepção neoliberal de Estado tem se verificado pelos números representativos do crescimento econômico e pelo aumento da taxa de desemprego. Grau (2012, p. 51), com a precisão que lhe é peculiar, destaca:

As taxas de crescimento são inferiores às do período ‘intervencionista’. Além disso, o capitalismo falha escandalosamente em sua capacidade de gerar empregos, de oferecer segurança aos que consegue empregar e de alentar os empregados com as perspectivas de melhores salários. Aumentam significativamente as desigualdades, tanto nas sociedades desenvolvidas quanto nas regiões periféricas.

É importante destacar, como será abordado oportunamente, que o crescimento econômico é essencial ao integral desenvolvimento das capacidades, entretanto, a falta de distribuição equilibrada das externalidades positivas tem sido o grande problema.

A concentração de renda em decorrência da centralização em pequena parcela da população dos benefícios auferidos com o progresso econômico tem ocasionado o aumento da desigualdade na distribuição de renda que vem provocado problemas sociais graves, com aviltamento dos valores mezinhos assegurados à pessoa humana

O professor Lima (2006, p. 13) da Universidade Federal do Paraná, em artigo denominado “A globalização econômica e a dissipação dos direitos sociais”, destaca os efeitos negativos da globalização econômica neoliberal:

A existência de uma crescente exclusão social, caracterizada pela precarização das condições de trabalho, pela disseminação do desemprego crônico, baixos níveis salariais, perdas das garantias sociais dos cidadãos e pela geração de um quadro de pobreza estrutural, que compromete a participação dos cidadãos nos âmbitos político

e jurídico, eis que os cidadãos não têm garantidas condições mínimas e dignas de existência para participarem politicamente.

A redução de direitos sociais destinados ao pleno desenvolvimento das capacidades (liberdade e igualdade materiais) afeta a dignidade do homem e compromete a coesão social, vilipendiando, assim, o Estado Democrático de Direito. Nesse sentido:

Há marcante contradição entre o neoliberalismo – que exclui, marginaliza – e a democracia, que supõe o acesso de um número cada vez maior de cidadãos aos bens sociais. Por isso dizemos que a racionalidade econômica do neoliberalismo já elegeu seu principal inimigo: o Estado Democrático de Direito (GRAU, 2012, p. 55).

Por fim, é importante destacar que neoliberalismo e globalização não se confundem: esta é fato histórico decorrente da revolução industrial moderna; aquele, por sua vez, é ideologia econômica. Como destaca Eros Roberto Grau, a globalização poderia conviver, perfeitamente, com outras ideologias hegemônicas (Cf. GRAU, 2012, p. 54).

2.3.6 Estado desenvolvimentista

Os Estados modernos não têm adotado na sua integralidade os modelos clássicos (Estado liberal, intervencionista, socialista etc.). Características peculiares dos modelos clássicos, como a liberdade de iniciativa liberal, coexistem com atuação intervencionista da estrutura estatal necessária à construção de uma sociedade cujo objetivo é assegurar a justiça social, de modo que os valores da liberdade e igualdade material devem ser respeitados e assegurados a todos (Cf. TAVARES, 2011, p. 62).

As constituições modernas introduziram a valorização da dignidade da pessoa humana como alicerce da estrutura do Estado, bem assim inseriram a questão socioeconômica com vetor da ação estatal destinada à construção de uma sociedade baseada em valores fundamentais, como a liberdade e a igualdade.

A capacidade de desenvolvimento humano, representada pela introdução do baldrame da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado, coloca o homem como eixo central, a razão motivadora e a finalidade da estrutura estatal:

É que com o enaltecimento das constituições, e com a dignidade da pessoa humana e a justiça inseridas em muitas delas como princípios maiores, não há mais como o Estado pretender o seu afastamento da economia e das prestações de índole social. O que se busca, na realidade, é uma forma de equilíbrio entre elementos essencialmente liberais e capitalistas, de uma parte, e de outra, elementos socialistas. Contudo, há de nortear a busca, nos dias de hoje, como lembra Jorge Alex Athias (1997: 49), o próprio homem, que será seu ‘norte ético’ (TAVARES, 2011, p. 62-63).

Promover o desenvolvimento do homem é o escopo da atuação do Estado hodierno, portanto, as ações no campo econômico, social, político e cultural devem ser motivadas visando ao pleno desenvolvimento das capacidades das pessoas. Nesse sentido, Tavares (2011, p. 63) ressalta: “[...] o que se pretende, no momento atual, é promover o desenvolvimento, não apenas econômico-financeiro (que é imprescindível), mas também o desenvolvimento humano, e, para ele, concorre o desenvolvimento das liberdades fundamentais, como sustenta Amartya Sen”.

O Estado, além de objetivar o crescimento econômico, elemento necessário para promover o desenvolvimento, deve viabilizar o progresso do ser humano buscando assegurar melhores condições de vida. Trata-se, em suma, de canalizar as externalidades positivas em benefício do desenvolvimento humano, buscando resguardar a dignidade da pessoa humana:

O desenvolvimento do Estado passa prioritariamente pelo desenvolvimento do homem, de seu cidadão, de seus direitos fundamentais. Sem ele, o mero avanço econômico pouco significará, apenas fará sentido para poucos.

Assim, independentemente do conceito que determinada atitude possa ocupar nas teorias econômicas, ela será adotada se puder ser utilizada como instrumento para alcançar mencionado desenvolvimento. Portanto, a intervenção do Estado, sempre que servir para esse desiderato, será necessária, bem como as prestações de cunho social (e especialmente tais prestações), sem que isso signifique a assunção de um modelo socialista. Da mesma forma, a consagração da liberdade, incluindo a livre-iniciativa e a livre concorrência, serão essenciais para que se implemente aquele grau de desenvolvimento desejado (TAVARES, 2011, p. 63).

Bercovici (2005, p. 53) adverte que o subdesenvolvimento somente será superado quando se garantir “[...] tanto o desenvolvimento econômico como o social, dada a sua interdependência”, concluindo que “[...] o desenvolvimento só pode ocorrer com a transformação das estruturas sociais”.

O crescimento econômico sem destinar o proveito auferido para o progresso econômico, social e cultural não é desenvolvimento, pois este depende de efetiva “[...] transformação das estruturas socioeconômicas e institucionais para satisfazer as necessidades da sociedade nacional” (BERCOVICI, 2005, p. 54).

O modelo desenvolvimentista de Estado tem como escopo fundamental o progresso pleno do ser humano. Ressalte-se que desenvolvimento não se limita ao melhor desempenho econômico, aprimoramento da forma de acumulação de riqueza, mas busca assegurar a melhora econômica, social e cultural necessária ao desenvolvimento da pessoa.

Como bem assevera Bercovici (2005, p. 67):

O caráter de dominação do fenômeno do subdesenvolvimento, a sua passagem para o desenvolvimento só pode ocorrer em processo de ruptura com o sistema internamente e com o exterior. Desse modo, é necessária política deliberada de desenvolvimento, em que, apesar de interdependentes, não há um sem o outro. O

desenvolvimento só pode ocorrer com a transformação das estruturas sociais, o que faz com que o Estado Desenvolvimentista deva ser um Estado mais capacitado e estruturado do que o Estado Social tradicional.

A intervenção do Estado na esfera econômica, social e cultura é necessária para assegurar a transformação e o estabelecimento de uma sociedade justa e igualitária, finalidade do Estado hodierno.

Delineado o panorama histórico do Estado moderno, faz-se essencial analisar sua relação com a economia, ponderando, em especial, o reflexo do desenvolvimento como necessidade elementar para assegurar liberdade e igualdade em seu viés material.

3 ESTADO, DIREITO E ECONOMIA: O DESENVOLVIMENTO SOCIAL, JURÍDICO E CULTURAL COMO LIBERDADE E IGUALDADE

O fenômeno econômico tem como escopo fundamental disciplinar a escassez, de modo que “[...] a atividade econômica é, pois, aquela aplicada na escolha de recursos para o atendimento das necessidades humanas. Em uma palavra: é a administração da escassez” (NUSDEO, 2014, p. 30).

A economia tem como objetivo administrar e promover a distribuição dos recursos escassos de modo mais equilibrado entre os integrantes da coletividade, racionalizando as escolhas.

A relação entre o Direito e a Economia é estreita na sociedade hodierna, uma vez que o aumento exponencial da escassez de alguns bens impõe ao Direito, complexo de proposições destinadas a regular as condutas humanas²⁵, intervir para impor, sob pena de sanção, condutas necessárias para disciplinar a distribuição dos recursos indispensáveis à satisfação das necessidades vitais dos integrantes da sociedade.

Nesse particular, o Direito e a Economia estão intimamente relacionados, de modo a criar interações recíprocas, pois:

Os fatos econômicos são o que são e se apresentam de uma dada maneira em função de como se dá a organização ou normatização – *nomos* – a presidir a atividade desenvolvida na *oikos* ou num dado espaço físico ao qual ela possa se assimilar. E o *nomos* nada mais vem a ser do que normas ou regras, estas objeto da ciência do Direito (NUSDEO, 2014, p. 30).

Ademais, como bem pondera Petter (2008, p. 75) ao analisar a relação entre Direito e Economia, “[...] como elemento tipicamente regulador, o Direito não pode desconhecer o dado econômico, porém deve captar e delinear o seu conteúdo, para disciplinar-lhe a finalidade”.

A Economia e o Direito mantêm íntima relação promovendo tensões e aproximações²⁶, pois as manifestações econômicas refletem no Direito e este reflete na

²⁵ “Historicamente, pode-se afirmar que o direito possui o caráter de regulador das relações humanas. O surgimento das normas jurídicas evidentemente está ligado à ideia de que o homem é ser social e que se impõe, para sua convivência com os outros, limitações de sua conduta, interagindo de distintas formas com ações no meio social em que vive.

Desse modo, pode-se afirmar que o fenômeno jurídico como regra de conduta social que se mostra, apresenta dois conteúdos muito importantes que, a saber, são: a norma e a conduta jurídica.

A norma formada juridicamente e a conduta humana prevista juridicamente se referem a um conteúdo importante da capacidade científica do direito. A norma jurídica regula a conduta humana que determinada por ela pode ser considerada como uma conduta jurídica” (ABBOUD, 2013, p. 75).

²⁶ “Todos os fenômenos (e relações) sociais comportam, sem dúvida muito relevantes, que os fenômenos (e relações) sociais comportam. Facetas conexas e interdependentes, mas dotadas de relativa autonomia entre si, o que legitima o seu estudo segundo ópticas e metodologias distintas” (SANTOS, 2006, p. 7).

Economia, assim “[...] os domínios do econômico e do jurídico não se confundem, mas é íntima a correlação entre as duas ciências, impondo-se a afirmação de que o fenômeno econômico, no mais das vezes, tem reclamado um revestimento jurídico” (PETTER, 2008, p. 24).

De forma semelhante ao Direito, a Economia é ciência humana que tem por finalidade disciplinar a vida em sociedade à luz do seu código próprio²⁷. A Economia não pode se estabelecer de forma neutra e indiferente da natureza e dos destinos do homem, pois regula e promove relações sociais pertinentes a vida em sociedade (Cf. PETTER, 2008, p. 56) estabelecendo “normas” de cunho orientativo visando à concretização dos valores econômicos fundamentais.

Quando as normas econômicas se tornam imprescindíveis para a concretização do valor justiça²⁸, aquelas são incorporadas pelo Direito por meio da introdução de enunciados normativos (juízo hipotético de regulação de conduta).

Desse modo, verifica-se que a Economia é promotora de relações sociais múltiplas que modificam a sociedade e o Direito se nutre destas para aperfeiçoar a regulamentação das condutas intersubjetivas, criando institutos jurídicos objetivando a construção de juízos hipotéticos de conduta – enunciados normativos disciplinadores do comportamento humano futuro.

Por outro lado, muitas vezes o Direito, ao disciplinar os fatos sociais, com a construção de juízos hipotéticos de regulação de conduta (lei), cria enunciados normativos que geram alterações na Economia.

A relação de implicação entre Economia e Direito se apresenta por meio de um sistema relacional, porquanto manifestação do fenômeno econômico pode gerar alteração nos fatos sociais gerando alteração nas relações jurídicas, bem como a modificação do fenômeno

²⁷ “Todos os sistemas funcionalmente diferenciados possuem um código próprio que lhe confere unidade e fechamento operacional. Esse fechamento, como insistentemente explica Luhmann, é condição para a abertura do sistema de referência do ambiente e aos programas de mudanças no sistema. Enfim, os sistemas autopoieticos operam, contemporaneamente de modo aberto e fechado. Reagem tanto a condições internas quanto externas. Essas formas de reação caracterizam a capacidade de ressonância do sistema. Mas um sistema não pode reagir de maneira indiscriminada. Deve sempre observar o duplo valor de seu código (condição de abertura e fechamento do sistema) e, conseqüentemente, operar segundo o tipo de comunicação que lhe é próprio. Um sistema reage sempre com sua frequência interna. Isso impõe limites claros às funções e prestações de cada sistema funcional e permite identificar fronteiras e mecanismos de interdependência com os demais sistemas” (CAMPILONGO, 2011, p. 75).

²⁸ Adota-se a justiça em sua acepção objetiva de manifestação, extraindo os vetores da definição das lições do professor Reale (1999, p. 276): “Em nossos dias, usa-se de preferência o termo justiça no sentido objetivo, ou seja, para indicar a ordem social que os atos de justiça projetam ou constituem, motivo pelo qual temos defendido a tese de que, objetivamente, a justiça se reduz à realização do bem com, ou, mais precisamente: é o bem comum ‘in fieri’, como constante exigência histórica de uma convivência social ordenada segundo os valores da liberdade e da igualdade”.

jurídico pode gerar alteração na economia. Um exemplo facilitará a compreensão do fenômeno exposto. Grave crise no setor automobilístico provocada pelo desaquecimento do mercado de carros nacionais, decorrente da concorrência com os veículos estrangeiros (fenômeno econômico), poderá ser mitigada com a alteração da política econômica internacional e a alteração de taxaço da operação de importação (fenômeno jurídico).

Na lição pertinente de Petter (2008, p. 29), as imbricações do Direito e da Economia são imprescindíveis na busca da eficiência, visando, em última análise, ao bem comum:

Assim que desconhecer a repercussão do econômico no desvelamento do fenômeno jurídico equivale, tanto por tanto, e também erroneamente, a enfocar a Economia como um fim em si mesma, esquecendo-se que essa desde o surgimento das primeiras idéias tidas como econômicas, já em Aristóteles, ou mesmo antes dele, foi concebida com algo a ser posto a serviço do homem, otimizando recursos e disponibilidades, para bem de todos, da coletividade – no viés do jurídico, dir-se-ia os fatos tais como devem ser –, conferindo um conteúdo normativo à Economia e assim, destarte, aproximando-a do Direito e da Moral.

O reconhecimento da inter-relação entre Economia e Direito não conduzirá a confusão das manifestações das ciências, ou seja, o Direito analisará o fenômeno econômico e social com base em seu código e com fundamento em suas ferramentas de seleção das condutas relevantes, enquanto a Economia procederá de igual forma, mas utilizando as ferramentas próprias de sua ciência (Cf. NUSDEO, 2014, p. 78). Destarte, o Direito não fará juízos econômicos dos fatos sociais, mas os adotará como fonte de produção de manifestação jurídica, criação de normas de conduta.

3.1 O desenvolvimento econômico como elemento do desenvolvimento social

Desenvolvimento consiste na eliminação das privações e na mitigação das barreiras materiais necessárias para garantir a escolha livre das pessoas (Cf. PETTER, 2008, p. 78), assegurando o progresso das capacidades individuais, preservando a liberdade e a igualdade material.

O desenvolvimento tem como escopo implementar as condições para que as pessoas tenham existência digna, garantindo-lhes as liberdades substanciais e permitindo que cada pessoa individualmente possa fazer a opção pelo modo de vida que deseja²⁹.

²⁹ "A aferição da existência digna de maneira de um prisma individual, mas a justiça social é atingida quando diferenças verificáveis entre os indivíduos, e.g., a maior ou menor capacidade de as pessoas levarem a vida que de fato gostariam de levar, forem decorrentes, ao menos de forma preponderante, de opções volitivas suas, em vez de decorrerem da melhor ou pior sorte que lhes coube na distribuição dos dotes da vida" (PETTER, 2008, p. 79).

O progresso, no sentido da eliminação de privações que limitem as escolhas pessoais, é necessidade de todos, porquanto a plena concretização da dignidade da pessoa humana, perpassa pela redução das desigualdades e pela promoção do reequilíbrio das condições pessoais, possibilitando, de forma plena, que cada um realize efetivamente o que deseja, sem que as limitações materiais obstem a liberdade.

Grau (2012, p. 223) destaca que ao desenvolvimento econômico importa “[...] a consumação de mudanças de ordem não apenas quantitativa, mas também qualitativa, não pode o desenvolvimento ser confundido com a ideia de crescimento. Este meramente quantitativo, compreende uma parcela na noção de desenvolvimento”.

A plena concretização da dignidade da pessoa humana impõe a necessária solidificação de mecanismos que promovam o equilíbrio das relações sociais, pois não há vida digna sem o desenvolvimento e a eliminação das privações materiais. Com bem destaca Petter (2008, p. 79):

Se os indivíduos forem livres – liberdade substancial –, acepção que aqui se elucidará, e se tais características forem distribuídas de forma mais isonômica perante o tecido social – igualdade substancial –, é razoável supor que a sociedade assim organizada esteja mais próxima ao modelo e aos objetivos do Estado Democrático de Direito brasileiro (CF, arts. 1º e 3).

A reflexão apresentada por Fachin (2014, p. 220) ao analisar a globalização econômica e os direitos humanos é deveras precisa e merece destaque:

O crescimento econômico é, sem dúvida, necessário para o desenvolvimento dos direitos humanos e das capacidades humanas. Entretanto, um sistema econômico-financeiro mundial pautado na exclusão e injustiça não atende ao verdadeiro desenvolvimento, uma vez que privatiza os lucros e socializa as perdas, conforme se observou como resultado da crise econômica estrugida em 2008. Deve-se, nas palavras de Boff, buscar um modelo de desenvolvimento econômico e social no qual ‘os custos e benefícios devem ser proporcionais e solidariamente repartidos’.

O crescimento econômico descompromissado com o desenvolvimento social gera o aumento da segregação das pessoas e, por consequência, a violação das garantias fundamentais básicas da liberdade (direito de primeira dimensão) e igualdade (direito de segunda dimensão), pois aqueles que estão alijados das condições sociais mínimas não têm como exercer os direitos de liberdade, deixando de optar por suas escolhas próprias, tendo em vista que a eles coube quinhão reduzido na distribuição das liberalidades positivas³⁰.

³⁰ Um exemplo didático para demonstrar o pensamento referente à necessidade de assegurar as liberdades substanciais visando à promoção do desenvolvimento humano é o sistema de política de quotas em universidades federais. O sistema de quotas para ingresso em instituições de ensino visa a eliminar as barreiras de acesso aos cursos superiores de excelência, promovendo o desenvolvimento dos jovens que, não fosse a política de ação afirmativa, ficariam afastados da efetiva concorrência para acesso a universidade em razão da privação de meios adequados que lhes garantissem igualdade de condições para o ingresso. Elucidativa é a lição de Tavares (2010, p. 614) ao dissertar sobre as ações afirmativas ao estabelecer “[...] que

Moncada (2012, p. 123, grifo do autor), ao dissertar sobre o princípio da erradicação da pobreza e da redução das desigualdades sociais e regionais, pondera com precisão:

De acordo com aquele princípio, a República brasileira é um Estado Social, apostando em levar as exigências participativas próprias da democracia política à esfera dos bens e dos serviços indispensáveis ao exercício efetivo das liberdades pessoais e políticas e indeligiáveis da *dignidade da pessoa humana*, outro *fundamento* da República, de acordo com o nº III do art. 1º. Os direitos dos cidadãos são inseparáveis da disponibilidade de um mínimo de bens e de serviços capazes de satisfazer as respectivas necessidades básicas e esta disponibilidade é critério substancial da CE.

O relatório de desenvolvimento humano, publicado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD bem demonstra a relação entre desenvolvimento humano e desigualdade social:

A investigação conduzida pelo GRDH recorrendo a dados do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) conduz a sólidas conclusões quanto à existência de uma relação inversa entre a desigualdade e a subsequente melhoria do desenvolvimento humano, causada sobretudo pela desigualdade na saúde e na educação, e não pela desigualdade de rendimento.

Recorrendo a dados de 2012 relativos a 132 países, a análise de regressão revelou os efeitos da desigualdade multidimensional (medida como a perda registada (sic) no Índice de Desenvolvimento Humano Ajustado à Desigualdade comparado com o IDH) no IDH e em cada um dos seus componentes (saúde, educação e rendimento) devido a quatro variáveis explicativas: a desigualdade geral no desenvolvimento humano, a desigualdade na esperança de vida, a desigualdade no nível de escolaridade e a desigualdade no rendimento *per capita*. Foi utilizada uma regressão diferente para cada variável explicativa, e todas as regressões incluíram variáveis artificiais (*dummy*) para controlar o nível de desenvolvimento humano (baixo, médio, elevado e muito elevado). A desigualdade geral em termos de desenvolvimento humano, a desigualdade na esperança de vida e a desigualdade nos níveis de escolaridade mostraram uma correlação negativa altamente significativa do ponto de vista estatístico (ao nível de 1%), porém, a desigualdade no rendimento *per capita* não evidenciou qualquer correlação. Os resultados obtidos foram sólidos relativamente a especificações diferentes, incluindo, por um lado, os grupos de países com desenvolvimento humano baixo e médio e, por outro, os países com desenvolvimento humano elevado e muito elevado³¹.

O princípio 8 da Declaração do Meio Ambiente estabelece, no plano Direito Internacional, o direito ao desenvolvimento econômico como mecanismo imprescindível à promoção de melhor qualidade de vida, definindo que “[...] o desenvolvimento econômico ou social é indispensável para assegurar ao Homem um ambiente de vida e trabalho favorável e criar na Terra condições favoráveis para melhorar a qualidade de vida”³².

se pode identificar como alvo da ação afirmativa é todo e qualquer cidadão que foi vítima de repressão social, que teve suas oportunidades de ascensão, de educação, de autossuficiência historicamente tolhidas”.

³¹ PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. **Relatório do Desenvolvimento Humano 2013**. A Ascensão do Sul: Progresso Humano num Mundo Diversificado. Nova Iorque: PNUD, 2013. p. 43. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/arquivos/rdh-2013.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2013.

³² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano**. 1972. São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos/USP, 2015. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>>. Acesso em: 10 set. 2013.

A Constituição Federal, no artigo 170 (BRASIL, 1988), reconheceu o direito ao desenvolvimento³³ estabelecendo que “[...] a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios”, conferindo aos princípios da ordem econômica “[...] significado jurídico, procurou dar-lhes uma ordem, e, fundando-a no modo de ser capitalista – apropriação privada dos meios de produção e livre iniciativa –, orientou-os com o fim de assegurar a todos existência digna (CF, art. 170)” (PETTER, 2008, p. 87-88).

Conforme se depreende da análise do preceito constitucional, “todos” têm direito ao desenvolvimento³⁴ que efetive a promoção de instrumentos legais e políticas públicas que visem a eliminar as barreiras à concretização do valor supremo da dignidade da pessoa humana, eliminando entraves para que a pessoa possa efetivar o seu agir individual de forma plenamente livre, sem qualquer limitação de ordem legal ou material³⁵.

Sen (2010, p. 90) destaca a importância de fatos econômicos, sociais e culturais para o desenvolvimento da plena liberdade, ressaltando que:

Fatores econômicos e sociais como educação básica, serviços elementares de saúde e emprego seguro são importantes não apenas por si mesmos, como pelo papel que podem desempenhar ao dar às pessoas a oportunidade de enfrentar o mundo com coragem e liberdade. Essas considerações requerem uma base informacional mais ampla, concentrada particularmente na capacidade de as pessoas escolherem a vida que elas com justiça valorizam.

O desenvolvimento não pode ser limitado ao aspecto econômico, aumento do Produto Interno Bruto – PIB, ampliação da renda per capita etc., deve ser verificado com a expansão das liberdades reais dos integrantes da sociedade de modo a implementar uma sociedade mais

³³ "Os princípios de estímulo ao desenvolvimento econômico, traduzidos pelo fortalecimento e expansão dos fatores da produção, pelo aumento do nível de emprego, do desenvolvimento da tecnologia, e pelo aumento da quantidade e variedade de produtos no mercado – com a elevação do poder aquisitivo e do valor do investimento –, estão presentes na Constituição Brasileira, refletindo as bases normativas do desenvolvimento do Estado Brasileiro" (DERANI, 1997, p. 232-233).

³⁴ *Garantir o desenvolvimento nacional é, tal qual construir uma sociedade livre justa e solidária, realizar políticas públicas cuja reivindicação, pela sociedade, encontra fundamentação neste art. 3º, II. O papel que o Estado tem a desempenhar na perseguição da realização do desenvolvimento, na aliança que sela com o setor privado é, de resto, primordial* (GRAU, 2012, p. 214, grifo do autor).

³⁵ "A avaliação das liberdades seniana – propicia-lhes uma vida mais feliz e digna com *fim* da ordem econômica. Mas a *justiça social* é atingida quando os benefícios deste desenvolvimento possam ser usufruídos pelas camadas mais amplas da população, portanto, nunca é demais repetir, as de mais baixa renda, pois o exercício da liberdade, sem concessões à igualdade, é desumana, pois escraviza o homem ao homem. Igualmente válida é a assertiva de que igualdade sem liberdade é ainda mais desumana, pois escraviza o homem ao Estado" (PETTER, 2008, p. 97, grifo do autor).

justa, em que as pessoas possam seguir livremente a opção pela sua condição de vida, sem que entraves econômicos, sociais ou culturais dificultem o desenvolvimento próprio³⁶.

3.1.1 Em busca das externalidades positivas do desenvolvimento econômico

Como o Estado aplicará as externalidades³⁷ positivas decorrentes do desenvolvimento econômico demonstrará o grau de desenvolvimento da sociedade (Cf. PETTER, 2008, p. 94-95).

É notório que o desenvolvimento econômico proporciona benesses, acumulação de riqueza, que, aplicados adequadamente em políticas públicas de desenvolvimento e expansão das capacidades individuais – investimento em educação, saúde, moradia etc. –, promoverão o pleno desenvolvimento das pessoas, solidificando, assim, a dignidade da pessoa humana.

O Estado orientado na concepção individualista, fundamentada na premissa do fomento da acumulação de riquezas, está fadado a promover a economia às custas da exploração da mão de obra operária, de modo a escravizá-la, condicionando o desenvolvimento da capacidade dos integrantes em razão da limitação de opção e predeterminando as opções de escolha e de vida dos integrantes menos afortunados.

Economia desenvolvida não é sinônimo de desenvolvimento humano do Estado. O estabelecimento de economia próspera e bem estruturada não assegura, por si só, desenvolvimento social, que promova a redução das desigualdades e a promoção da justiça social. Como destaca Petter (2008, p. 88):

[...] uma concepção adequada de desenvolvimento deve ir muito além da acumulação de riqueza e do crescimento de variáveis relacionadas à renda. O crescimento econômico não é um fim em si mesmo. Ele tem de estar relacionado, sobretudo, com a melhoria da qualidade de vida das pessoas e com as liberdades de que elas podem desfrutar.

Analisando o PIB e a taxa de sobrevivência do Brasil em comparação com a Austrália denota-se que o Brasil, 6ª economia mundial³⁸, tem uma taxa de sobrevivência de 73,8 anos; por

³⁶ “Para propiciar o desenvolvimento, devem-se remover as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos. [...]”

A liberdade é razão avaliatória do processo de desenvolvimento – quanto mais liberdade, mais desenvolvimento –, mas também é razão de eficácia do desenvolvimento – a realização do desenvolvimento depende da livre condição de agente das pessoas. Esta condição de agente livre e sustentável emerge como um motor fundamental do desenvolvimento” (PETTER, 2008, p. 85).

³⁷ “As externalidades correspondem, pois, a custos ou benefícios circulando externamente ao mercado, vale dizer, que se quedam incompensados, pois, para eles, o mercado, por limitações institucionais, não consegue imputar preço” (NUSDEO, 2014, p. 155).

³⁸ Em 2011 Brasil ocupava a 6ª posição do ranking da maiores economia, em 2013 passou a ocupar a 7ª e atualmente, em 2015, ocupa a 8ª posição, conforme dados obtidos junto ao Instituto de Pesquisa de Relações

sua vez, a Austrália, 12^o economia mundial, possui taxa de sobrevivência de 82,00 anos³⁹. Necessário ponderar alguns fatores de desenvolvimento social (educação e saúde), pontuando que, na Austrália, o tempo médio de estudo (média de anos da escolaridade) é de 12 anos, e o Estado destina 8% do PIB para a saúde; no Brasil, por sua vez, o tempo médio de estudo é de 7,2 anos e a destinação em saúde é de 4,2% do PIB⁴⁰.

A verificação dos dados evidencia que o progresso econômico, por si só, não garante a qualidade de vida suficiente para assegurar a longevidade da população, demonstrando que a prosperidade econômica não é indicador de desenvolvimento humano, pois “[...] o crescimento econômico, principalmente quando medido por grandezas matemáticas atinentes à simples produção econômica, não pode ser considerado um fim em si mesmo” (PETTER, 2008, p. 88).

No mesmo sentido é o pensamento de Silva (2010, p. 26) ao defender que “[...] a otimização econômica, por um lado, nem sempre favorece uma boa qualidade de vida da população em geral e, por outro lado, pode não ser sustentável; na ótica do neoliberalismo não o é certamente”. Arremata o constitucionalista ponderando que a análise simplória dos índices econômicos não é suficiente para demonstrar o desenvolvimento de uma nação, dado que:

[...] o desenvolvimento econômico não pode ser definido apenas em termos de PNB (Produto Nacional Bruto) real por habitante ou de consumo real por habitante, porque deve ser alargado, a fim de incluir outras dimensões, tais como a educação, a saúde, a qualidade do meio ambiente e, conseqüentemente, a qualidade de vida.

Muito pertinente a ponderação de Sen (2010, p. 66) sobre a relação da expectativa de vida em função do crescimento da renda individual:

A expectativa de vida não se eleva com o crescimento do PNB per capita, mas indiretamente, por meio do dispêndio público com serviços de saúde e por meio do êxito na eliminação da pobreza. O principal é que o impacto do crescimento econômico depende muito do modo como seus frutos são aproveitados. Isso também ajuda a explicar por que certas economias, como Coreia do Sul e Taiwan, foram capazes de elevar a expectativa de vida tão rapidamente por meio do crescimento econômico.

Ademais, o eminente economista e filósofo (SEN, 2010, p. 67) exemplifica a relação entre desenvolvimento e aplicação das benesses positivas do impacto do crescimento

Internacionais (Disponível em: < <http://www.funag.gov.br/ipri/images/analise-pesquisa/tabelas/top15pib.pdf> >. Acesso em: 11 jan. 2016)

³⁹ PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. **Relatório do Desenvolvimento Humano 2013**. A Ascensão do Sul: Progresso Humano num Mundo Diversificado. Nova Iorque: PNUD, 2013. p. 150. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/arquivos/rdh-2013.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2013.

⁴⁰ PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. **Relatório do Desenvolvimento Humano 2013**. A Ascensão do Sul: Progresso Humano num Mundo Diversificado. Nova Iorque: PNUD, 2013. p. 169. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/arquivos/rdh-2013.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2013.

econômico visando ao progresso das capacidades, destacando a realidade brasileira com modelo de ineficiência do desenvolvimento. Assinala:

A expansão de oportunidades sociais serviu para facilitar o desenvolvimento econômico com alto nível de emprego, criando também circunstâncias favoráveis para a redução das taxas de mortalidade e para o aumento da expectativa de vida. O contraste é nítido como outros países de crescimento elevado – como o Brasil – que apresentaram um crescimento do PNB per capita quase compatível, mas também têm uma longa história de grave desigualdade social, desemprego e descaso com o serviço público de saúde. As realizações dessas outras economias de crescimento elevado no que diz respeito à longevidade têm aparecido com lentidão bem maior.

A materialização de uma vida digna não está ligada unicamente à prosperidade econômica, porquanto a acumulação de riquezas sem a devida distribuição equitativa dos bens tem efeito tormentoso, gerando maior desequilíbrio e o aumento da curva de pobreza.

Desenvolvimento, como já expresso, significa a diminuição de barreiras e a promoção de instrumentos de concretização da liberdade e da igualdade, posto que desenvolver o Estado demanda o investimento das riquezas na promoção da justiça social, com a distribuição das benesses de forma a equilibrar a condição de vida das pessoas, pois “[...] o impacto do crescimento econômico sobre a sociedade em geral depende muito do modo como seus frutos são aproveitados” (PETTER, 2008, p. 95).

Sem a pretensão de esgotar este importante tema, ousamos pontuar que a ponderação do IDH dos países analisados demonstra que a distribuição equilibrada dos recursos e a promoção de políticas públicas de diminuição das barreiras sociais são essenciais para a efetivação do pleno desenvolvimento mundial⁴¹, visto que a Austrália, não obstante figurar como a 12ª economia, está na 2ª posição do IDH, enquanto o Brasil, em que as desigualdades sociais são gritantes, figura, apesar da pujança econômica que o colocava como a 6ª economia mundial, na posição 85 no IDH⁴².

É importante acrescentar que o Brasil passa atualmente por severa crise econômica, a qual inegavelmente importará agravamento das desigualdades sociais, impondo mácula aos direitos sociais assegurados na Constituição. Uma questão fica para reflexão: se o Estado tivesse revertido corretamente as benesses decorrentes do tempo de ouro do progresso econômico, destinando-as para consolidar os direitos sociais, o impacto da crise econômica seria indiscutivelmente menor.

⁴¹ "Os direitos econômicos, sociais e culturais, como direitos subjetivos à participação do bem-estar social, exigem prestações sociais e vinculam-se, sem dúvida, a uma melhor distribuição de recursos financeiros e fiscais dentro de uma sociedade, contribuindo para o desenvolvimento humano na busca de condições mínimas de uma vida digna" (FACHIN, 2014, p. 225).

⁴² PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. **Relatório do Desenvolvimento Humano 2013**. A Ascensão do Sul: Progresso Humano num Mundo Diversificado. Nova Iorque: PNUD, 2013. p. 150. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/arquivos/rdh-2013.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2013.

3.2 O conceito jurídico constitucional de dignidade da pessoa humana: a dignidade da pessoa humana como baldrame fundamental da ordem econômica

Em sentido filosófico, a dignidade é atributo imensurável, insubstituível, sem valor econômico, o qual se contrapõe à qualificação de coisa, bem mensurável, substituível, passível de quantificação econômica. Tudo tem um preço ou uma dignidade, assim, quando não se pode substituir ou atribuir um equivalente, estamos diante de algo que tem dignidade.

O fundamento da dignidade da natureza humana está na autonomia da vontade, representada na “[...] faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um arbítrio apenas encontrado nos seres racionais” (SARLET, 2010, p. 39)⁴³.

Conceituar dignidade é labor inglório tendo em vista a ambiguidade, a porosidade da realidade a ser analisada, bem como a natureza polissêmica do conceito, circunstâncias que dificultam sobremaneira a conceituação (Cf. BARROSO, 2013, p. 72).

Estabelecer o conceito de dignidade tem relação com vários fatores históricos, culturais, jurídicos e políticos que influenciam na sua construção, portanto, como bem destaca Sarlet (2010, p. 49):

[...] a dignidade da pessoa humana (por tratar-se, à evidência – e nisto de outros valores e princípios jurídicos – de categoria axiológica aberta) não poderá ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, razão pela qual correto se afirmar que (também aqui) nos deparamos como um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento.

Analisando o postulado da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Portuguesa, Canotilho (2000, p. 225, grifo do autor), com o brilhantismo que lhe é peculiar, leciona sobre o princípio material, fundamento da ideia de dignidade da pessoa humana, ressaltando: “[...] trata-se do *princípio antrópico* que acolhe a ideia pré-moderna e moderna da *dignitas-homini* (Pico della Mirandola) ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual (*plates et factor*)”.

A dignidade da pessoa humana é qualidade própria e inerente ao humano que lhe assegura adotar livremente as decisões necessárias à condução de sua vida (autodeterminação)

⁴³ A visão filosófica da dignidade da pessoa humana é tema deveras complexo para ser analisado pontualmente em trabalho cujo escopo principal não tem como foco a construção do conceito filosófico de dignidade. Para maiores aprofundamentos sobre o tema, indica-se a obra *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988* de Ingo Wolfgang Sarlet, na qual o autor, com o brilhantismo que lhe é peculiar, apresenta estudo sintético sobre o conceito de dignidade à luz do pensamento filosófico.

a fim de seguir o projeto estabelecido em razão de sua livre escolha. É necessário destacar a inter-relação entre dignidade e liberdade, pois esta é concretizada quando se assegura a liberdade de decidir como guiar a vida, de modo que nenhum entrave econômico, social, jurídico ou cultural impossibilite a realização da escolha do indivíduo.

A violação da dignidade é vislumbrada de maneira evidente quando se limita a opção da pessoa sujeitando-a à condição de objeto de direito, mero instrumento necessário à consecução da vontade de outrem, retirando-lhe a condição de sujeito de direito. Como bem destaca Sarlet (2010, p. 68):

[...] onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.

Imprescindível aprofundar o estudo dissecando a dignidade da pessoa humana em sua concepção negativa e na perspectiva positiva ou material. Na concepção negativa, a dignidade é limite inviolável que protege a individualidade e a autonomia contra ações do Estado e das demais pessoas, assegurando a sua posição como sujeito de direito. Por sua vez, a dignidade em sua perspectiva material ou positiva efetiva-se com a implementação da proteção pelo Estado e comunidade visando a assegurar a capacidade de autodeterminação, garantindo a decisão própria e responsável de cada indivíduo⁴⁴.

Sem pretensão de fixar conceito de dignidade ou esgotar suas possibilidades de significação, é possível estabelecer a dignidade como valor intrínseco à condição de ser humano. É um atributo inerente à condição de ser dotado de racionalidade, que lhe assegura autodeterminação e a possibilidade de tornar-se consciente em si e responsável pela condução de sua vida, respeitada a opção de condução da vida pelos demais, assegurando o pleno respeito à sua decisão individual contra violações promovidas pelo Estado e pela comunidade (outras pessoas).

Sarlet (2010, p. 70), ponderando as circunstâncias relacionadas à construção de um conceito de dignidade da pessoa humana, estabelece, sem a pretensão de esgotamento da questão, o seguinte conceito:

⁴⁴ "A dignidade, na sua perspectiva assistencial (protetiva) da pessoa humana, poderá, de tal sorte que, todo aquele a quem faltarem as condições para uma decisão própria e responsável (de modo especial no âmbito da biomedicina e bioética) poderá até mesmo perder – pela nomeação eventual de um curador ou submissão involuntária a tratamento médico e/ou internação – o exercício pessoal de sua capacidade de autodeterminação, restando-lhe, contudo, o direito a ser tratado com dignidade (protegido e assistido)" (SARLET, 2010, p. 58).

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

É necessário pontuar que o conceito de dignidade da pessoa humana não é definitivo, estático, mas deve ser construído diuturnamente, sopesando os vetores sociais, econômicos, políticos e culturais da sociedade, bem como reafirmando sua destinação de desenvolver as capacidades da pessoa humana, objetivando consolidar sua posição de sujeito de direito.

A dignidade da pessoa humana tem papel fundamental na construção da ordem constitucional hodierna nos Estados em que se busca a implementação do modelo Democrático de Direito. O valor da dignidade sustenta a construção do sistema constitucional democrático, delimita e conduz a ação estatal⁴⁵, bem assim é escopo do Estado Democrático de Direito, pois sua estrutura é organizada visando a assegurar e promover os direitos inerentes à condição humana em face dos Estados e dos demais integrante da sociedade:

A dignidade da pessoa humana – continua, talvez mais do que nunca, a ocupar um lugar central no pensamento filosófico, político e jurídico, do que dá conta a sua já referida qualificação como valor fundamental da ordem jurídica, para expressivo número de ordens constitucionais, pelo menos para as que nutrem a pretensão de constituírem um estado democrático de Direito (SARLET, 2010, p. 45).

A Constituição cidadã introduziu a dignidade da pessoa humana tanto como fundamento da república, artigo 1º da Constituição Federal, como finalidade da ordem econômica, artigo 170 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), portanto, como destaca Grau (2012, p. 194), “[...] a dignidade da pessoa humana comparece, assim, na Constituição de 1988, duplamente: no art. 1º como princípio político constitucional conformador (Canotilho); no art. 170, caput, como princípio constitucional (Canotilho) ou diretriz (Dworkin) – ou, ainda, direi eu, norma-objeto”.

Ao adotar a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, o constituinte pátrio “[...] reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal” (SARLET, 2010, p. 75). Portanto, compete ao

⁴⁵ "Assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplici está que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade" (SARLET, 2010, p. 55).

Estado assegurar, promover e consolidar as condições necessárias ao pleno desenvolvimento da personalidade.

A dignidade da pessoa humana no sistema constitucional tem duplo caráter: o de valor fundamental (caráter axiológico-valorativo) geral de toda a ordem jurídica e o de princípio jurídico fundamental (postulado jurídico-normativo), que se concretiza por meio dos direitos fundamentais assegurados (Cf. SARLET, 2010, p. 81-82).

A Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), no artigo 1º, inciso III, estabeleceu o valor da dignidade da pessoa humana como princípio de cunho jurídico-positivo, derivando destes os direitos fundamentais, expressos ou implícitos, os quais são explicitações/projeções da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, averba Sarlet (2010, p. 97):

O que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferimos), muito embora repisar – nem todos os direitos fundamentais (pelos menos não no que diz com os direitos expressamente positivados na Constituição Federal de 1988) tenham um fundamento na dignidade humana. Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade, o que nos remete à controvérsia em torno da afirmação de que ter dignidade equivale apenas a ter direitos (e/ou ser sujeito de direitos), pois mesmo em se admitindo que onde houver direitos fundamentais há dignidade, a relação primária entre dignidade e direitos, pelo menos de acordo com o que sustenta parte da doutrina, consiste no fato de que as pessoas são titulares de direitos humanos na função de sua inerente dignidade.

A preservação da dignidade humana, como já ressaltado, está estritamente relacionada a assegurar liberdade de agir (autodeterminação) da pessoa, implementada por meio do livre desenvolvimento da capacidade (personalidade) da pessoa, visando ao afastamento das barreiras que impedem a liberdade de opção no seu agir.

A dignidade humana é reconhecida como sustentáculo dos direitos fundamentais de todas as dimensões, a fim de assegurar as liberdades materiais, definido como o mínimo necessário a uma vida digna. Desse modo, “[...] a ordem econômica mencionada no art. 170, caput do texto constitucional – isto é, mundo do ser, relações econômicas ou atividade econômica (sem sentido amplo) – deve ser dinamizada tendo em vista a promoção da existência digna de que todos devem gozar” (GRAU, 2012, p. 194).

Grau (2012, p. 195) disserta com precisão sobre o papel do Estado e da sociedade na atuação econômica buscando a promoção da dignidade da pessoa humana:

Daí por que se encontram constitucionalmente empenhados na realização desse programa – dessa política pública maior – tanto o setor público quando o setor privado. Logo, o exercício de qualquer parcela da atividade econômica de modo não adequado àquela promoção expressará violação do princípio duplamente contemplado na Constituição.

Os direitos sociais de cunho prestacional têm como escopo garantir a igualdade e a liberdade material, de modo a afastar as barreiras impostas ao desenvolvimento pleno das capacidades, assegurando, com plenitude, sua dignidade (Cf. SARLET, 2010, p. 105-106), que, por vezes, é vilipendiada em razão de entraves econômicos, jurídicos, sociais e culturais.

A pessoa que não possui o mínimo necessário para manter sua vida, representada em condições adequadas de moradia, alimentação, educação, saúde, vestuário, higiene, transporte etc., sobrevivendo sob os efeitos da pobreza, tem comprometido seu poder de autodeterminação, liberdade de agir, pois a exclusão social, política e cultural do Estado e da sociedade impõem que os indivíduos sigam as decisões políticas, sociais e econômicas adotadas por terceiros. Dessa maneira, é essencial reconhecer que o processo de exclusão subestima de modo cruel a dignidade das pessoas desfavorecidas, as quais deixam de guiar sua vida segundo opção própria, aderindo às decisões de terceiros em decorrência da impossibilidade de atuação livre na sociedade e no Estado (Cf. SARLET, 2010, p. 108-109).

Finalizando a seção acerca deste importante e complexo tema, cujo escopo foi apresentar breve panorama sobre a dignidade da pessoa humana sem a pretensão de esgotar o assunto, é importante destacar que o postulado da dignidade da pessoa humana apresenta posição dicotômica:

- a) dignidade como direito de defesa (negativo), uma visão de direito de manutenção/perpetuação, traduzida pela vedação da “coisificação” do pessoa, assim representada pela vedação de agir de forma discriminada ou ofensiva à dignidade (exemplo: aplicação de pena de morte em razão de condenação criminal, vedação à tortura, manutenção de prisão processual por culpa da burocracia estatal etc.);
- b) dignidade como prestação positiva, cuja finalidade é promover/concretizar a dignidade da pessoa humana por meio do acesso aos direitos sociais, a fim de afastar os entraves ao pleno desenvolvimento das capacidades humanas.

3.3 O modelo capitalista como mecanismo de implementação do bem-estar social

O modelo capitalista de produção está implementado na grande maioria dos Estados modernos orientando a atuação no desenvolvimento da política econômica de produção com fundamento em premissas básicas como a livre-iniciativa, a apropriação privada dos meios de produção e a livre concorrência.

A política de mercado, fundamentada na concepção capitalista, é essencial para promover o crescimento econômico e a expansão da qualidade de vida, caso haja a correta

aplicação das externalidades positivas em benefício do desenvolvimento das capacidades humanas, implementando a liberdade e a igualdade plena de todos⁴⁶.

A restrição da liberdade de mercado – conforme implementada nos modelos de economia planificada – tem representado, como demonstra a história recente, prejuízo ao progresso das liberdades fundamentais. Nesse sentido, destaca Sen (2011, p. 43): “[...] políticas que restringem oportunidades de mercado podem ter o efeito de restringir a expansão de liberdades substantivas que teriam sido geradas pelo sistema de mercado, principalmente por meio da prosperidade econômica”.

O crescimento econômico não pode ser considerado o vilão da desigualdade mundial; pelo contrário, como destaca Sen (2010, p. 126), “[...] o aumento das capacidades humanas também tende a andar junto com a expansão das produtividades e do poder de auferir renda”.

Petter (2008, p. 88) esclarece que “[...] o capitalismo propicia o crescimento econômico, mas o desenvolvimento econômico é aquele que afere a dignidade da existência de todos, num ambiente de justiça social”. Prossegue o autor, ao analisar a questão da justiça social como ditame da ordem social, destacando:

Haverá, então, de se compreender a expressão *justiça social* como indicativa de que a solução jurídica adotada para o caso concreto reafirme a efetiva participação de todos, de modo direto ou reflexivo, nos benefícios frutificados pelo convívio social, certo de que o malogro ou sucesso da vida em sociedade a todos envolve e a todos alcança. Daí não guardarem adequação ao ideal de justiça formas de desenvolvimento que sejam medidas exclusivamente em função do crescimento econômico. A centralidade da pessoa humana, em sua dignidade, como fonte inspiradora do agir hermenêutico, põe em destaque que o verdadeiro desenvolvimento há de significar a transposição de melhores condições de vida para todos, realizando a justiça social (PETTER, 2008, p. 205).

Conforme estabelece o professor Eros Roberto Grau, a Constituição de 1988 fez a opção por uma ordem econômica capitalista que não se coaduna com a economia liberal e o princípio da autorregulamentação econômica, porquanto constitui uma ordem econômica intervencionista, como se depreende da análise do artigo 170 da Constituição (BRASIL, 1988).

A ordem econômica (mundo do dever-ser) produzida pela Constituição de 1988 consubstancia um meio para a construção do Estado Democrático de Direito que, segundo o art. 1º do texto, o Brasil constitui. Não o afirma como *Estado de Direito Social* – é certo – mas a consagração *dos princípios da participação e da soberania popular*, associada ao quanto se depreende da interpretação, *no contexto funcional*,

⁴⁶ "O crescimento econômico pode ajudar não só elevando rendas privadas, mas também possibilitando ao Estado financiar a seguridade social e a intervenção governamental ativa. Portanto, a contribuição do crescimento econômico tem de ser julgada não apenas pelo aumento de rendas privadas, mas também pela expansão de serviços sociais (incluindo, em muitos casos, rede de segurança social) que o crescimento econômico pode possibilitar" (SEN, 2011, p. 61).

da totalidade dos princípios que a conformam (a ordem econômica), apontada no sentido dele.

A inexistência da contradição entre tais princípios, a textura das regras constitucionais consideradas e, ainda, a atribuição, à sociedade, de legitimidade para reivindicar a realização de políticas públicas podem fazer do Estado efetivo agente – por ela responsável – da promoção do bem-estar.

À busca da realização do bem-estar a Constituição apresta a sociedade e o Estado, busca que se há de empreender não em nome ou função de uma ideologia, mas como imposição de determinações históricas que são mais do que ideológicas. O alcance do bem-estar é, historicamente, o mínimo que tem a almejar a sociedade brasileira (GRAU, 2012, p. 305-306, grifo do autor).

Prossegue o professor (GRAU, 2012, p. 307) dissertando sobre a Constituição de 1988 e a ordem econômica:

A Constituição de que cogito é a Constituição do Brasil. Não de qualquer outro Estado, desenvolvido, cujos próceres possam se lançar à aventura de desmantelamento do *Welfare State*, desmantelamento cujas primeiras vítimas são os assalariados, mas cuja vítima seguinte será, certamente, a democracia. [...]

A ordem econômica na Constituição de 1988 é uma ordem econômica aberta. Nela apenas podem detectar um modelo econômico acabado aqueles que têm uma visão estática da realidade; para eles, estática também há de ser a Constituição – a uma visão estática dos fatos sociais apenas pode corresponder, já o afirmei, uma visão também estática do Direito. A Constituição é um dinamismo.

Desenvolvimento econômico é realizado quando, além do crescimento do PIB ou da renda per capita do país, há “[...] a verificação da diminuição dos níveis de pobreza, do desemprego da desigualdade, das condições de saúde, nutrição, educação, moradia e transportes” (PETTER, 2008, p. 88).

Analisando a questão da longevidade e da expectativa de vida em função da renda per capita, Sen (2011, p. 66) pondera que o aumento da renda não é diretamente proporcional ao aumento na longevidade, pontuando, a partir do estudo, que:

A expectativa de vida não se eleva com o crescimento do PNB per capita, mas indicaria que a relação tende a funcionar particularmente por meio do dispêndio público com serviços de saúde e por meio do êxito na eliminação da pobreza. O principal é que o impacto do crescimento econômico depende muito do modo como seus frutos são aproveitados.

O crescimento econômico, por si só, não é sinônimo de desenvolvimento, visto que há possibilidade de um país ter excelente política econômica, atingindo fatores extraordinários de eficiência, no entanto, não se desenvolver, porquanto as desigualdades sociais, econômicas e culturas presentes perpetuam e fomentam a limitação da liberdade plena das pessoas, as quais, alijadas de condições mínimas de vida, não têm como desenvolver-se plenamente nesse ambiente inóspito.

A atuação do Estado distribuindo bens, tal como no fornecimento de serviços públicos, é de fundamental importância para assegurar a expansão das liberdades individuais e o pleno desenvolvimento das capacidades humanas (Cf. SEN, 2011, p. 63).

O aumento nos índices de desenvolvimento econômico, como, por exemplo, produto interno bruto, taxa de produção industrial etc., não é suficiente para demonstrar o efetivo desenvolvimento de uma sociedade, uma vez que, além do progresso econômico, é necessário ponderar vários fatores que indicam a melhor distribuição de renda e o progresso social, político e cultural de todos:

A adoção de uma fórmula – expressão matemática – para o cálculo do desenvolvimento não parece abarcar todas as infinitas possibilidades que o termo comporta ou pode significar, relacionando que está a capacidades reais – liberdades substantivas – de um e de todos. Por isso que para medir o desenvolvimento tem-se agregado, hodiernamente, junto à produção e ao crescimento econômico, uma série de outros indicadores, iniciativas que têm o êxito de medir o desenvolvimento não apenas da estreiteza do ponto de vista da produção econômica (PETTER, 2008, p. 98).

Como destacam Balera e Sayeg (2011, p. 183): “Incumbe ao capitalismo promover a concretização multidimensional dos direitos humanos na primeira, segunda e terceira dimensões adensada entre si, abrangente a ponto de alcançar positivamente toda a perspectiva global de demandas, nas quais se inserem as economias”.

Assim como pontua Matsushita (2007, p. 140) “[...] a opção brasileira de capitalismo é de uma exploração da atividade econômica, visando garantir a todos a justiça social, conforme se vê na Constituição Federal”. A Constituição Federal de 1988 estabelece a opção pelo capitalismo de cunho humanista em que a livre-iniciativa deve compatibilizar-se com a valorização do trabalho.

Note-se que o princípio da livre iniciativa é um princípio inerente ao capitalismo. Apesar de o Brasil ser capitalista, é um capitalismo que não é puro, pois ele deve se compatibilizar e olhar para a valorização do trabalho humano. É capitalista, sim, mas deve cuidar da valorização do trabalho humano. Não é dado retirar a valorização humana em nome de um pseudo-desenvolvimento. Todo desenvolvimento econômico deve valorizar o trabalho humano. Tem que compatibilizar tais dispositivos (MATSUSHITA, 2007, p. 126).

Arremata o autor ao dissertar sobre o Estado brasileiro:

Não deixa margens a dúvidas o *caput* do artigo 170 da CF sobre a opção capitalista, cujo perfil é desenhado constitucionalmente. A expressão ‘garantir a todos existência digna’ somente pode ser a referência e subserviência da ordem econômica ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Mas, como a ordem econômica é um direito aplicado preferencialmente no coletivo, evidente que a referência não foi à pessoa, mas sim a todos, o significa à população. A economia não está a serviço de um, mas sim a serviço da população dando-lhe a plataforma concreta de edificação dos demais direitos humanos, compreendidos no conceito de dignidade da pessoa humana e cidadania (MATSUSHITA, 2007, p. 136-137).

Desse modo, o Estado brasileiro, conforme delineado na Constituição Federal, segue a opção capitalista de produção visando a promover o desenvolvimento econômico, social e cultural de todos, cujo escopo fundamental é assegurar a todos existência digna.

3.3.1 O capitalismo como modelo econômico para o desenvolvimento humano: o capitalismo humanista

É certo que a exclusão econômica, com a falta de recursos mínimos para o pleno desenvolvimento, impõe violação severa à dignidade da pessoa humana, tendo em vista a transgressão da dignidade em seu sentido positivo, cujo objetivo é assegurar a implementação dos direitos humanos em todas suas dimensões, relegando aos despossuídos a pena de banimento da sociedade (Cf. BALERA; SAYEG, 2011, p. 178).

Assegurar plenamente os direitos fundamentais impõe a implementação dos direitos de a) primeira dimensão: direitos de liberdade; b) segunda dimensão: igualdade – direitos sociais; e c) direitos de terceira dimensão, ligados ao ideal de fraternidade. A integral implementação dos direitos fundamentais é necessária para a construção de uma sociedade mais justa e solidária.

Nesse sentido, a opção pelo capitalismo humanista, cujo mote é a implementação do valor solidariedade, determina a inter-relação e implementação efetiva dos valores da liberdade e igualdade a fim de assegurar a dignidade básica a todos, assim:

Por essa medida de solidariedade, a liberdade condensa à igualdade, não em nenhuma das duas, formal ou a material, mas também no condensamento de ambas, procura-se o resultado de que todos sejam iguais no seu mínimo existencial, ou seja, naquilo necessário a manter o ser humano em situação de existência digna, conforme o básico tolerável. Cabendo ao Estado promover e assegurar esse mínimo existencial. [...]

Nele o Governo deve garantir a inserção no capitalismo de toda a comunidade, reconhecendo a liberdade privada e a propriedade; bem como concomitantemente assegurar a todos as liberdades positivas na medida do mínimo existencial, no que entram os critérios corretivos da igualdade fraterna, gerando o tridimensionalismo (MATSUSHITA e SAYEG, 2008, p. 2406).

Desse modo, a implementação dos direitos fundamentais em sua plenitude é o ideal necessário a ser conquistado pelo Estado, o qual deve pautar sua atuação política e econômica na consecução desses vetores essenciais. Portanto, o desenvolvimento econômico a ser buscado deve seguir a implementação integral dos direitos fundamentais visando a construir uma sociedade fundada nos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, cujo objetivo primordial é a busca do pleno desenvolvimento das pessoas⁴⁷.

⁴⁷ "Oferecendo solução proporcional da relação da disponibilidade dos recursos econômicos – diante das externalidades negativas, bem como do desequilíbrio negativo na reciprocidade das externalidades, privadas em especial –, a concretização dos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensões resolve a questão primordial da gestão econômica global em conformidade com a lei natural da fraternidade, não se resumindo à economia individualista de mercado, monetarista e utilitarista, de geração da riqueza ou formação

O sistema capitalista de produção deve se desenvolver-se com o propósito de implementar os direitos humanos, e as externalidades positivas decorrentes da produção devem ser revertidas em benefício da construção de uma sociedade humanista, cujo escopo é concretização dos direitos humanos em todas as dimensões.

Dessa maneira, Balera e Sayeg (2011, p. 180), com muita propriedade, ressaltam a premissa do capitalismo humanista, modelo de atuação que sustenta a preservação do modelo econômico de produção capitalista em que o escopo da ação Estatal é a reversão das benesses do desenvolvimento na construção de uma sociedade cujo eixo principal é o desenvolvimento da pessoa humana:

Em suma ajustado à lei natural da fraternidade, o capitalismo deve ser indutor do exercício do direito subjetivo natural de propriedade, com o fim da concretização dos direitos humanos de primeira, segunda e terceira dimensões, para a satisfação universal do direito objetivo da dignidade do homem todo e de todos os homens da presente e das futuras gerações: um liberalismo econômico renovado pelo humanismo antropofílico⁴⁸ e delineado a partir da situação concreta de cada país, quanto à economia de mercado, conforme a realidade político econômico-social e cultural local-global

O Estado, implementando o regime jurídico e econômico humanista, deve assegurar a todos o mínimo necessário para a manutenção de uma vida digna, garantindo condições para prover os bens materiais (alimentação, saúde, moradia etc.) e imateriais (cultura, lazer, educação etc.) necessários para materializar a dignidade da pessoa humana⁴⁹.

Segundo Balera e Sayeg (2011, p. 177), “[...] desenvolvidos são os países que todo o povo está inserido na evolução política, econômica, social e cultural, conquistando acesso a níveis de vida que atendam, pelo menos, ao mínimo vital, e em que haja respeito à humanidade e ao planeta”.

A crítica que se faz à retomada dos ideais liberais, alicerce do neoliberalismo, perpassa pelo destaque do condicionamento da sociedade à manutenção da desigualdade e do aumento das mazelas sociais, econômicas, políticas e culturais, pois “[...] o neoliberalismo econômico, sem os freios e a calibragem humanista, é tanto incapaz de corrigir as externalidades negativas

da poupança individual, nem tampouco de opressão aos direitos individuais equilibrados" (BALERA; SAYEG, 2011, p. 179).

⁴⁸ "O humanismo antropofílico, por sua vez, impõe ao capitalismo a missão de avançar a partir do neoliberalismo e, ao direito, restrições e seriíssimos cuidados na aplicação teórica da análise econômica do direito diante das externalidades negativas, bem como do desequilíbrio horizontal dos direitos individuais" (BALERA; SAYEG, 2011, p. 172-173).

⁴⁹ "A sociedade civil e homem livre são supletivamente responsáveis quanto à responsabilidade do Estado no que tange à concretização multidimensional dos direitos humanos, porque o Artigo 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos insufla o espírito de fraternidade sobre todos. Nessas circunstâncias, reconhecer o direito subjetivo natural de propriedade é colocá-lo a favor dos direitos humanos em sua perspectiva tridimensional, onde a liberdade é adensada à igualdade sobreadensa à fraternidade. Nisso consiste o capitalismo antropofílico, que é, basicamente, um capitalismo que observa e respeita os direitos humanos" (BALERA; SAYEG, 2011, p. 181).

como de harmonizar adequadamente as externalidades, especialmente as privadas, não-equivalentes e reciprocamente consideradas”⁵⁰ (BALERA; SAYEG, 2011, p. 178).

O capitalismo humanista tem como escopo principal a superação do individualismo, introduzindo o valor da fraternidade como escopo de atuação, de modo a implementar uma sociedade livre, igual e fraterna a todos, concretizando o postulado introduzido no artigo 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos.

Dignidade humana e planetária é a meta direta, explícita e concreta do capitalismo humanista, compreendendo a vida plena no ideal da fraternidade, inserido numa economia humanista de mercado sob o predomínio de relativo individualismo, condicionado a que todos tenham simultaneamente satisfeitos os respectivos direitos humanos em todas as suas dimensões, consoante a condição humana biocultural com suas liberdades individuais e acesso assegurado a níveis dignos de subsistência em um planeta digno (BALERA; SAYEG, 2011, p. 183).

O objetivo do capitalismo humanista é a construção de uma sociedade cujo objetivo é a implementação plena dos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensão, de modo que o Estado atuará “[...] como o maestro que rege o coro entre duas vozes: a liberdade e a da igualdade, sob a clave melódica da dignidade humana e planetária que alberga o homem todo e todos os homens, irmanados por meio da concretização dos direitos humanos” (BALERA; SAYEG, 2011, p. 183).

3.3.2 A Constituição de 1988 e a ordem econômica: em busca de um conceito de desenvolvimento econômico e social

O Estado liberal ou mínimo, fruto das revoluções burguesas, foi concebido ideologicamente para contestar o Estado absolutista centralizador do modelo feudal monárquico. Na visão liberal, o Estado tem a função de intervir para assegurar a liberdade, a qual figura com a finalidade principal do Estado.

No Estado liberal, prevalece a valorização pela livre-iniciativa, assegurando a todos a possibilidade de agir economicamente de maneira livre, garantia que expressava a dignidade da pessoa humana na realidade liberal. Em consequência, com destaca Tavares (2011, p. 49), “[...] o individualismo resultou fortemente enaltecido pela doutrina liberal. O incremento do individualismo e do liberalismo só poderia acarretar a diminuição da liberdade interventiva do Estado, que se via cercado em suas atividades por aqueles postulados”.

⁵⁰ "Se o neoliberalismo fomenta a prosperidade geral e sustenta a democracia, demonstrando que a economia de mercado é, apesar dos pesares, o melhor modelo, exclui por outro lado os “círculos vivos das trocas sociais” e é conivente com o desrespeito aos direitos humanos de segunda e de terceiras dimensões, principalmente quando o Estado e a sociedade civil não possuem realidade política, econômica, social e cultural propícia ao enfrentamento das externalidades negativas produzidas" (BALERA; SAYEG, 2011, p. 172).

É de ressaltar que o Estado liberal era intervencionista, entretanto, sua ação ficava limitada a assegurar as liberdades individuais, em especial a liberdade econômica, promovendo os mecanismos de manutenção da ordem pública (polícia, defesa nacional, Justiça), inexistindo a preocupação com a promoção da justiça social.

A crise econômica mundial presente no pós-guerra (Primeira Guerra Mundial), a necessidade de o Estado intervir no mercado para reequilibrar a sociedade mundial e a ineficiência do modelo liberal para assegurar vida digna motivaram a derrocada do modelo liberal tradicional.

O Estado social surge com a função de intervir na sociedade e na economia buscando assegurar às pessoas condições mínimas de vida. Nesse cenário, passa a assumir prestações públicas sociais, ampliando seu âmbito de intervenção na sociedade e assumindo a função de prestador social (Cf. TAVARES, 2011, p. 54)⁵¹.

A ampliação do papel do Estado consagrou a formação do denominado *Estado do bem-estar social*, o qual vem sofrendo críticas severas em razão da crise de ineficácia de atuação, fato que se verificou quando:

A reprodução do modelo do Welfare State foi em grande parte responsável pela crise financeira que, desde a década de 1980, vem abalando as estruturas de inúmeros Estados, vale dizer, daqueles que assumiram atividades acima de sua capacidade, gerando a explosão do déficit público, por conta dessa prestação de serviços e atuação econômica maciça (TAVARES, 2011, p. 59).

As experiências históricas verificadas demonstraram que a utilização exclusiva de qualquer dos “modelos de Estado”⁵² não foi suficiente para suprir as necessidades, no entanto, cada modelo de Estado teve fundamental contribuição na construção de um Estado ideal. É notório que o modelo de Estado e a ideologia política mantêm íntima relação que resulta na adoção de modelo puro ou misto em determinada território e tempo.

O ideário capitalista, com os princípios e técnicas relacionados⁵³, é a fonte motriz do desenvolvimento econômico e quiçá do desenvolvimento humano, pois se apresenta como

⁵¹ “O Estado aparece doravante como o aliado, o protetor dos novos valores, ao passo que a Sociedade figura como o reino da injustiça, o estuário das desigualdades. De tudo isso se pode inferir, conforme disse Huber, que o Estado de Direito foi um produto da Revolução burguesa enquanto o Estado social é um produto da sociedade industrial.

Com o Estado social, o Estado-inimigo cedeu lugar ao Estado-amigo, o Estado-medo ao Estado-confiança, o Estado-hostilidade ao Estado-segurança. As Constituições tendem assim a se transformar num pacto de garantia social, num seguro com que o Estado administra a Sociedade” (BONAVIDES, 2000, p. 345).

⁵² Advirta-se o leitor que, por opção metodológica do autor, não foi tratado no presente estudo o modelo de Estado socialista, fundado na economia de intervenção absoluta, e o modelo neoliberal, que se consagra como retomada do modelo do Estado liberal. Para aprofundamento sobre o tema: TAVARES, 2011, p. 59-62.

⁵³ “Considera-se capitalista o sistema econômico no qual as relações de produção estão assentadas na *propriedade privada dos bens* em geral, especialmente dos de produção, na *liberdade ampla*, principalmente de

motivador do progresso econômico e, com a distribuição equitativa das benesses auferidas, proceder-se-á o efetivo desenvolvimento dos povos, assegurando a todos vida digna.

O imprescindível na busca do desenvolvimento humano é a construção de modelo econômico de Estado que valorize o desenvolvimento econômico e busque aplicar as vantagens auferidas por meio da prosperidade econômica na concretização da justiça social, promovendo a inclusão social de todos e a diminuição das desigualdades, implementando, assim, os direitos fundamentais em todas as suas dimensões.

Trata-se de Estado que implemente “[...] ‘sistemas mistos’ que, evidentemente, partem da dualidade de dois sistemas puros e que, utilizando-se da mescla entre ambos, formam diferentes tipos de sistema mistos, de acordo com a intenção de combinação” (TAVARES, 2011, p. 43).

A intervenção promocional do Estado tem por objetivo instalar e ampliar o modelo de bem-estar social, assim, “[...] o capitalismo misto previsto na Carta Magna implica a liberdade de mercado, temperada pela repressão a abusos e também pela integração ativa do Estado em áreas em que isso se faça necessário, a bem do interesse público” (MOREIRA, 2010, p. 165).

Os Estados modernos de conotação capitalista devem ter como escopo a implementação desse novo modelo de capitalismo social em que se valorizam as liberdades públicas e individuais conjugadas à implementação efetiva da ordem social, com a atuação ativa do Estado visando à concretização da valorização da pessoa humana⁵⁴.

Da análise da Constituição de 1988, em especial do capítulo dedicado à ordem econômica, artigo 170 e seguintes, constata-se que a República Federal do Brasil (BRASIL, 1988), constituída de Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal), adotou a opção capitalista para desenvolvimento do sistema econômico, fundado na livre-iniciativa, na propriedade privada dos bens de produção e na livre concorrência.

iniciativa e de concorrência e, conseqüentemente, na livre contratação de mão de obra” (TAVARES, 2011, p. 34, grifo do autor).

⁵⁴ “Ocorre, assim, o capitalismo tridimensional, que coexiste com as três dimensões dos direitos humanos, adensando-se as liberdades negativas, as liberdades positivas e os imperativos de solidariedade, que dão o tom da proporcionalidade nas colisões enfrentadas.

Nela surge para o Estado, atendendo aos mandamentos da norma matriz da ordem econômica, o dever de proporcionar à população (todos) uma condição de vida digna, atendendo não só aos direitos econômicos mas também aos direitos sociais, políticos e culturais; far-se-á o movimento de subida daquela parcela substancial da população que está abaixo da linha da pobreza para a correspondente à população com vida digna básica, compreendendo o mínimo existencial.

Em breves palavras, a configuração da proteção da população e, assim, do próprio gênero humano, via de conseqüência, sua natureza de norma de direitos humanos, fica especialmente estampada no *caput* do artigo matriz da ordem econômica no qual se expõe quem são os seus destinatários pela expressão: ‘assegurar a todos existência digna’” (MATSUSHITA, 2008, p. 2414, grifo do autor).

O sistema de capitalismo adotado pela República Federativa do Brasil não pode ser confundido com aquele sedimentado na ideia liberal clássica ou na sua versão moderna neoliberal, porquanto os compromissos do Estado brasileiro com a implementação dos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensões são cogentes.

Portanto, considerando a análise da Constituição Federal de 1988, verifica-se que o modelo de desenvolvimento a ser adotado, sob pena de afronta à decisão fundamental dos legítimos detentores do poder soberano, é a implementação do Estado desenvolvimentista⁵⁵, cujo escopo é a materialização de um estado do bem-estar social, em que a implementação dos direitos fundamentais de primeira (liberdade), segunda (igualdade) e terceira (fraternidade) dimensões motivem, regulem e justifiquem a atuação do Estado na esfera econômica⁵⁶.

Como se verifica da análise da Constituição Federal de 1988, o Estado hodierno tem como escopo fundamental a implementação dos direitos fundamentais nas dimensões da liberdade, igualdade e fraternidade, de modo que sua atuação na esfera econômica, social, política e cultural deve preservar e implementar, de forma irrestrita, os direitos do homem, assegurando o pleno desenvolvimento da capacidade, que representa, em última análise, a efetiva concretização do valor primaz da dignidade da pessoa humana.

Fixadas essas premissas preliminares, necessário passar à análise da regra matriz da ordem econômica, artigo 170 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que tem por finalidade regular a atuação no domínio econômico (mundo do ser), de forma a concretizar os fundamentos e objetivos traçados nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal.

⁵⁵ "A falta de desenvolvimento, ou, dito de outro modo, o estado de subdesenvolvimento, deve ser tida como a antítese do receituário constitucional, reclamando redobrados esforços de superação na atividade afeta a todos os operadores do Direito, v.g., impondo aos administradores públicos um mínimo de programação de políticas públicas de longo prazo" (PETTER, 2008, p. 165).

⁵⁶ "A participação do Estado na economia será uma necessidade, enquanto, no sistema capitalista se busque condicionar a ordem econômica ao cumprimento de seu fim de assegurar existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social e por imperativo de segurança nacional" (SILVA, 2001 p. 779).

4 REFLEXÕES SOBRE A ORDEM ECONÔMICA: ANÁLISE DA REGRA MATRIZ DA ORDEM ECONÔMICA

O artigo 170 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), insere rol de princípios e finalidades da ordem econômica, os quais devem pautar a atuação do Estado. Tavares (2011, p. 136), ao dissertar sobre a força dos princípios da ordem econômica, pontua:

Estes princípios perfazem um conjunto cogente de comandos normativos devendo ser respeitados e observados por todos os ‘Poderes’, sob pena de inconstitucionalidade do ato praticado ao arrepio de qualquer deles. Portanto, serão inadmissíveis (inválidas) perante a ordem constitucional as decisões do Poder Judiciário que afrontem estes princípios, assim como as leis e qualquer outro ato estatal que estabeleçam metas e comandos normativos que, de qualquer maneira, oponham-se ou violem tais princípios.

Qualquer ato que transgredir os baldrames da ordem econômica é reputado como violador da Constituição e passível de ser cassado ou corrigido visando ao realinhamento aos princípios da ordem econômica, premissas democraticamente definidas na Constituição.

4.1 O conceito de Constituição econômica

A construção de uma concepção de Constituição econômica é fruto da contraposição à ideia liberal de autorregulação pelo mercado, reconhecendo a presença do Estado na economia como imprescindível ao desenvolvimento⁵⁷.

O professor Tavares (2011, p. 75) destaca o conceito de Constituição econômica apresentado por Vital Moreira, expoente na análise da formação do conceito:

Para Vital Moreira a Constituição econômica não é uma ‘seção geográfica autônoma’ das constituições (políticas), devendo aquela se autonomizar em relação a esta concepção, sem, entretanto, isolar-se dela. Para o autor: ‘A CE é, pois, o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica; ou, de outro modo, aquelas normas ou instituições jurídicas que, dentro de um determinado sistema e forma econômicos, que garantem e (ou) instauram, realizam uma determinada ordem econômica concreta’.

Em sentido semelhante, o jurista lusitano Fonseca (2014, p. 37, grifo do autor) define a Constituição econômica como “[...] o conjunto das instituições e das normas destinadas a reger a atividade econômica sempre renovada, sempre insurgente contra as vinculações

⁵⁷ "A Constituição Econômica se corporifica no modo pelo qual o direito pretende relacionar-se com a economia, a forma pela qual o jurídico entra em interação como o econômico" (FONSECA, 2014, p. 66).

jurídicas, se solidificada num contexto significativo a que se dá o nome de *constituição econômica*".

Trata-se do conjunto de dispositivos normativos (leis) e de instituições jurídicas que fixam e delimitam a opção do sistema econômico e disciplinam as relações econômicas de poder (exemplo: forma de apropriação da exploração do trabalho, titularidade dos meios de produção etc.)⁵⁸.

Grau (2012, p. 79) descreve o conceito de Constituição econômica destacando:

A Constituição Econômica, conjunto de preceitos que institui determinada ordem econômica (mundo do ser) ou conjunto de princípios e regras essenciais ordenadoras da economia, é de se esperar que, como tal, opere a consagração de um determinado sistema econômico. E isso mesmo em uma situação limite, quando – *et pour cause* – expressamente não defina esses preceitos ou tais princípios e regras. Dir-se-á mesmo, radicalizando, que uma Constituição Econômica que não opere essa consagração não é uma Constituição Econômica.

Constituição econômica não pode ser restrita a parcela, título ou capítulo da Constituição política; é a ordem jurídica econômica estabelecida que permeia a integralidade do texto da Carta política fixando a forma como o Estado atuará na construção da ordem econômica (mundo do ser), regulamentando as relações com a economia.

Como destaca o professor Matsushita (2007, p. 29), é imprescindível para a definição de Constituição econômica a presença de elementos essenciais:

[...] os elementos da Constituição econômica seriam esses: escolha do modelo econômico, a tratativa dos modelos de produção, disciplinando a relação do capital com o trabalho, a finalidade do modelo e por último, mas não menos importante, seria o tratamento jurídico e alinhado conforme o modelo e as atividades dos setores públicos e privados.

A Constituição econômica pode ser dividida em formal e material. A primeira é composta pelas normas inseridas no capítulo da Constituição destinado a disciplinar a ordem econômica (mundo do ser). Por sua vez, a Constituição econômica material seria o conjunto de normas que disciplinam a matéria econômica, independentemente de pertencerem ao título da Constituição reservado à ordem econômica.

O professor Matsushita (2007, p. 33-34) destaca:

⁵⁸ "A essência da "constituição econômica", tal qual se apresenta a da Constituição de Weimar, é bem diferente desse contexto. Ela implica o reconhecimento de uma forma inovadora sobre a estrutura econômica do Estado, não justificada pela recepção de uma ordem anterior, mas antes pela alteração de uma ordem existente e constante. Suas normas prevêm a positivação de tarefas a serem realizadas pelo Estado e pela sociedade no âmbito econômico, buscando atender determinados objetivos também estabelecidos no texto constitucional; não é concebida como uma "constituição da economia", nem pode ser vista como apartada de uma constituição política. A constituição econômica é sim a expressão dos objetivos econômicos no plano político-decisório e da centralidade do Estado, bem longe, portanto, da ideia de "neutralidade" a que faziam referência os ordoliberais na Alemanha a chamada Escola de Freiburg –, no período posterior a Segunda Guerra Mundial" (POLIDO, 2006, p. 11).

Mais do que o 'econômico', deve-se atentar para as normas constitucionais que tratam das incidências e balizamentos do econômico, haja vista o artigo 1º, inciso IV, que trata dos princípios fundamentais da República e assegura 'os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa', bem distante do considerado como Constituição econômica, no artigo 170 e seguintes da Constituição Federal.

A interpretação da Constituição econômica é ditada no mesmo diapasão da interpretação conforme, ou seja, precisa-se identificar às normas que tratam do 'econômico', ainda que não expressamente, mas que estão integralmente ligadas a ele.

E ainda o professor Tavares (2011, p. 77) pontua:

Pode-se considerar a Constituição econômica formal como a parcela da Constituição que abriga e interpreta o sistema econômico (material), ou seja, que confere forma ao sistema econômico (no caso brasileiro, em sua essência, capitalista). A Constituição econômica formal brasileira consubstancia-se na parte da Constituição Federal que contém os direitos que legitimam a atuação dos sujeitos econômicos, o conteúdo e limites desses direitos e a responsabilidade que são inerentes ao exercício da atividade econômica do país.

A Constituição econômica é integrada pelos preceitos destinados a modalizar ações do Estado e de terceiros atuantes na economia, constituindo uma ordem jurídica econômica (mundo do dever-ser) cuja função é reger a ordem econômica (mundo do ser). É o regramento destinado a temas econômicos disposto no texto constitucional total.

Como salienta o professor Moreira (2010, p. 157):

Essa intensa relação do Estado com a economia não se limitou ao mundo do ser. A integração entre ambos gerou uma abundante produção no mundo do dever-ser. As normas despiram-se de seus atributos passivos (típicos do liberal Estado de Polícia) e passaram a contemplar a interação ativa do Estado no cenário econômico. Ao mesmo tempo em que as pessoas privadas passaram a interagir economicamente com o Estado e (vice-versa), este intensifica o exercício dos deveres oriundos de uma nova categoria do Direito.

É necessário ponderar que constituições modernas de muitos Estados, além da carga política, representada na organização do Estado e dos poderes, têm inserido um rol de programas e metas a serem implementados, destinados a nortear os rumos de atuação do Estado, visando à transformação social e o desenvolvimento das pessoas. Trata-se do modelo de constituição denominado *constituição-dirigente*.

Analisando a Constituição Portuguesa de 1976, Canotilho (2000, p. 217, grifo do autor) estabelece, com muita propriedade, como lhe é peculiar, a concepção de Constituição dirigente, destacando:

Trata-se, pois, uma lei fundamental não reduzida a um simples *instrumento de governo*, ou seja, um texto constitucional limitado à individualização dos órgãos e à definição de competências e procedimentos da acção dos poderes públicos. A ideia de 'programas' associava-se ao carácter dirigente da Constituição. A Constituição comandaria a acção do Estado e imporia aos órgãos competentes a realização das metas programáticas nela estabelecidas.

A fixação de meta programática, típica da formulação dirigente de Constituição, tem influência decisiva na definição da Constituição econômica, porquanto a transformação social efetivada por meio da implementação de direitos fundamentais, em especial de segunda dimensão (igualdade), impõe ao Estado efetivação de políticas públicas necessárias e suficientes ao atendimento das metas estabelecidas na Carta Magna.

Bercovici (2005, p. 33), ao analisar a relação entre Constituição econômica e a Constituição dirigente, pontua a característica fundamental das constituições do século XX em relação à ordem econômica:

A diferença essencial, que surge a partir do ‘constitucionalismo’ do século XX, e vai marcar o debate sobre a Constituição Econômica, é o fato de que as Constituições não pretendem mais receber a estrutura econômica existente, mas querem alterá-la. Elas positivam tarefas e políticas a serem realizadas no domínio econômico e social para atingir certos objetivos. A ordem destas Constituições é ‘programática’ – hoje diríamos ‘dirigente’.

Grau (2012, p. 75-76), analisando as constituições dirigentes e a sua influência na construção da Constituição econômica do Estado, estabelece o que se pode intitular de *Constituição econômica dirigente ou programática*:

Já como Constituições diretivas ou programáticas – doutrinárias – são concebidas as que não se bastam em conceber-se como mero ‘instrumento de governo’, mas, além disso, enunciam diretrizes, programas e fins a serem pelo Estado e pela sociedade realizados. Elas, pois, as que se transformam em um ‘plano normativo-material global, que determina tarefas, estabelece programas e define fins’; não compreendem tão somente um ‘estatuto jurídico do político’, mas sim um ‘plano global normativo’ do Estado e da sociedade. A Constituição Econômica que nelas se encerra compreende a enunciação dos fins da política econômica, postulando, na sua conformação, a implantação de uma nova ordem econômica.

Daí referirmos uma Constituição Econômica estatutária – que estatui, definindo os estatutos da propriedade dos meios de produção, dos agentes econômicos, do trabalho, da coordenação da economia, das organizações do capital e do trabalho – e uma Constituição Econômica diretiva (ou programática) – que define o quadro de diretrizes das políticas públicas, coerentes com determinados objetivos também por ela enunciados.

É no seio das Constituições diretivas que germinam as novas ordens econômicas (mundo do dever-ser), consubstanciadas de Constituições Econômicas diretivas.

Assim, além de regular a relação do Estado e da Economia, que se pode definir como Constituição econômica estatutária, conceito já disposto, de outro lado pode-se extrair a formação da Constituição econômica dirigente ou programática representada pelo conjunto de disposições normativas, expressas ou implícitas, que fixam as diretrizes necessárias à implementação dos objetivos econômicos do Estado tendo em vista a construção de uma ordem econômica (mundo do dever-ser).

A Constituição de 1988 pode ser classificada como Constituição dirigente-programática porquanto em diversas passagens, em temas econômicos ou não, fixa meta-

normas, normas de cunho programático⁵⁹, cujo escopo é a implementação dos objetivos fundamentais estabelecidos⁶⁰, visando a implementar a transformação na estrutura econômico-social (Cf. BERCOVICI, 2005, p. 37).

Com relação à ordem econômica, o constituinte originário, no artigo 170 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), estabeleceu o desenvolvimento da dignidade da pessoa humana (assegurar a todos existência digna) como escopo da ordem econômica (dever-ser). Destarte, a implementação de qualquer ação estatal deve visar ao desenvolvimento humano, representado, como já expresso no capítulo anterior, o afastamento das barreiras que impedem o pleno desenvolvimento da pessoa, assegurando a capacidade de autodeterminação.

4.2 A ordem econômica: conceito e delimitação

O termo *ordem econômica* apresenta ambiguidade⁶¹, porquanto denota realidades distintas. Seguindo os ensinamentos de Vital Moreira (Cf. GRAU, 2012 p. 65), ordem econômica pode apresentar três significados: a) modo de ser empírico de uma determinada economia, um conceito de fato, que representa a realidade da economia; b) conjunto de normas que regulamentem o comportamento dos sujeitos econômicos; e c) ordem jurídica da economia.

O desafio proposto ao cientista do Direito é desvendar a armadilha linguística resultante da ambiguidade, apresentando solução que auxilie na interpretação da expressão disposta em determinado enunciado e buscando promover a perfeita comunicação entre os interlocutores.

Preliminarmente convém analisar semanticamente o termo *ordem*, o qual está relacionado à ação de organizar a fim de obter uma finalidade estabelecida. Desse modo,

⁵⁹ “Este tipo de norma entrou para o corpo constitucional como uma forma de pacto ou compromisso entre as forças liberais e reivindicações de origem social. [...] Através delas, o legislador maior traça rumos a serem seguidos e metas a serem alcançadas, ficando princípio básicos que nortearão a iniciativa do legislador ordinário e exigirão do administrador e do juiz o seu acatamento e aplicação nos atos de concretização das normas, lembrando-se sempre de que a finalidade intrínseca das normas programáticas é a de criar uma nova realidade, política, econômica e social” (FONSECA, 2014, p. 70).

⁶⁰ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

⁶¹ Ambiguidade é característica dos termos que comportam mais de um significado, isto é, que podem ser utilizados em dois ou mais sentidos (CARVALHO, 2013, p. 68).

ordem “[...] significa um conjunto de elementos compatíveis entre si e, para além dessa coerência, voltados para o futuro, direcionados a uma teleologia” (FONSECA, 2014, p. 61)

O primeiro significado do conceito de ordem econômica, ligado à realidade empírica, denota a ordem jurídica como conceito de fato, representando elemento do mundo do ser, realidade econômica concreta de determinada sociedade constatada em razão do fenômeno econômico⁶².

Ordem econômica pode denotar o conjunto de enunciados normativos⁶³ que tem por objetivo regular, prescrever o modo de agir, da economia (mundo do ser) com a finalidade de concretizar os princípios constitucionais estabelecidos. Trata-se de parcela da ordem jurídica que tem como escopo fundamental regular o fenômeno econômico.

Grau (2012, p. 66), ao analisar o artigo 170 da Constituição Federal de 1988, estabelece o significado normativo do preceito:

Analisando porém como alguma percuciência o texto, o leitor verificará que o art. 170 da Constituição, cujo enunciado é, inquestionável, normativo, assim deverá ser lido: as relações econômicas – ou a atividade econômica – deverão ser (estar) fundadas na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (fim delas, relações econômicas ou atividade econômica) assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...]

A construção da ideia de uma organização do fenômeno econômico pelo Estado tem como fundamento a percepção de que este não é mera manifestação causal (processo mecânico), mas realidades passíveis de condução e/ou direcionamento de modo a implementar os escopos fixados pelo Estado (Cf. CARVALHOSA, 2013, p. 591).

A partir da verificação de que o agir econômico pode ser condicionado e direcionado ao atendimento de fins socioeconômicos almejados pela coletividade, afastando a visão egoística do agir econômico, “[...] a ação econômica passa a ser racionalmente orientada no sentido de satisfazer maiormente os interesses coletivos, visando satisfazer às necessidades de todo o corpo social” (CARVALHOSA, 2013, p. 592).

A ordem econômica materializa-se como um sistema de princípios e regras destinadas à regulação das relações econômicas, de modo a fazer prevalecer a orientação (prescrição) do comportamento pelo Estado.

⁶² "A leitura do art. 170, que introduz aquele Título VII, o deixará, entretanto – se tiver ele o cuidado de refletir a propósito do que lê –, no mínimo perplexo. E isso porque neste art. 170 a expressão é usada não para conotar o sentido que supunha nele divisar (isto é, sentido normativo), mas sim para indicar o modo de ser da economia brasileira, a articulação do econômico, como fato, entre nós (isto é, “ordem econômica” como conjunto das relações econômicas)" (GRAU, 2012, p. 66).

⁶³ "Uma coisa são os enunciados prescritivos, isto é, usados na função pragmática de prescrever condutas; outras, as normas jurídicas, como significações construídas a partir dos textos positivados e estruturados consoante a forma lógica de juízos condicionais, compostos pela associação de duas ou mais proposições prescritivas" (CARVALHO, 2011, p. 130).

Para o professor Grau (2012, p. 70), a expressão *ordem econômica* disposta no artigo 170 da Constituição Federal diz respeito à disciplina normativa das relações econômica ou da atividade econômica, tem conotação de regime (conjunto de norma prescritivas de conduta) a ser aplicado às relações econômicas verificáveis do mundo do ser e “[...] como o conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica. Assim, ordem econômica, parcela da ordem jurídica (mundo do dever-ser), não é senão o conjunto de normas que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo do ser)”.

Ordem econômica representa a penetração dos preceitos e instituições jurídicas (Constituição econômica) necessários à sustentação do sistema econômico adotado, de forma a constituir um conjunto de preceitos destinados a regular, orientar e prescrever a forma de atuação dos agentes na economia. Nesse sentido:

A Constituição Econômica opera a conversão do regime econômico em ordem jurídico-econômica. Tem esta por finalidade estabelecer os princípios e regras, informadores das normas que regerão as relações econômica. E a regência dessas relações se dá sob dois prismas: a ordem jurídico-econômica aceita e acolhe o regime econômico existente, adotando-o como base de toda a organização que a norma implanta. Daí o grande número de normas programáticas existentes nas constituições modernas, que têm por finalidade justamente reformular, dar outra forma à ordem já adotada anteriormente (FONSECA, 2014, p. 69).

O professor Carvalhosa (2013, p. 593-594), em sua obra *A Ordem Econômica na Constituição* de 1969, editada em 1972, preleciona, de maneira progressista, sobre o significado da ordem econômica:

No conceito de Ordem Econômica constitucional destaca-se o modo de ser jurídico do sujeito econômico, ou seja, a sua função. Função social e política (justiça e desenvolvimento nacional) – atribuída à atividade produtiva pelo Direito Público. Conceituar-se-ia, portanto, a Ordem Econômica de que fala a Constituição, como a atividade econômica condicionada, através do sistema jurídico, a determinados fins políticos do Estado. [...]

O conjunto normativo, já como expressão do justo econômico, determina os condicionamentos a que se deve submeter o processo produtivo.

Nesses elementos se encontra, a nosso ver, o conceito de Ordem Econômica constitucional (art. 160 da Carta).

A noção de Ordem Econômica inclui, portanto, um novo valor de caráter jurídico: ‘a realização de melhores condições de vida da sociedade’.

A função transformadora da “ordem econômica” verifica-se quando a orientação da ordem econômica (mundo do ser) passa a ser realizada pela “ordem econômica” – mundo do dever-ser, de modo que a ordem jurídica – o fato – mundo do ser – é modalizada pelos enunciados normativos da “ordem jurídica” – mundo do ser, assim, “[...] as precedentes ordens econômicas (mundo do dever-ser) passam a instrumentar a implementação de políticas públicas” (GRAU, 2012, p. 71-72).

Moncada (2012, p. 107), ao dissertar sobre a ordem econômica na Constituição de 1988, esclarece que: “A CRB de 1988 é essencialmente da ordem econômica. Enuncia todo um conjunto de programas de realizações tendendo a alterar a ordem da economia num sentido considerado mais justo e solidário”.

A ordem econômica, como parcela do ordenamento jurídico, se faz presente quando orienta o desenvolvimento e a transformação da política e da sociedade – mundo do ser – promovendo alterações nas relações econômicas, de forma a implementar o projeto definido na ordem econômica, plano normativo – mundo do dever-ser – guiando, assim, a economia.

O conjunto de preceitos destinados a disciplinar o agir econômico, ordem econômica, é sistema normativo destinado a construir uma nova sociedade. Portanto, a ordem econômica deve ser constituída visando a atingir objetivos: a) progresso econômico, assegurar maior eficiência com a implementação das metas fixadas pelos governos de cada Estado; b) estabilidade econômica, promovida assegurando o nível de renda e emprego; c) implementar a justiça econômica, concretizada com a distribuição de renda de modo a reduzir as desigualdades, a fim de aprimorar a vida de todos (Cf. MATSUSHITA, 2007, p. 123-124).

Portanto, a ordem econômica (mundo do dever-ser) não pode ser analisada, unicamente, como um conjunto estanque de preceitos positivados aplicáveis a balizar a condução do agir econômico; a regulação deve concretizar os objetivos da ordem econômica, promovendo o desenvolvimento de todos assegurando liberdade, igualdade e fraternidade, implementando, pois, o capitalismo tridimensional (capitalismo humanista).

Na construção do conceito de ordem econômica nacional, mundo do dever-ser, fixado pela Constituição, é necessária a ponderação de todos os vetores econômicos, sociais, políticos e culturas dispostos, de forma explícita e implícita, na Constituição Federal.

Ao analisar os princípios constitucionais da ordem econômica, Grau (2012, p. 192) destaca:

Todo esse conjunto de princípios, portanto, há de ser ponderado, na sua globalidade, se pretendermos discernir, no texto constitucional a definição de sistema e de um modelo econômico. A Constituição não é um mero agregado de normas; e nem se a pode interpretar em tiras, aos pedaços.

Ponderando a ordem econômica disposta na Constituição de 1988, verifica-se a orientação pelo modelo capitalista de produção, sedimentado na preservação da propriedade privada e na livre-iniciativa, conforme dispõe o artigo 170 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), modo de produção que não é vilipendiado pelo intervencionismo do Estado em determinadas áreas da economia, tendo em vista a necessidade e a imprescindibilidade de ação estatal para reorganizar as ineficientes relações econômicas estabelecidas com

fundamento nas premissas liberais que orientam o modelo capitalista (cf. SILVA, 2001, p. 764).

Assim, a orientação capitalista do modo de produção deve ser implementada com o escopo de assegurar o pleno desenvolvimento de todos, garantindo o incremento das capacidades individuais, concretizando, por conseguinte, os valores da liberdade, igualdade e fraternidade, premissas para a construção de um Estado Democrático de Direitos cujo fundamento é a dignidade da pessoa humana, finalidade última da ordem econômica⁶⁴.

4.3 Os baldrames da intervenção do Estado da economia: interpretação da ordem econômica (artigo 170 da Constituição Federal)

O Título VII da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) é dedicado à disciplina da ordem econômica e financeira, principiando com o artigo 170, no qual são fixados os baldrames da ordem econômica.

É importante ressaltar, conforme anteriormente disposto, que a ordem econômica (dever-ser) não está restrita ao capítulo destinado à disciplina da matéria. Trata-se, na realidade, do conjunto de dispositivos constitucionais, inseridos no título específico ou não, que têm como escopo disciplinar as relações econômicas, prescrevendo o comportamento de ação dos agentes na área econômica.

O capítulo VII da Constituição de 1988, destinado à ordem econômica, principia estabelecendo os baldrames da ordem econômica, eixos de sustentação do sistema normativo destinado a disciplinar a atividade econômica, fixando a forma e a relação do Estado com a Economia, o sistema de produção e os demais fatores econômicos.

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

- I – soberania nacional;
- II – propriedade privada;
- III – função social da propriedade;
- IV – livre concorrência;
- V – defesa do consumidor;
- VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
- VII – redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII – busca do pleno emprego;

⁶⁴ "[...] assevera-se que a finalidade da ordem é assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Note-se aqui que a finalidade da ordem econômica brasileira é “finalista”. Busca-se atingir essa finalidade, que é assegurar a todos um nível de vida digno conforme os ditames sociais" (MATSUSHITA, 2006, p. 126).

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País (BRASIL, 1988).

Questão deveras importante é o destinatário da ordem econômica.

Analisando o *caput* do artigo 170 da Constituição⁶⁵, denota-se que a ordem tem como finalidade assegurar a todos vida digna, assim, o titular da ordem econômica são todas as pessoas, destacando a importância central da pessoa humana.

A titularidade da ordem econômica atribuída a todos, conforme estabelecido pela Constituição, assegura à coletividade a possibilidade de defesa da ordem econômica⁶⁶, representando um direito transindividual de natureza difusa⁶⁷.

Infraconstitucionalmente, a Lei nº 12.529/2011⁶⁸, nova Lei Antitruste (BRASIL, 2011), atribuiu expressamente à coletividade a titularidade do bem jurídico, representado na prevenção e proteção as infrações à ordem econômica, visando, em particular, a implementar os princípios da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa do consumidor e a repressão ao abuso da ordem econômica

Como pondera Matsushita (2007, p. 153):

A preocupação do constituinte em inserir ‘todos’ como os destinatários da ordem econômica tem um significado que vai além daquilo que aparenta. Vai além, primeiramente, porque coloca que o agente central da ordem econômica é a coletividade. É a coletividade porque garante a ‘todos’ e, em sendo a coletividade a detentora desses direitos, tem legitimidade para defender a ordem econômica, nos mesmos termos do mercado, do qual também é titular.

Da análise da regra matriz da ordem econômica, artigo 170 da Constituição Federal, (BRASIL, 1988), verificamos a distinção entre fundamentos, ditames e princípios da ordem econômica. Assim, antes de adentrar o exame substancial, é necessário, de forma sucinta, precisar a terminologia utilizada pelo constituinte na construção da regra matriz.

⁶⁵ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...]”

⁶⁶ “**Defesa da ordem econômica.** [...] O objeto de proteção previstos no inciso ora comentado (art. 1º da 7.347/1985) é muito mais amplo do que poderia parecer à primeira vista, pois compreende, além da defesa do concorrência e de funcionar como norma antitruste, a proteção da ordem econômica como um todo, consoante as disposições da CF 170 ss” V. LDC (NERY, 2014, p. 1720).

⁶⁷ “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; [...]”

⁶⁸ “Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei”.

4.3.1 Regra matriz da ordem econômica: fundamentos, finalidades e princípios da ordem econômica

Fundamento da ordem econômica está relacionado com a causa, a razão de ser, objetivo pretendido pela construção de um conjunto de normas destinada à regular a economia.

Trata-se da base de sustentação sobre a qual se edifica a ordem econômica, são os elementos imprescindíveis para a constituição de uma ordem econômica. Inexistindo respeito a esses preceitos nucleares, haverá um arremedo de ordem econômica, porquanto o artigo 170, *caput*, da Constituição Federal estabelece a valorização do trabalho humano e a livre-iniciativa como razão de ser da ordem econômica estabelecida.

É importante ressaltar que os princípios da ordem econômica⁶⁹ são elementos pelos quais se modaliza o mercado, de modo a implantar as opções traçadas pela Constituição para a disciplina da intervenção na esfera econômica.

Não obstante divergência sobre a natureza principiológica do *caput* do artigo 170 da Constituição, os preceitos inseridos na regra matriz da ordem econômica têm a natureza de princípios⁷⁰, normas de conteúdos finalístico, cujo objetivo é reger determinada conduta, no caso dos princípios econômicos, regular a intervenção do Estado na economia.

Os princípios têm a função de estruturar o sistema jurídico de modo que o arcabouço normativo do ordenamento, conjunto de preceitos destinados a prescrever condutas necessárias para modalizar comportamentos, é edificado a partir dos princípios, tendo estes como fundamento – orientação da construção da norma de decisão – e finalidade da estrutura normativa estabelecida. Dessa forma:

É através dos princípios que o sistema jurídico é estruturado e faz-se coeso, de modo que constituem o alicerce básico fundamental para se determinar o sentido e o alcance das expressões jurídicas. Os princípios presidem a inteligência das diferentes partes do ordenamento jurídico, constituindo-se eles mesmos em vetores reguladores da exegese das normas estritas, difundindo-se para todo o sistema normativo (PETTER, 2008, p. 208).

Ponderando sobre os princípios da ordem econômica, Petter (2008, p. 207, grifo do autor) destaca que “[...] é na vivificação constitucional, sobretudo em sua principiológica, que

⁶⁹ "Se existem regras no jogo econômico, os princípios listados no art. 170 são as balizas fundamentais, primeiras, a orientar a compreensão de todas as demais normas/instituições, enquanto componentes importantes a contribuir para a criação e manutenção de um *ambiente institucional* propício à realização e intensificação das trocas econômicas" (SANTOS, 2014, p. 164, grifo do autor).

⁷⁰ "Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção" (ÁVILA, 2014, p. 102).

se haverá de encontrar o fundamento e a legitimidade da aplicação das normas jurídicas, fundamento e limite das demais fontes normativas e ápice referencial de todo o *agir hermenêutico*”.

A ordem econômica estabelecida na Constituição de 1988 tem o escopo de assegurar a todos existência digna. Desse modo, a valorização da pessoa como elemento essencial do desenvolvimento da economia é marca característica da ordem econômica, assim, a regulação do agir econômico deve guiar o desenvolvimento de maneira a viabilizar a redução das desigualdades com a promoção da capacidade humana da pessoa.

Carvalho (2013, p. 600-601), ao analisar a realidade da constituição de 1969, prelecionava a função essencial da ordem econômica, ressaltando que:

Partindo do binômio do liberalismo – acumulação de capital e aumento de renda – estabelecem-se juridicamente regras à atividade econômica, visando ensejar que o aumento de renda, resultado da acumulação de capital torne-se disponível não somente pelo empresário mas que, efetivamente, se difunda pelo corpo social.

A ordem econômica, portanto, deve modalizar a conduta econômica a fim de construir uma sociedade cujo objetivo seja assegurar a todos existência digna, conforme os ditames sociais, em que a plenitude da pessoa humana é valor fundamental do agir.

A cogência dos princípios da ordem econômica é impositiva a todos os poderes, os quais devem respeitá-los e observá-los de modo que agir desrespeitando-os implicará a inconstitucionalidade do ato praticado.

4.3.2 Análise pós-positivista da concretização dos baldrames programáticos da ordem econômica

A regra matriz da ordem econômica, artigo 170 da Constituição Federal, (BRASIL, 1988), tem conotação finalística, estabelecendo escopo duplice à ordem econômica, preservação/concretização de existência digna a todos e implementação da justiça social. Como pondera Tavares (2011, p. 126):

[...] ao falar em finalidade, a Constituição expressamente está a ressaltar o caráter ou carga, mais propriamente dita, programática, da norma como objetivo a ser buscado. E, nesses termos, consoante a Constituição, o objetivo é duplice, englobando a procura de uma existência digna e consoante os ditames da justiça social.

Silva (Cf. 2001, p. 766-767), ao comentar a finalidade da ordem econômica, destaca a carga programática destituída de significado substancial, sem efetividade, do disposto no artigo 170 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), reconhecendo a incompatibilidade desse

dispositivo com o sistema capitalista de produção, eminente individualista, cujas premissas enaltecem a valorização da liberdade de agir econômico, a propriedade privada – representada na acumulação de lucro etc.

A ineficácia do texto normativo constitucional, introdutor das finalidades e demais disposições relacionadas à regulamentação da ordem econômica, é inadmissível no contexto constitucional hodierno de uma realidade pós-positivista em que lei, texto normativo introduzido no sistema jurídico, não se confunde com norma.

A norma jurídica não pode ser confundida com o texto: aquela é o sentido atribuído a um dispositivo normativo, já a lei é o texto a ser interpretado para a construção da norma (Cf. NERY JUNIOR, 2013, p. 28). Lei introduz o dispositivo normativo que confere a sustentação à construção da norma jurídica, que se edifica a partir da interpretação do dispositivo introduzido pelo veículo normativo. A distinção é simples e deveras importante.

A delimitação do conceito de lei e norma, com a sua precisa diferenciação, pode ser atribuída a Hans Kelsen na sua Teoria Pura do Direito. Para o referido autor, norma jurídica é um esquema de interpretação que confere o sentido objetivo dos atos humanos, ou seja, é o resultado de uma interpretação (ABBOUD, 2013, p. 296). Entretanto, para o pensamento kelseniano, fundado na filosofia da consciência, a norma é extraída da lei, desse modo, pode ser vislumbrada *in abstracto*, pois contida na lei.

Autores contemporâneos como Robert Alexy têm adotado a ideia de norma jurídica semelhante ao conceito construído por Kelsen. Alexy promove a alteração na estrutura kelseniana substituindo a interpretação pela argumentação racional, fundada no discurso prático. Entretanto, a essência permanece hígida, pois ambos estabelecem conceito semântico de norma, verificável *in abstracto*, de modo que a norma é fruto da interpretação e formada a priori ao conteúdo fático. Alexy, apesar de estabelecer classificação da norma entre princípios e regras, mantém-se filiado ao pensamento kantiano, ligado à filosofia da consciência, estabelecendo a classificação na subjetividade abstrato-transcendental e o esquema sujeito-objeto⁷¹.

Em uma viragem copernicana, adotando como base a filosofia da linguagem, a norma para o pós-positivismo deixa de ser buscada na lei e passa a ser construída pelo intérprete, assim, no “[...] paradigma pós-positivista, necessariamente, deverá possuir novo conceito de norma, ou seja, a norma não possuirá mais existência semântica e abstrata, a norma passa a ser concreta e produto da própria linguagem” (ABBOUD, 2013, p. 311).

⁷¹ “A opção, portanto, é paradigmática: Alexy, na qualidade de kantiano, situado no paradigma da subjetividade ou, simplesmente, filosofia da consciência” (ABBOUD, 2013, p. 299).

A concepção pós-positivista⁷² tem como principal característica a construção da norma por meio da linguagem, o intérprete tem acesso à lei (texto normativo – enunciado) e, a partir deste, com fundamento da linguagem, constrói a norma jurídica, que somente é verificável no caso concreto, seja real ou ficto.

O professor Paulo de Barros Carvalho⁷³, com a maestria que lhe é peculiar, estabelece que o texto é a instância material, suporte físico, concebido por signos lançados sobre o papel, representado pelo ato de enunciação e a partir deste é que se realiza a construção da significação. Norma jurídica não se confunde com enunciado prescritivo; para o autor: “[...] as normas jurídicas, como significações construídas a partir dos textos positivados e estruturados consoante a forma lógica dos juízos condicionais, compostos pela associação de duas ou mais proposições prescritivas” (CARVALHO, 2012, p. 46).

Não há norma jurídica sem interpretação, porquanto esta é o resultado do processo interpretativo⁷⁴. Por meio do processo interpretação, o interlocutor acessa o conteúdo do(s) texto(s) normativo(s) e constrói o significado, estabelecendo, ao final, a norma jurídica. Ressalte-se que o significado não é extraído do texto, mas construído; a interpretação, portanto, não pode ser definida como processo de descoberta, mas de construção.

Ao construir a norma jurídica, seja administrativa ou jurisdicional (Cf. CANOTILHO, 2000, p. 1221), as finalidades principiológicas da ordem econômica serão substancializadas e implementadas de modo efetivo, concretizando os valores traçados na Constituição Federal⁷⁵.

Tavares (2011, p. 127) reconhece a efetividade dos postulados da ordem econômica, destacando:

Como normas abertas, admitem construção, mas esta há de ser consentânea com as demais posturas constitucionais. Como finalidade, sublinha-se apenas um alto grau

⁷² “‘Pós-positivista’ significa também: depois de Kelsen. Hans Kelsen marcou cientificamente o ponto mais alto do Positivismo. Mas ele permaneceu ainda prisioneiro dos erros de Positivismo: primeiramente, não ver as fronteiras, os limites da língua jurídica – ele queria mesmo reduzir o Direito ao raciocínio lógico, traduzi-lo para uma lógica abstrata, uma lógica formal. E, em segundo lugar, excluir a realidade e querer considerar a jurisprudência como ‘pura’. Com isso, retira-se do Direito o seu próprio conteúdo. Mas em toda nossa atividade trata-se, sim, dos conteúdos materiais” (MÜLLER, 2010, p. 107).

⁷³ É importante ressaltar que o professor Paulo de Barros Carvalho trabalha com o estudo da teoria da linguagem como ato comunicacional, utilizando a ideia de enunciado que, para fins do nosso trabalho, equivale ao texto normativo, ou seja, o suporte físico a ser interpretado para a construção da norma jurídica. Ademais, é necessário pontuar que a construção da norma jurídica pode ter como sustentação mais de um texto normativo (enunciado prescritivo).

⁷⁴ Em artigo intitulado “O programa normativo e a limitação à criação de regra processual: a ilegalidade da suspensão dos processos em tramitação nas instâncias ordinárias que versem sobre matéria apreciada em recurso especial submetido ao regime dos recursos repetitivos”, publicado na Revista de Doutrina da 4ª Região (RIBEIRO, 2015), realizei estudo aprofundado sobre a norma jurídica, perpassando pela análise da fascinante e complexa teoria estruturante de Friedrich Müller.

⁷⁵ “A preceituação constitucional da dignidade da pessoa humana como finalidade da ordem econômica traduz-se numa imperiosa busca de concretude deste valor, em cada passo que o intérprete trilhar nos caminhos hermenêuticos palmilhados ao longo da tarefa exegética que se lhe impõe [...]” (PETTER, 2008, p. 193).

de programaticidade, jamais uma eficácia totalmente diferida no tempo quanto ao seu núcleo central. E não estou, obviamente, a falar dos efeitos mínimos de qualquer norma constitucional (como a impugnação de leis incompatíveis, os efeitos interpretativos laterais paras as demais normas constitucionais etc.). Entendo que, mesmo em seu núcleo central, quer dizer, no conteúdo material propriamente dito (como, no caso, a justiça social), há um mínimo de eficácia a ser reconhecida, preservada e garantida imediatamente pelo Poder Judiciário, se for o caso e quando necessário.

Portanto, as disposições constitucionais em um contexto pós-positivista, independentemente de sua classificação como programáticas, possuem eficácia para moldar o agir do Estado e dos demais agente sociais. Desse modo, a partir do texto normativo constitucional, introduzido democraticamente, poder-se-á construir a norma de decisão para o caso, pela qual as normas constitucionais abertas concretizam-se. Nesse sentido é o ensinamento de Canotilho (2000, p. 1222, grifo do autor):

Num Estado de direito democrático, o trabalho metódico de concretização é um *trabalho normativamente orientado*. Como corolários subjacentes a esta postura metodológica assinalam-se os seguintes.

O jurista concretizador deve trabalhar a partir do *texto da norma* editado pelas entidades democráticas e juridicamente legitimadas pela ordem constitucional. A *norma de decisão*, que representa a medida de ordenação imediata e concretamente aplicável a um problema, não é uma ‘grandeza autónoma’, independente da norma jurídica, nem uma ‘decisão’ voluntarista do sujeito de concretização; deve, sim, reconduzir-se sempre à norma jurídica geral. A distinção positiva das funções concretizadoras destes vários agentes depende, como o óbvio, da própria constituição, mas não raro acontece que no plano constitucional se verifique a convergência concretizadora de várias instâncias: (a) *nível primário de concretização*: os princípios gerais e especiais, bem como as normas da constituição que ‘densificam’ outros princípios; (b) *nível político-legislativo*: a partir do texto da norma constitucional, os órgãos legiferantes concretizam, através de ‘decisões políticas’ com densidade normativa – os actos legislativos –, os preceitos da constituição; (c) *nível executivo e jurisdicional*: com base no texto da norma constitucional e das subsequentes concretizações desta a nível legislativo (também a nível regulamentar, estatutário), desenvolve-se o trabalho concretizador, de forma a obter uma norma de decisão solucionadora dos problemas concretos.

É importante advertir que a norma de decisão pode ser formulada em nível primário – nível político-legislativo – formulação por meio de atos legislativo, nível executivo e jurisdicional – construção de norma de decisão solucionando o problema concreto.

A abordagem sobre o tema é deveras atraente, no entanto, o aprofundamento da questão demanda abordagem minuciosa sobre temas de Teoria do Direito e Teoria do Estado necessários à construção de uma teoria da aplicabilidade das normas constitucionais programáticas.

4.3.3 Fundamento da ordem econômica

A ordem econômica, segundo estabelece o artigo 170 *caput* da Constituição Federal (BRASIL, 1988), tem como fundamento a valorização do trabalho e a livre-iniciativa.

4.3.3.1 Valorização do trabalho

A valorização do trabalho humano na Constituição Federal de 1988 foi inserida como fundamento da República Federativa do Brasil, artigo 1º, inciso IV e fundamento da ordem econômica, artigo 170, *caput*, da Carta Magna.

O trabalho e o capital são fatores de produção que constantemente estão em conflito, porquanto os “[...] titulares de capital e trabalho são movidos por interesses distintos, ainda que se negue ou se pretenda enunciá-los como convergentes” (GRAU, 2012, p. 196), entretanto, a busca pela conciliação entre os fatores é escopo do capitalismo moderno⁷⁶.

Prevalecer o fator humano, representado pela cessão da força de trabalho, no desenvolvimento do modo de produção capitalista é escopo essencial, impondo tratamento peculiar à relação travada entre o trabalhador e o detentor do capital, tendo em vista a hipossuficiência e a necessária valorização da pessoa humana em detrimento do capital.

Matsushita (2007, p. 144), ao dissertar sobre a valorização do trabalho humano, destaca:

A valorização é aqui considerada como aumento do valor do trabalho humano. Abomina-se a sua supressão ou sua extirpação, que acontece com maior frequência nos países onde há uma economia liberal de mercado.

Isso acontece porque numa economia liberal de mercado o foco central está no capital, unicamente. Já uma economia de mercado social, em que o Brasil se enquadra, as atenções se dividem entre a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa.

A matriz econômica constitucional não tem como fim único o capital, mas sim o capital fundado nos seus valores sociais, jamais deixando de lado a valorização do trabalho humano.

O trabalho humano não pode ser considerado como uma simples mercadoria passível de cessão que se agrega como elemento de produção: trata-se de uma exteriorização de parcela da dignidade da pessoa, porquanto a força de trabalho é elemento essencial para a pessoa desenvolver suas capacidades.

Hodiernamente o trabalho não se resume a um mero fator de produção cujo objetivo é otimizar a utilização do elemento capital; na realidade, é manifestação de dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, é essencial a lição de Petter (2008, p. 168):

⁷⁶ A evolução do Estado *gendarme*, garantidor da paz, até o Estado do bem-estar keinesiano, capaz de administrar e distribuir os recursos da sociedade “[...] de forma a contribuir para a realização e a garantia das noções prevalentes de justiça, assim como de seus pré-requisitos evidentes, tais como o ‘crescimento econômico’”, demarca o trajeto trilhado nessa busca (GRAU, 2012, p. 196).

Não se poderá olvidar que o trabalho, direito de todos e dever do Estado, é muito mais do que um fator de produção. Diz respeito mesmo à dignidade da pessoa humana, merecendo, por tal razão, ser adequadamente compendiado. Apesar de a relação laboral ser estruturada sob a forma de um contrato, não deverá ser examinada sob ótica estritamente patrimonialista, havendo de ser equitativamente sopesado o aspecto humanitário que caracteriza a relação. Valorizar o trabalho, então, equivale a valorizar a pessoa humana, e o exercício de uma profissão pode e deve conduzir à realização de uma vocação do homem.

É inadmissível que o trabalhador seja considerado na cadeia de produção como um mero objeto de exploração do capital. Se assim o for, resta vilipendiada a dignidade da pessoa humana, fundamento da República, nos termos do artigo 1º, inciso III da Constituição Federal e finalidade da ordem social, conforme disposto no artigo 170, *caput* da Constituição Federal.

A concretização do postulado efetiva-se com a intervenção do Estado nas relações entre capital e trabalho, reconhecendo a posição hipossuficiente do trabalhador que lhe assegura proteção especial, cuja intervenção do Estado se faz presente para eliminar fatores de inferioridade dos sujeitos da relação: promover a vedação ao trabalho infantil e do trabalho escravo; garantir tratamento remuneratório equivalente ao trabalho desenvolvido, vedar discriminação remuneratória em razão de sexo, cor, raça etc.; assegurar a proteção contra o subemprego (negação do trabalho formal submetido às regras do direito laboral); reinserir os egressos do sistema penitenciário no mercado de trabalho e demais manifestações que têm como objetivo assegurar a dignidade do trabalhador (Cf. PETTER, 2008, p. 170-175).

O postulado da valorização do trabalho, além de compatibilizar a tensão entre os fatores de produção, cotejando o trabalho humano em detrimento do capital, tem nítida função transformadora, porquanto é elemento essencial para o desenvolvimento pessoal garantindo a todos a possibilidade de integração social, política e cultural, essencial ao fortalecimento da cidadania (Cf. MATSUSHITA, 2007, p. 143).

É necessário pontuar que as tensões entre capital e trabalho não se harmonizarão enquanto não houver o reconhecimento da interdependência entre os fatores. A efetiva implementação da valorização do trabalho humano somente é realizável com a intervenção do Estado na relação entre trabalho e capital, uma vez que “[...] a parte mais fraca, embora mais numerosa, se vê submetida ao domínio imperativo dos capitais. O contexto macroeconômico deve oferecer oportunidades equitativas tanto para o capital como para o trabalho” (PETTER, 2008, p. 177).

4.3.3.2 Livre-iniciativa

O princípio pode ser traduzido como o direito que todos têm de atuar no mercado de produção de bens e serviço de forma livre, sem qualquer limitação ou condicionamento, representado em duas vertentes: a primeira positiva, garantia da liberdade de ação, e o viés negativo, vedação de intervenção do Estado. Trata-se da manifestação da liberdade individual, direito fundamental de primeira dimensão, na esfera econômica da produção, artigo 5º, *caput* e inciso XIII da Constituição Federal (CF. PETTER, 2008, p. 180).

A Constituição, no artigo 1º, inciso IV, estabelece o valor liberdade de iniciativa como fundamento da República Federativa do Brasil, o qual está inserido no *caput* do artigo 170 da Constituição, como fundamento da ordem econômica, bem assim é inserido como princípio da ordem econômica, inciso IV do artigo 170 da Constituição.

A liberdade de iniciativa, fundamento da República e da ordem econômica, não pode ser adotada na forma individualista, de cunho liberal. A livre-iniciativa deve relacionar-se ao fundamento da valorização do trabalho humano, de modo que a valorização do trabalho humano precede à própria livre-iniciativa, impondo ao agir econômico o respeito e a implementação da valorização do trabalho humano (Cf. GRAU, 2012, p. 198). Portanto, implementar a livre-iniciativa impõe a atuação livre no mercado do agente econômico de modo a assegurar, indissociavelmente, a valorização do trabalho humano, garantindo a todos o amplo desenvolvimento pessoal.

Na própria origem do liberalismo, a presença do Estado intervindo no domínio econômico foi essencial para preservar os agentes econômicos contra a ação do Estado que vilipendiava a liberdade, direito fundamental de primeira dimensão, alicerce essencial do modelo liberal clássico (Cf. GRAU, 2012, p. 201). A liberdade de ação era promovida por meio da garantia da legalidade, de modo que o agir do Estado era limitado ao disciplinado na lei⁷⁷, assim, a ação estatal restringia-se ao disciplinado pela vontade geral expressa no comando normativo.

A intervenção do Estado regulando a economia é manifestação necessária à manutenção da forma de mercado e essencial à preservação da livre-iniciativa, visando a limitar eventuais ações indesejáveis de agentes econômicos que possam ser perniciosas à manutenção do sistema de liberdade econômica.

⁷⁷ “‘Lei’, portanto, refere-se, tecnicamente, à lei formal, vale dizer, ao ato normativo que emana do poder constituinte originário (Constituição), bem como de órgão legislativo instituído, representativo do poder soberano (leis ordinárias complementares e, excepcionalmente, medidas provisórias) ou órgão para o qual tenha sido transferida tal capacidade legitimamente, nos termos da Constituição (Chefe do Executivo por via de lei delegada)” (TAVARES, 2010, p. 661).

Nesse sentido, a intervenção é essencial à manutenção do modelo de mercado livre e a repressão dos abusos do poder econômico decorrentes de anômala concentração de poder econômico prejudicial à própria liberdade, uma vez que, “[...] quando se procura evitar que o poder econômico abuse de sua condição, está sendo considerada a liberdade de iniciativa daqueles que estão alijados de um determinado mercado, ou que, mesmo nele inseridos, sofrem com a ilicitude derivada da atuação de outros” (PETTER, 2008, p. 183).

É importante destacar que a livre-iniciativa, fundamento da República e da ordem econômica, deve balizar a atuação legislativa quando da imposição de restrições ao agir econômico, de modo que eventual restrição deve ser condizente e essencial de forma a assegurar a concretização do próprio valor da liberdade de iniciativa ou de direito fundamental. Nesse sentido, precisa a lição de Petter (2008, p. 187):

No tocante aos limites impostos à livre iniciativa em hipotético diploma normativo, está em dar a devida guarida à esfera de liberdade do particular – que age, por ser livre, na busca de maior eficiência e lucratividade –, mas, também, admitir seja normativamente valorado o efeito público que marca aquela atividade, agindo de tal forma que o particular se predisponha na perseguição de fins constitucionalmente valiosos.

O reconhecimento da livre-iniciativa como valor da ordem econômica materializa a opção capitalista do modelo econômico da República Federativa do Brasil, cuja essência está na propriedade privada dos meios de produção e na liberdade de apropriação e de transferências do produto da conjugação do capital e do trabalho.

4.3.4 Finalidade e ditames da ordem econômica

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) fixa no artigo 170 a finalidade da ordem econômica como a promoção da existência digna a todos e da justiça social.

4.3.4.1 Assegurar existência digna a todos

A dignidade da pessoa humana é consagrada como fundamento da República, artigo 1º, inciso III da Constituição e como finalidade da ordem econômica, artigo 170, *caput*, da Constituição Federal. A presente abordagem será centralizada na concepção da dignidade da pessoa humana como finalidade da ordem econômica (mundo do dever-ser), tendo em vista a abordagem sobre o conceito constitucional de dignidade da pessoa humana efetivado na seção 3.2 do presente trabalho.

Tavares (2011, p. 130) apresenta conceito de dignidade da pessoa humana em relação ao enfoque econômico, destacando que “[...] por força da cláusula constitucional da dignidade da pessoa humana, que a todos sejam garantidas condições mínimas de subsistência, tutela a ser prestada diretamente pelo Estado aos hipossuficientes e que dele necessitem, ainda que transitoriamente”.

Possuir condições necessárias à promoção do desenvolvimento das capacidades, garantindo elementos materiais ou imateriais indispensáveis para preservar a livre opção individual na condução de sua vida, representa o conceito de dignidade da pessoa humana a partir da concepção substancialista em que o patrimônio mínimo é essencial para assegurar existência digna à pessoa.

O professor Fachin (2006, p. 166), ao analisar a relação entre patrimônio e dignidade da pessoa humana, disserta:

O assunto, pois, não deve ser captado na ótica do mercado, deslocando a primazia para a valorização da pessoa humana e não dos bens em si mesmos. A defesa de um patrimônio mínimo denota o caráter instrumental (meio) da esfera patrimonial em relação à pessoa (fim). [...]

A proteção do patrimônio mínimo não está atrelada à exacerbação do indivíduo. Não se prega a volta ao direito solitário da individualidade suprema, mas sim do respeito ao indivíduo numa concepção solidária e contemporânea, apta a recolher a experiência codificada e superar seus limites.

A manutenção de patrimônio mínimo é meio essencial à preservação da pessoa humana, pois assegurar o mínimo vital ao desenvolvimento é essencial para concretizar vida digna:

A questão proprietária, ao menos no vezo mais essencial consagrada na expressão *patrimônio mínimo*, também está conectada ao princípio da dignidade da pessoa humana. Não se haverá de duvidar que a falta de uma moradia decente ou mesmo de um espaço físico adequado para o exercício da atividade profissional, no mais das vezes, acaba comprometendo gravemente – senão definitivamente – os pressupostos básicos de uma vida com dignidade, pois a noção de liberdade não é dissociada da idéia de mínima privacidade [...] (PETTER, 2008, p. 194).

Assegurar o mínimo vital que implemente a dignidade de todos não pode ser reduzido à promoção de bens necessários para a sobrevivência natural das pessoas (alimentos, remédios etc.); o conceito de mínimo vital deve ser construído a partir dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados.

A Constituição de 1988, ao estabelecer os direitos sociais, em especial os dispostos no artigo 6º⁷⁸, fixou rol aberto de bens materiais e imateriais essenciais à promoção da dignidade da pessoa (Cf. MATUSHITA, 2007 p. 155).

Os direitos sociais, direitos fundamentais de segunda dimensão, representam a tradução do princípio da igualdade material, cuja função é assegurar igualdade de oportunidade a todos.

O escopo do Estado é incluir todos aqueles que estejam abaixo da linha de miséria na sociedade, assegurando-lhe condições, materiais e imateriais, de agir livremente seguindo suas vidas em conformidade com a opção adotada. Desse modo, no intuito de atingir o desenvolvimento da pessoa, conforme seleção realizada na Constituição da República Federal do Brasil em 1988, é necessária a implementação dos direitos sociais definidos como essenciais à pessoa humana.

A redução da pobreza e da exclusão social, princípios dispostos no artigo 3º da Constituição Federal⁷⁹, traduzidos como objetivo da República Federativa do Brasil, são vetores imprescindíveis e indispensáveis à concretização da dignidade da pessoa humana, tendo em vista o escopo desses princípios, representado na diminuição das limitações ao pleno desenvolvimento das capacidades humanas (Cf. PETTER, 2008, p. 195).

Implementar as garantias sociais é baldrame que deve guiar todos os interessados que atuarem na ordem econômica⁸⁰, mundo do ser. Destarte, tanto o Estado com os demais agentes econômicos devem concorrer para a efetiva concretização dos direitos fundamentais sociais.

Nesse sentido, é importante destacar a lição de Grau (2012, p. 195, grifo do autor) ao comentar sobre a dignidade da pessoa humana como princípio impositivo da ordem econômica:

A dignidade da pessoa humana assume a mais pronunciada relevância, visto comprometer todo o exercício da atividade econômica, em sentido amplo – e em especial, o exercício da atividade econômica em sentido estrito – com o programa de promoção da existência digna, de que, repito, todos devem gozar. Daí por que se

⁷⁸ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. (BRASIL, 1988)

⁷⁹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

⁸⁰ “[...] significa que a *ordem econômica* mencionada pelo art. 170, *caput* do texto constitucional – isto é mundo do ser, relações econômicas ou atividades econômicas (em sentido amplo) – deve ser dinamizada tendo em vista a promoção da existência digna de que todos devem gozar” (GRAU, 2010, p. 194).

encontram constitucionalmente empenhados na realização desse programa – dessa política pública maior – tanto o setor público quando o setor privado. Logo, o exercício de qualquer parcela da atividade econômica de modo não adequado àquela promoção expressa violação do princípio duplamente contemplado na Constituição.

A ação do Estado na implementação dos direitos sociais é imposição de ordem constitucional, no entanto, em face dos demais agentes econômicos privados, é inegável que a ação na ordem econômica (mundo do ser) tenha como escopo o lucro. Este, contudo, não deve ser o objetivo único: é necessário reverter parcela dos benefícios obtidos em favor da coletividade, promovendo a distribuição equitativa das benesses auferidas com a exploração econômica e a construção de um modelo capitalista⁸¹ – capitalismo humanista – que visa à implementação dos direitos fundamentais⁸².

4.3.4.2 Justiça social

A superação do individualismo exacerbado⁸³ impulsionou à introdução do valor social na condução da sociedade de modo a privilegiar o bem-estar da coletividade em detrimento do acentuado interesse egoístico particular.

Como já pontuado no capítulo anterior, o progresso econômico não assegura, por si só, o desenvolvimento da sociedade, já que depende da forma como os benefícios da prosperidade econômica são aplicados na implementação e no crescimento das liberdades individuais de todos⁸⁴.

A justiça social foi introduzida na Constituição Federal de 1988 em duas oportunidades: primeiro como objetivo da República Federativa do Brasil, artigo 3º, inciso I da Constituição Federal, estabelecendo como escopo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; segundo como preceito da ordem econômica, inserida no artigo 170 da Constituição Federal.

⁸¹ Ver seção 3.3.1.

⁸² "A conclusão é que a dignidade da pessoa humana atrai a realização dos direitos fundamentais do homem, em todas as suas dimensões. Fica fácil assim perceber porque o constituinte reafirmou o princípio ao dispor sobre a ordem econômica. É que os direitos fundamentais, de um modo bem mais concreto e eficaz que outros princípios, mormente os programáticos, que podem consubstanciar objetivos da ordem econômica ou que fixem diretrizes, objetivos e programas a serem realizados, defendem, no campo econômico, os indivíduos e as liberdades individuais a eles creditadas. É necessário ter clareza sobre como é improvável concretizar o ideal da liberdade humana e da dignidade individual, quando a ordem econômica que elegemos as contradigam' (PETTER, 2008, p. 196).

⁸³ "A experiência histórica do Estado neoliberal – colhida durante a segunda metade do século XIX até 1930 nos países industrializados – fez com que as trágicas contradições entre o social e o econômico que então se registram, levasse à constatação de que o incremento quantitativo (industrial) da produção não acarretava necessariamente a prosperidade e a felicidade do corpo social" (CARVALHOSA, 2014, p. 596).

⁸⁴ Ver seção 3.1.

Partindo da análise da ordem econômica, mundo do dever-ser, estabelecida na Constituição de 1988, em que a justiça social é atribuída como escopo da ação econômica⁸⁵, impõe-se ao Estado efetivar mecanismos pelos quais as externalidades positivas do progresso econômico sejam revertidas em benefícios a toda a coletividade, como se verifica pelo repasse ao Estado, por meio do pagamento de tributos, cuja receita auferida será destinada a custear políticas públicas.

Petter (2008, p. 201) pondera que a justiça social é expressão da dignidade coletiva, destacando que “[...] não basta alguém possuir digna existência se aquele que está ao lado não possui dignidade alguma”, ressaltando, pois, o caráter coletivo da dignidade representada pela justiça social:

Por isso que a justiça social está relacionada com a correção das grandes distorções que ocorreram numa sociedade, diminuindo distâncias e diferenças entre as diversas classes que a constituem, favorecendo os mais humildes. Evitar que os ricos se tornem cada vez mais ricos e os pobres cada vez mais pobres e oferecer idênticas oportunidades a todos constituem variações semânticas do termo sob comento.

A justiça social representa a introdução do caráter solidário na atividade econômica, de modo que os benefícios do desenvolvimento econômico sejam revertidos em benfeitorias destinadas à sociedade, inserindo, assim, o caráter distributivo⁸⁶ na atividade econômica, de modo a diminuir os abismos entre os mais pobres e os mais ricos. Ao analisar a questão do patrimônio mínimo, o professor Fachin (2006, p. 171, grifo do autor) avalia a ação transformada da inserção do princípio da justiça social na ordem constitucional:

A iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais, refletindo uma nova perspectiva, atentam para valores não-patrimoniais, ou seja, para a dignidade da pessoa humana, sua personalidade, para os direitos sociais e para a justiça distributiva.

A justiça social passa ser princípio estruturante da atividade econômica inserta no artigo 170 da Constituição. É, na realidade, a adoção expressa de um novo credo em matéria constitucional, em que o paradigma adotado ultrapassa os sistemas das liberdades meramente formais desaguando nos direitos sociais econômicos. E esta autêntica mudança social e econômica projeta-se intensamente na própria estrutura

⁸⁵ "A busca de uma igualdade substancial e mesmo a abolição de injustificados privilégios de alguns, distribuindo equitativamente e proporcionalmente os ônus, os favores e as riquezas da produção social, sem nos deixarmos cair num sociologismo divorciado da ideologia constitucionalmente adotada, eis aí alguns dos objetivos visados pela justiça social" (PETTER, 2008, p. 201).

⁸⁶ "A justiça distributiva, além das honras, também diz respeito à distribuição das riquezas e outras vantagens entre os membros da comunidade. O padrão desta participação envolve o mesmo problema de critério. O cidadão, na Grécia antiga, era considerado um "acionista" da *pólis* e participava, assim, proporcional e diretamente, dos seus benefícios (ROSS, 1926, p. 293). As presas de guerra deveriam ser partilhadas entre eles criteriosamente, bem como o produto da terra. O solo não podia ser alienado, por motivos religiosos, pois era o lugar do exercício sagrado da vida familiar (Fustel de Coulanges, op. cit., p.289). As colheitas, porém deveria ser repartidas conforme os critérios constitucionais que variavam de cidade para cidade (*Pol.*, II, 61265a ss. e II, 10, 1271b20 ss). Aristóteles, também estende a justiça distributiva aos benefícios conseguidos pelas *associações privadas*, cujo capital social era constituído pela contribuição (*εισφοραι*) dos associados e devia ser distribuído de conformidade com elas (É.N., V, 7, 1131b30)" (FERRAZ JUNIOR, 2009, p. 203-204, grifo do autor).

contratual e no tráfico jurídico. Neste diapasão de exposições, a doutrina nacional, sempre fecunda em temas tão relevantes quanto atuais, acompanha toda esta dinâmica evolução imposta pelos cânones constitucionais. Destarte, *a Constituição garantista das liberdades formais converte-se na Constituição dirigente*, para a promoção da justiça social.

Como destaca Carvalhosa (2014, p. 600), “[...] a realização da justiça social – constitucionalmente atribuída à ordem econômica – vincula-se aos princípios da justiça distributiva⁸⁷, entendida esta como etapa mais avançada da economia política, já liberta das concepções mecanicista do produtivismo”.

Desse modo, a justiça social implementada na ação econômica assegura a todos os integrantes da sociedade benesses de ordem econômica, social e cultural decorrentes da reversão das externalidades positivas em benefício do desenvolvimento, sob a modalidade de políticas públicas governamentais⁸⁸ destinadas à concretização dos direitos sociais.

Um sistema ideal, em que se implemente a justiça social, apresenta-se quando todos disponham dos meios necessários para viver confortavelmente com dignidade, inexistindo desigualdades abissais que possam levar a escravizar a pessoa humana em função do poder econômico.

Grau (2012, p. 224, grifo do autor), com muita propriedade, estabelece o conceito de justiça social:

Justiça social, inicialmente, quer significar superação das injustiças na repartição, a nível pessoal, do produto econômico. Com o passar do tempo, contudo, passa a conotar cuidados, referidos à repartição do produto econômico, não apenas inspirados em razões micro, porém, macroeconômicas: as correções na injustiça da repartição deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar exigência de qualquer política econômica capitalista.

A opção capitalista estabelecida da Constituição Federal de 1988⁸⁹ é plenamente compatível com a implementação da justiça social, uma vez que o capitalismo eleito como modo de produção tem viés social, constituindo modelo de economia social de mercado (Cf. MATSUSHITA, 2007, p. 160), afastando-se do modelo capitalista clássico, cujo eixo central era o individualismo e a acumulação de capital.

⁸⁷ "Deve-se conceituar a justiça distributiva, no plano sócio-econômico, como o fundamento de um conjunto de regras jurídicas postas pelo Estado, imponíveis às entidades econômicas, visando o benefício da generalidade dos tutelados, individual e coletivamente considerados" (CARVALHOSA, 2014, p. 603).

⁸⁸ Política pública designa a atuação do Estado quando intervém na ordem social. Nesse sentido, disserta Grau (2014, p. 26-27, grifo do autor) que “A expressão ‘política pública’ designa atuação do Estado, desde a pressuposição de uma bem marcada separação entre Estado e sociedade. O modo de produção capitalista supõe a separação do Estado e da sociedade, no que é reforçada a dicotomia direito público/privado. Daí por que se afirma que toda atuação estatal é expressiva de um ato de intervenção na ordem social. Também aí a separação entre Estado e economia, o que confere sentido às afirmações de que ‘intervém’ e cumpre papel de ‘regulação’ da economia. Assim, toda atuação estatal é, neste sentido, expressiva de um ato de *intervenção*. O Estado contemporâneo atua, enquanto tal, *intervindo* na ordem social”.

⁸⁹ Ver seção 2.3.

A reflexão apresentada por Matsushita (2007, p. 162) em relação ao aparente conflito entre o modo de produção capitalista e a justiça social é deveras apropriada:

Não há conflito entre o capitalismo e a justiça social, a opção brasileira é a de relativizar o liberalismo econômico, colocando a justiça social como barreira para que se pense unicamente na riqueza.

Essa economia social de mercado, que teve início da Alemanha pós-guerra fica entre o meio-termo do liberalismo e do socialismo, pois permite a livre iniciativa, mas o Estado intervém na economia, visando regular as atividades econômicas para existir a distribuição eqüitativa das riquezas.

Não existe fórmula matemática que consiga resolver a desigualdade social, mas ao que se deve ater é à existência digna da coletividade, conforme as regras da justiça social.

A reversão do progresso econômico em benefícios destinados a implementar a igualdade material e expandir as liberdades individuais de todos deverá ser promovida por meio de políticas públicas que assegurem benfeitorias de ordem material ou imaterial necessárias ao pleno desenvolvimento das pessoas⁹⁰, que somente será alcançado com a promoção das necessidades, individuais ou coletivas, mínimas à sobrevivência digna.

4.3.5 Os princípios da ordem econômica

Os princípios são as balizas fundamentais que orientam a construção da ordem econômica, mundo do dever-ser, dedicado a estabelecer os códigos necessários à condução dos agentes no desempenho de atividades econômicas. É o alicerce para determinar o sentido e o alcance dos institutos jurídicos destinados a regular a atuação econômica do Estado e dos demais agentes econômicos.

4.3.5.1 A soberania nacional

A Constituição Federal, quando introduz a soberania nacional como princípio da ordem econômica, insere o conceito de soberania econômica, que diverge da soberania política, introduzida como fundamento da República, artigo 1º da Constituição Federal.

Soberania nacional econômica diz respeito à modernização da economia e da sociedade de modo a garantir independência em relação às nações desenvolvidas, assegurando

⁹⁰ “Assim, essa justiça social a que se refere a Constituição deve ser concretizada nos moldes do artigo 6º, satisfazendo-lhe cada direito lá enunciado, tendo o homem como medida de todas as coisas nas palavras de Protágoras.

Colocar o homem como objeto central da ordem econômica é indispensável para o entendimento do raciocínio aqui colocado, pois é ele o agente que movimenta toda a economia e, ao entorno dele, o sistema econômico deve orbitar, inclusive protegendo-o e satisfazendo-o.

A concretização desses direitos é que leva ao bem-estar social, garantindo a existência digna da coletividade da Nação” (MATSUSHITA, 2006, p. 164).

liberdade de agir em igualdade de condições no plano nacional e internacional (Cf. EROS, 2012, p. 225-226). O Estado deve seguir política econômica que afirme a soberania em detrimento dos demais Estados, assegurando a independência dos agentes econômicos interna e externamente.

A globalização, movimento que estabeleceu a mitigação das barreiras territoriais para o comércio e a produção, estabelecendo uma forma de capitalismo flutuante – sem vinculação a território – cuja motivação é a maximização dos lucros (Cf. PETER, 2008, p. 216), se apresenta como perniciosa à soberania econômica dos Estados, tendo em vista a potencial agressão à liberdade de atuação dos agentes em condições de igualdade no mercado interno e internacional.

A exploração do trabalho e do mercado sem a transferência de tecnologia para os países em desenvolvimento é um dos grandes problemas vivenciados com a abertura das fronteiras promovida pela globalização. O capital especulativo, na ânsia de racionalizar os gastos e otimizar os lucros, busca mão de obra barata em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento sem transferir o *know-how* tecnológico, permanecendo sob o domínio dos países desenvolvidos detentores da “soberania tecnológica”.

Como destaca o professor Grau (2012, p. 227):

Afirmar a soberania econômica nacional como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna e como objetivo particular a ser alcançado é definir programas de políticas públicas voltadas – repito – não ao isolamento econômico, mas a viabilizar a participação da sociedade brasileira, em condições de igualdade, no mercado internacional.

No mesmo sentido:

Nesse novo ambiente político e econômico, o conceito de soberania nacional passa a se vincular menos com o levantamento das barreiras comerciais e mais como assegurar o acesso, em igualdade de condições, do empresariado brasileiro aos mercados de outros países, pois aumentar as trocas internacionais e gerar mais riqueza passa a fazer mais sentido em termos de proteção aos interesses do país que o modelo originariamente vislumbrado pelos constituintes (SANTOS, 2014, p. 175).

É importante ressaltar que a soberania nacional tem como pressuposto implementar padrão de vida mínimo que garanta vida digna a todos⁹¹. Não há como vislumbrar liberdade no plano internacional sem desenvolvimento mínimo da nação, assegurando aos integrantes condições essenciais para a implementação efetiva de condições dignas de vida.

Assim, a soberania econômica tem como escopo viabilizar a igualdade de condições aos agentes econômicos internos, preservando a própria liberdade de ação econômica. Isso

⁹¹ "A soberania nacional, aqui focalizada, decorre da autonomia conseguida pelas pessoas que integram a nação. Não se pode falar de soberania da nação se os indivíduos que a compõem são incapazes de reger-se por um padrão de vida digno de uma pessoa humana" (FONSECA, 2014, p. 92).

porque, em um mercado mundializado em que não há fronteiras para a exploração do trabalho e o desenvolvimento capital, a manutenção de política públicas econômicas visando a reequacionar o poder econômico, alinhando-o à preservação dos direitos fundamentais, é imprescindível para a manutenção da soberania⁹².

4.3.5.2 A propriedade privada e a função social da propriedade

A preservação da propriedade privada é baldrame fundamental do modelo capitalista de produção, cujo respeito à propriedade dos meios de produção e a preservação da aquisição/acumulação do produto da relação capital x trabalho é o eixo de sustentação do modelo de produção⁹³.

A propriedade individual, fruto do modelo liberal de Estado clássico, tem como fundamento a apropriação singular absoluta em benefício do indivíduo. Com a evolução do direito moderno, a propriedade perde seu caráter absoluto, individualista, agregando a ideia de que esta tem que realizar finalidades sociais destinadas à promoção do bem-estar coletivo (Cf. BERCOVICI, 2011, p. 1-3).

Na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), a propriedade é tutelada no artigo 5º, inciso XXII e XXIII, direito individual (direito fundamental de primeira dimensão) e inserida como princípio geral da ordem econômica, artigo 170, incisos II e III, da Constituição Federal.

A propriedade como direito individual, artigo 5º da Constituição Federal, (BRASIL, 1988), é tutelada “[...] enquanto meio a garantir a subsistência individual e familiar – a dignidade da pessoa humana, pois a propriedade consiste em um direito individual e, ineludivelmente, cumpre função individual” (GRAU, 2012, p. 235). É direito individual a ser preservado de modo que aquele que a detém não pode ser vilipendiado de forma arbitrária.

A evolução da propriedade impõe que seu exercício deve atender a padrões que visam a garantir benefícios à coletividade. Supera-se a visão pautada no exercício egoístico, afastando a concepção de uma propriedade absoluta, cujo exercício era realizado no interesse único do detentor, motivando o uso que busque atender ao bem-estar de todos⁹⁴.

⁹² "O respeito e o acatamento da Constituição Federal e, de um modo especial, da principiologia estabelecida na ordem econômica – pois os processos de integração principiam pelos acordos comerciais – e, ainda, o respeito aos direitos fundamentais – início e fim de todos os direitos, a eles reduzíveis ou reconduzíveis, fundamento e legitimidade do sistema jurídico: temos aí um sólido referencial para a aferição da soberania nacional como princípio constitucional da ordem econômica" (PETTER, 2008, p. 219).

⁹³ Ver seção 2.3.

⁹⁴ “A imposição do cumprimento da função social da propriedade introduziu uma nota na propriedade que pode não coincidir com o interesse de seu proprietário, mas que é dada pela própria ordem jurídica e, assim, deve ser

A função social da propriedade imóvel está condicionada “[...] à realização de direitos humanos elementares: ter uma moradia, viabilizar uma profissão pela posse e propriedade do instrumental necessário ou possuir um mínimo de solo fértil para prover o sustento da própria família” (PETTER, 2008, p. 237).

Ao se atribuir uma função a determinado direito, impõe-se o condicionamento do poder a uma finalidade. No caso da propriedade⁹⁵, ao se atribuir a função social⁹⁶, limita-se o exercício dos poderes da propriedade – usar, gozar e dispor⁹⁷ – a um fim, no caso o fim social, representado no atendimento das necessidades coletivas que, na propriedade urbana, será o cumprimento das exigências de ordenação da cidade expressas no plano diretor⁹⁸, e na

obedecida. É que se trata de fundamento para o reconhecimento e garantia do Direito de propriedade em sua plenitude. [...]

Seriam, pois, exigíveis dentro do conceito de função social todas as condições que visam um interesse público no uso da propriedade, sem, contudo, transformá-la em bem comum ou desconstruir a noção de titularidade” (TAVARES, 2011, p. 152-153).

⁹⁵ “A propriedade é um fato preexistente ao ordenamento. Um fato do mundo natural, o qual, sob a vontade de um sujeito, recebe proteção jurídica. De tudo o que foi dito emerge que a posse merece proteção por ser exteriorização da propriedade e forte indício de sua existência, perante o substrato de fato, visível, palpável, percebido pelos sentidos. A propriedade, por seu lado, espelha inelutavelmente um direito. Essa senhoria da pessoa sobre a coisa já foi ressaltada em nossas palavras iniciais. Cada povo e cada momento histórico têm compreensão e extensão próprias do conceito de propriedade” (VENOSA, 2010, p. 1095).

⁹⁶ Dessa forma, resta claro que todo o direito de propriedade, nos regimes constitucionais modernos, está ligado à função social, fórmula universal adotada que se funda na convicção de que a propriedade não pode ser utilizada em detrimento de toda a comunidade. O conceito de direito de propriedade insculpido na Constituição de 1988 não mais se conforma com a tradicional noção de direito subjetivo de propriedade. O princípio da função social da propriedade por ela estabelecido passa a compor o novo desenho, e próprio, do instituto da propriedade. Quer isto dizer que apenas a propriedade que cumpre sua função social está protegida pela Constituição, seja como um direito ou como uma garantia fundamental, seja, também, como “[...] *um novo instrumento que, [...], possibilita a obtenção de uma ordem econômica e social que realize o desenvolvimento com justiça social*”. Enfim, a noção de função social da propriedade acabou por tornar-se em categoria jurídica nuclear na determinação do conteúdo da propriedade (GRISARD, 2002, p. 240, grifo do autor).

⁹⁷ “Art. 1228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

⁹⁸ “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º – O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º – A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º – As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º – É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I – parcelamento ou edificação compulsórios;

II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais”.

propriedade rural a observância dos requisitos definidos no artigo 186 da Constituição Federal (BRASIL, 1988)⁹⁹.

Conforme dispõe Grau (2011, p. 245, grifo do autor):

O que mais releva enfatizar, entretanto, é o fato de que o princípio da *função social da propriedade* impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de *exercê-lo* em benefício de outrem e não, apenas, de *não o exercer* em prejuízo de outrem. Isso significa que a *função social da propriedade* atua como fonte da imposição de comportamentos positivos – prestação de *fazer*, portanto, e não meramente de *não fazer* – ao detentor do poder que deflui da propriedade.

O dever do proprietário, além da vedação de agir abusivamente, impõe prestações positivas destinadas à concretização da função atribuída à propriedade, conforme se verifica no caso de o plano diretor exigir, de forma direta ou indireta, que o proprietário de terreno urbano construa calçada para a circulação de pedestres.

A introdução da propriedade como princípio da ordem econômica estabelece que esta seja analisada em consonância com os demais princípios da ordem econômica e com os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil¹⁰⁰, portanto, a propriedade deve ser exercida de modo a assegurar existência digna, conforme os ditames da justiça social. Como destaca Santos (2014, p. 176):

Dito de outra forma, a disciplina da propriedade privada (e do trabalho, da livre-iniciativa e demais balizas), ganha contornos não só acumulativos (garantir a manutenção do excedente nas mãos de quem o produz), mas também distributivos, no momento em que o constituinte optou por dar um fim, um destino a esse acúmulo, que passa não apenas por considerações individualistas.

A propriedade privada, portanto, só ganha sentido pleno enquanto estiver em consonância com as exigências equitativas de uma ordem econômica que se pretende justa.

A propriedade hodierna suplanta a concepção liberal individualista impondo a seu detentor deveres (funções) a serem cumpridos, a fim de assegurar que sua utilização seja efetivada no interesse da sociedade, fomentando o desenvolvimento nacional com a eliminação da pobreza e das desigualdades sociais, concretizando, assim, o princípio da dignidade humana.

⁹⁹ “Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I – aproveitamento racional e adequado;

II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”.

¹⁰⁰ “Identificados os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil – sociedade livre, justa e solidária, onde o desenvolvimento, compartilhado pela integralidade do tecido social, erradique a pobreza e a marginalização e promova a redução de desigualdades –, o conteúdo da função social assume um papel do tipo promocional” (PETTER, 2008, p. 235).

4.3.5.3 A livre concorrência

A livre concorrência significa assegurar a todos os agentes econômicos atuantes no mercado liberdade na disputa pela clientela e na otimização de sua atuação no mercado, de modo que não haja prevalência do poder econômico de um ou de alguns dos concorrentes.

Trata-se de princípio que visa à construção de um mercado ideal em que os agentes possam competir em igualdade de condições, em que o mérito do agir eficiente do empresário será a causa do sucesso na empreitada e o poder econômico ou político não possa ser utilizado de forma abusiva para influenciar e/ou limitar a liberdade de iniciativa.

O escopo da intervenção do Estado implementada pela política antitruste é fomentar a livre concorrência. Nesse sentido, Grau (2011, p. 209) pontua, ao analisar a Lei nº 8.884/1994 (BRASIL, 1994), antiga lei antitruste:

As regras da Lei n. 8.884/94 conferem concreção aos princípios da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico, tudo em coerência com a ideologia constitucional adotada pela Constituição de 1988. Esses princípios coexistem harmonicamente entre si, conformando-se, mutuamente, uns aos outros. Daí por que o princípio da liberdade de concorrência ou da livre concorrência assume, no quadro da Constituição de 1988, sentido conformado pelo conjunto dos demais princípios por ela contemplados; seu conteúdo é determinado pela sua inserção em um contexto de princípios, no qual e com os quais subsistem em harmonia.

O antitruste, atualmente tutelado no ordenamento nacional por meio da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011), representa o instrumento pelo qual o Estado efetiva a repressão do abuso do poder econômico e promove a tutela da livre concorrência.

É importante destacar que o poder econômico, por si só, é fator natural que se faz presente no desenvolvimento econômico, tendo em vista que as estruturas de mercado têm como objetivo otimizar sua atuação visando à sua eficiência. Entretanto, o ordenamento veda o uso abusivo do poder econômico com finalidade de dominação e extinção da liberdade.

Ferraz Junior (2014, p. 780), ao analisar a regra matriz da ordem econômica, esclarece:

Como a constituição fala em abuso do poder econômico, pressupõe certamente que o poder econômico em si, é um fenômeno normal no processo de produção e circulação da riqueza. O que a lei deve reprimir é o seu abuso. Abuso de poder de desvio de finalidade. Significa, genericamente, o uso do poder econômico de modo a prejudicar e até inviabilizar a liberdade e a justiça econômicas.

A concentração de poder econômico, por si só, não é ilegítima, o que se tutela é o abuso desta, verificável quando a centralização compromete a livre-iniciativa, resultando na dominação de mercado, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário dos lucros¹⁰¹.

4.3.5.4 Defesa do consumidor

A tutela do direito do consumidor¹⁰² visa a garantir ao sujeito hipossuficiente da relação, o consumidor, condições necessárias para atuar no mercado atendendo a suas necessidades básicas com respeito a sua dignidade, saúde, segurança, protegido das influências negativas do abuso econômico, preservados seus interesses econômicos, buscando uma melhora na qualidade de vida.

Grau pontua três aspectos importantes sobre o princípio da defesa do consumidor: a) proteção diferenciada dos “novos” interesses (interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos) institucionalizando-os; b) definição de consumidor, estabelecido como “[...] aquele que se encontra em uma posição de debilidade e subordinação estrutural em relação ao produtor do bem ou serviço de consumo” (GRAU, 2011, p. 250); c) a promoção da defesa do consumidor deverá ser “[...] lograda mediante a implementação de específica normatividade e de medidas dotadas de caráter interventivo. Por isso mesmo é que o caráter eminentemente conformador da ordem econômica, do princípio é nítido” (GRAU, 2011, p. 250).

O direito do consumidor é responsável por equalizar a tensão entre o interesse do fornecedor, representante do capital, e o dos consumidores, cujo objetivo é prover necessidades vitais ao desenvolvimento individual.

Além da defesa individual do consumidor, regida pelo Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/1990 (BRASIL, 1990), é necessário ressaltar a necessária relação entre proteção do consumidor e a proteção da livre concorrência, tutelada pela Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011). A inter-relação é inegável, uma vez que o abuso do poder econômico, representado na dominação do mercado, eliminação da concorrência ou aumento

¹⁰¹ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei [...]

§ 4º – A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

¹⁰² “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...]”.

arbitrário dos lucros, atingirá diretamente o consumidor, que sofrerá as consequências da infração à livre concorrência.

Por fim, é necessário destacar a posição de vulnerabilidade do consumidor na sua atuação no mercado. Desse modo, o Estado, por meio do direito do consumidor, intervém nas relações privadas condicionando-as e regulamentando-as, a fim de equilibrar a relação, de modo a implementar um agir solidário¹⁰³.

4.3.5.5 Defesa do meio ambiente

Como já exposto, o desenvolvimento econômico é fundamental para a promoção da melhor qualidade de vida dos povos, sendo necessário que o Estado, como implementador do valor da dignidade da pessoa humana, assegure o desenvolvimento sustentável¹⁰⁴, promovendo o crescimento econômico de forma ordenada e com respeito à preservação ambiental. Nesse sentido, é importante ressaltar que a “[...] essência da ordem econômica, a sua finalidade máxima, está em assegurar a todos existência digna” (DERANI, 1997, p. 233).

É certo que o desenvolvimento econômico implantado na sociedade é motivador de alterações nos padrões ambientais, porquanto:

Não há atividade econômica sem influência no meio ambiente. E a manutenção das bases naturais da vida é essencial à continuidade da atividade econômica. Este relacionamento da atividade humana com o seu meio deve ser efetuado de modo tal que assegure existência digna a todos (DERANI, 1997, p. 233).

O desenvolvimento econômico separado dos cânones da proteção ambiental gera à sociedade efeitos desastrosos e não quantificáveis, resultando danos incomensuráveis a geração atual e às gerações futuras, as quais terão que “pagar a conta” da irresponsabilidade do desenvolvimento econômico presente¹⁰⁵.

¹⁰³ “Devido à indisfarçável *vulnerabilidade do consumidor*, sua proteção maior exige a interferência do Estado nas relações privadas. Cresce de importância, neste aspecto, o intervencionismo estatal, como forma de superação desta realidade, cumprindo o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) relevantíssimo papel, lugar para onde foram sistematicamente canalizadas as preocupações do constituinte no respeitante à matéria” (PETTER, 2008, p. 261, grifo do autor).

¹⁰⁴ Silva (2010, p. 25) destaca que “[...] o principal objetivo a ser conseguido pela Política Nacional do Meio Ambiente é a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico. A conciliação dos dois valores consiste assim, nos termos deste dispositivo do chamado desenvolvimento sustentável, que consiste na exploração equilibrada dos recursos naturais, nos limites da satisfação das necessidades dos recursos naturais, nos limites da satisfação das necessidades do bem-estar da presente geração, assim como de sua conservação no interesse das gerações futuras”.

¹⁰⁵ Assevera Derani (1997, p. 242) ao dissertar sobre a realização da economia ecológica social de mercado: “Estou convencida de que, para escapar-se do ingênuo idealismo sem tombar no abismo do pessimismo, as teorias fundadas em bases concretas do mundo da vida devem procurar atingir dois dos maiores problemas da humanidade: a distribuição de riquezas e o aniquilamento da natureza. A integração dos componentes ecológicos na ordem da economia social de mercado apresenta uma maneira de afastar o tratamento de oposição que se pretende muitas vezes dar entre ecologia e economia”.

O artigo 225 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) que consagra a proteção ambiental não pode ser analisado de forma descontextualizada da ordem econômica, pois a proteção ao meio ambiente, além de direito de todos, deve ser vista como princípio norteador da ordem econômica nacional. Portanto, interpretações que privilegiem incondicionalmente a proteção do meio ambiente sem ponderar a necessidade de desenvolvimento econômico e social não podem prevalecer, sob pena de afronta ao disposto no artigo 170 do Constituição Federal.

Derani (1997, p. 238) é precisa ao dissertar sobre o papel do desenvolvimento econômico na promoção de condições de vida saudável:

Este modo de pensar o desenvolvimento econômico decorre da interpretação dos princípios da ordem econômica constitucionalmente construídos, e que se destinam a reger a atividade econômica e seus fatores. Um novo ângulo de se observar o desenvolvimento econômico, inserindo outros fatores na formação de políticas públicas, é conformato pela presença do capítulo do meio ambiente na Constituição Federal. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado exposto no art. 225 se faz presente como princípio a ser respeitado pela atividade econômica no artigo 170 VI. A positividade deste princípio ilumina o desenvolver da ordem econômica, impondo sua sustentabilidade.

A opção do constituinte, apresentada no artigo 170 do texto constitucional, (BRASIL, 1988), foi defender o meio ambiente em harmonia com o desenvolvimento econômico e social. Optou-se pela ponderação entre desenvolvimento e meio ambiente, manifestações aparentemente antagônicas que se harmonizam perfeitamente na busca pela concretização do valor da dignidade da pessoa humana.

Não resta solidificada a dignidade da pessoa humana sem o desenvolvimento econômico e social que garanta suas necessidades, bem assim não há vida digna sem a manutenção da qualidade ambiental que proporcionará a existência das pessoas¹⁰⁶.

É lição sedimentada na hermenêutica constitucional a vedação da interpretação de enunciado constitucional de forma isolada, ou seja, é inadmissível a interpretação “em tiras”, olvidando os demais enunciados constitucionais expressos e aqueles a que se atribuía *status* constitucional¹⁰⁷, componentes do bloco de constitucionalidade necessário para a análise da questão¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Nesse sentido, Tavares (2011, p. 186) destaca que “[...] a inclusão da defesa do meio ambiente como princípio econômico possibilita ao Poder Público interferir, se necessário, para que a exploração econômica assegure a manutenção do ecossistema atual visando, com isso, à preservação dos elementos econômicos à própria sobrevivência do homem”.

¹⁰⁷ “Artigo 5º, § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

¹⁰⁸ “Ora, a constatação do interrelacionamento do art. 225 com o art. 170 da Constituição Federal aparenta uma obviedade, pois o ordenamento jurídico deve ser sempre compreendido em seu conjunto e não por suas normas isoladamente. [...] Assim, afirmo que os elementos que compõem a norma expressa no artigo 225,

Portanto, no que tange ao Direito Ambiental,

[...] é impossível abordar o art. 225, como um todo ou em suas diversas prescrições separadamente, sem ter os olhos voltados aos princípios descritos no artigo 170. A realidade dos preceitos apresentados pelo capítulo do meio ambiente é indissociada destes princípios-base da ordem econômica (DERANI, 1997, p. 248).

Grau (2012, p. 251) pontifica:

O princípio da defesa do meio ambiente conforma a ordem econômica (mundo do ser), informando substancialmente os princípios da garantia do desenvolvimento e do pleno emprego. Além de objetivo, em si, é instrumento necessário – e indispensável – à realização do fim dessa ordem, o de assegurar a todos existência digna. Nutre também, ademais, os ditames da justiça social. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo – diz o art. 225, caput.

O desenvolvimento econômico nacional que cumpre realizar, um dos objetivos da República Federativa do Brasil, e o pleno emprego que impende assegurar supõem economia autossustentada, suficientemente equilibrada para permitir ao homem reencontra-se consigo próprio, como ser humano e não apenas como um dado ou índice econômico.

A finalidade do Direito Ambiental é propiciar o bem-estar humano das presentes e futuras gerações, portanto, é um direito instrumental à consecução da dignidade da pessoa humana.

4.3.5.6 Redução das desigualdades regionais e sociais

Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais são diretrizes traçadas como objetivo da República Federativa do Brasil, art. 3º, inciso III da Constituição Federal¹⁰⁹, bem como a redução das desigualdades é introduzida como princípio da ordem econômica, artigo 170 da Constituição Federal. Em verdade, trata-se de reafirmar o objetivo fundamental de promover o bem de todos (art. 3º, inciso IV da Constituição Federal), que tem como escopo assegurar a dignidade da pessoa humana, fundamento da República (art. 1º, inciso III da Constituição Federal) e fim da ordem econômica – mundo do dever-ser. (art. 170 da Constituição Federal).

A busca pela erradicação da pobreza e marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais são finalidades a serem atingidas por meio do desenvolvimento econômico a fim de superar o processo de subdesenvolvimento em que está inserida a sociedade. Esses baldrames atuam “[...] como fundamento constitucional de reivindicação, da sociedade, pela

estão na realidade interagindo com os elementos tratados pela norma do artigo 170. Mais ainda, os fatos a que se reportar ou a que der ensejo alguma destas normas, inclusive pelo seu caráter prospectivo, invariavelmente envolverão os elementos da realidade sobre os quais dispõe o outro artigo” (DERANI, 1997, p. 239).

¹⁰⁹ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

realização de políticas públicas. Suas potencialidades transformadoras, por outro lado, são no entanto evidentes” (GRAU, 2012, p. 216).

A desigualdade pode ser aferida, consoante parâmetros fixados na Constituição Federal de 1988, pelo grau de implementação dos direitos sociais estabelecidos no artigo 6º da Carta Constitucional, porquanto o desenvolvimento, como já pontuado neste trabalho¹¹⁰, não se reduz ao progresso econômico, impondo o crescimento de oportunidades sociais que visem a assegurar o pleno desenvolvimento da pessoa¹¹¹, que se perfaz assegurando um mínimo de bens e serviços essenciais ao cidadão (Cf. MONCADA, 2012, p. 123).

A diretriz da erradicação da pobreza e desigualdade social, colacionada como objetivo da República, demonstra a opção transformadora do constituinte, cujo objetivo é edificar Estado em que a liberdade e a igualdade material¹¹² efetivem-se, assegurando o desenvolvimento de instrumentos necessários à promoção do pleno desenvolvimento, essencial para afirmar a dignidade da pessoa humana¹¹³.

A opção do Constituinte de 1988 pela erradicação da pobreza e redução das desigualdades vai além do progresso econômico, haja vista que estabelece a necessidade de implementação de uma justiça distributiva, assegurando a necessária repartição equitativa das benesses fruto do desenvolvimento econômico, no intuito de assegurar o aumento no nível de vida, representado no progresso econômico, social e cultural de todos.

¹¹⁰ Capítulo 3.

¹¹¹ "Os direitos assinalados no art. 6º do texto constitucional são bons parâmetros para aferirmos a desigualdade no País. Índices que reflitam estatísticas relativas à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção, à maternidade, à infância e à assistência aos desamparados, direitos sociais do povo em geral se prestam para a verificação do cumprimento desta *norma-objetivo* da atividade econômica, pois as desigualdades não se colocam, apenas, no plano econométrico da renda *per capita*, a despeito de ela ser um indicativo das diferenças encontradas" (PETTER, 2008, p. 290/291, grifo do autor).

¹¹² "A bem da razão, a meta da redução de tão discrepante realidade que é marca registrada de nosso País, pode ser identificada no princípio isonômico, em sua faceta substancial, que se ancora, como anota Sarlet, na dignidade da pessoa humana, *fim* da ordem constitucional econômica. Mesmo a superação dos problemas políticos passa pelo estabelecimento de um processo de desenvolvimento com progressiva eliminação das desigualdades sociais" (PETTER, 2008, p. 292, grifo do autor).

¹¹³ "Sociedade livre é sociedade sob o primado da liberdade, em todas as suas manifestações, e não apenas enquanto liberdade formal, mas sobretudo como liberdade real. Liberdade da qual, neste sentido, consignado no art. 3º, I, é titular – ou cotitular, ao menos, paralelamente ao indivíduo – a sociedade. Sociedade justa é aquela, na direção do que aponta o texto constitucional, que realiza a justiça social [...] Solidária, a sociedade que não inimiza os homens entre si, que se realiza no retorno, tanto quanto historicamente viável, à *Gesellschaft* – a energia que vem da densidade populacional fraternizando e não afastando os homens uns dos outros.

Constituição dirigente que é, a de 1988 reclama – e não apenas autoriza – interpretação dinâmica. Volta-se à transformação da sociedade, transformação que será promovida na medida em que se reconheça, no art. 3º – e isso se impõe –, fundamento à reivindicação, pela sociedade, de direito à realização de políticas públicas. Políticas públicas que, objeto de reivindicação constitucionalmente legitimada, hão de importar o fornecimento de prestações à sociedade” (GRAU, 2011, p. 212).

Tavares (2011, p. 200) disserta sobre o princípio da redução das desigualdades regionais e sociais:

Tem-se que o mesmo impõe que o desenvolvimento econômico e as estruturas normativas (liberais) criadas para fundamentar o crescimento econômico devam estar voltados também à redução das desigualdades em todas as regiões do país, bem como ao desenvolvimento social. Para tanto, poder-se-á utilizar, especialmente, da implementação de políticas públicas, como incentivos, buscando reduzir as diferenças entre essas regiões e alcançar melhorias de ordem social.

A concretização do princípio deve ser efetivada por meio da intervenção do Estado na economia de modo a promover a redução das desigualdades regionais e sociais, implementando a justiça social, com a distribuição justa das benesses do progresso econômico de modo a reduzir as mazelas da desigualdade.

A redução das desigualdades deve pautar o Estado na ação normativa de modo “[...] que se encontra assim obrigado a levar em conta as desigualdades sociais e regionais ao criar normas direcionadas à atividade econômica” (TAVARES, 2011, p. 203), e na atuação administrativa, implementando políticas públicas necessárias à promoção da igualdade entre todos, independentemente de sexo, cor, idade, local de residência, reduzindo, assim, as mazelas entre as regiões.

A desigualdade social e regional tem efeito maléfico à sociedade como um todo, tendo em vista que o desnível de oportunidades motiva a migração em busca de regiões mais prósperas, gerando efeitos sociais perniciosos, como o êxodo rural, aumento de desemprego, problemas de mobilidade urbana e de moradia.

Portanto, é obrigação do Estado implementar ações necessárias à concretização da redução das desigualdades de modo assegurar a todos condições de viver dignamente em conformidade com a sua opção, de modo que a falta de oportunidades econômicas e sociais não condicione a liberdade dos indivíduos.

4.3.5.7 Busca do pleno emprego

Trata-se de princípio impositivo com dupla função: primeiro de objetivo particular a ser alcançado e, segundo, de diretriz a justificar a formulação de políticas públicas, cujo significado é “[...] movimento no sentido de propiciar trabalho a todos quantos estejam em condições de exercer uma atividade produtiva” (PETTER, 2008, p. 298).

Grau (2012, p. 252-253) estabelece:

‘Expansão das oportunidades de emprego produtivo’ e, corretamente, ‘pleno emprego’ são expressões que conotam o ideal keynesiano de emprego pleno de todos os recursos e fatores da produção. O princípio informa o conteúdo ativo do

princípio da função social da propriedade. A propriedade dotada de função social obriga o proprietário ou o titular do poder de controle sobre ela ao exercício desse direito-função (poder-dever), até para que se esteja a realizar o pleno emprego. Não obstante, consubstancia também, o princípio da busca do pleno emprego, indiretamente, uma garantia para o trabalhador, na medida em que está coligado ao princípio da valorização do trabalho humano e reflete efeitos em relação ao direito social ao trabalho (art. 6º, caput).

Por meio desse princípio¹¹⁴, é dever do Estado atuar buscando fomentar o progresso econômico, necessário à expansão dos postos de trabalho, de modo a assegurar condições para que o contingente populacional com capacidade laborativa seja absorvido e inserido no mercado de trabalho, assegurando, em última análise, condições mínimas ao desenvolvimento das capacidades pessoais.

O princípio da garantia ao pleno emprego tem ligação intrínseca com o fundamento da ordem econômica da valorização do trabalho humano, nesse sentido, “[...] harmoniza e caminha no sentido de concretizar um dos fundamentos da ordem econômica, anteriormente mencionado, dirigido à valorização do trabalho humano, também com a justiça social e com a implementação de uma sociedade livre e igual” (TAVARES, 2011, p. 205).

4.3.5.8 Tratamento favorecido às empresas de pequeno porte

Diversamente dos demais princípios da ordem econômica, não figura como uma diretriz ou norma-objeto, entretanto, pode ser fundamento para a promoção de políticas públicas adequadas para o desenvolvimento da economia¹¹⁵ (CF. GRAU, 2012, p. 253).

O artigo 179 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) concretiza o princípio disposto no artigo 170, inciso IX da Carta Constitucional, estabelecendo:

Art. 179. 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.

¹¹⁴ "Ao falar da busca do pleno emprego, voltada para a existência de postos de trabalho para todos, e do direito ao seguro-desemprego, *a contrario sensu*, a Constituição reconhece que as estruturas econômicas admitidas podem ter como resultado o desemprego, impondo-se a intervenção do Estado no sentido de minimizar essa ocorrência" (TAVARES, 2011, p. 205, grifo do autor).

¹¹⁵ "A Constituição pretende, por meio do tratamento privilegiado que cria expressamente, promover o desenvolvimento social, entendendo que este ocorrerá pelo fortalecimento das empresas nacionais de porte menos avantajado e conseqüentemente, portadoras de maiores dificuldades na consecução de suas atividades e alcance de seus objetivos (ligados necessariamente ao desenvolvimento do próprio país). Nesse passo, pois, fica bastante nítida a conotação ampla que o princípio aqui em apreço assume, não podendo ser considerado apenas como mera regra constitucional desconectada dos restantes das normas desse mesmo nível" (TAVARES, 2008, p. 214).

O tratamento favorecido à microempresa e à empresa de pequeno porte foi instrumentalizado infraconstitucionalmente por meio do estatuto da pequena empresa Lei Complementar nº 123/2006 (BRASIL, 2006).

O objetivo visado pelo princípio é fomentar o desenvolvimento desses importantes agentes econômicos¹¹⁶ por meio da simplificação das obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias ou creditícias, assegurando sua presença e manutenção no mercado, visando à pluralização de agentes econômicos atuantes, circunstância benéfica à livre concorrência:

O tratamento favorecido para esse conjunto de empresas revela, contudo, a necessidade de se proteger os organismos que possuem menores condições de competitividade em relação às grandes empresas e conglomerados, para que dessa forma efetivamente ocorra a liberdade de concorrência (e de iniciativa). É uma medida tendente a assegurar a concorrência em condições justas entre micro e pequenos empresários, de uma parte, e de outra, os grandes empresários (TAVARES, 2008, p. 211).

A proteção à pequenas empresas tem como escopo essencial a proteção da liberdade de iniciativa econômica¹¹⁷, fundamento da ordem econômica, pois o escopo essencial é garantir a liberdade de concorrência, assegurando equilíbrio entre as grandes empresas e o direito das pequenas de participar do mercado (Cf. PETTER, 2008 p. 304).

¹¹⁶ “Pois são elas que mais empregam mão-de-obra, o que nos reconduz à valorização do trabalho humano como fundamento da ordem econômica. São elas que menos investimentos necessitam, havendo a expansão do desenvolvimento se trilhados os caminhos em face delas abertos. Demais disso, exercem no contexto da economia um papel mais versátil e próximo do consumidor do que o desempenhado por grandes estruturas empresariais” (PETTER, 2008, p. 302).

¹¹⁷ “[...] longe de erigir-se como obstáculo à livre-iniciativa e concorrência ou à liberdade de mercado, o preceito constitucional ora analisado visa a proporcionar condições para que essas liberdades sejam efetivamente observadas promovendo uma tutela adequada à liberdade econômica” (TAVARES, 2008, p. 212).

5 A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

É necessário precisar o significado semântico do termo *intervenção* no contexto da Constituição Federal de 1988, destacando, em especial, a conotação do termo em relação à ordem econômica – mundo do ser.

A premissa necessária para a definição de intervenção é a fixação da separação de competência, assim, o Estado não tem ingerência direta, dirigismo estatal, sobre as esferas econômica, social, cultural etc., as quais sofrem influências pontuais e limitadas nos termos do disciplinado na Constituição¹¹⁸.

Em termos econômicos, matéria afeta à digressão proposta, o termo *intervenção* somente tem sentido quando há dicotomia entre Estado e sociedade, portanto, “[...] a ideia de ‘intervenção’ tem como pressuposta a concepção da existência de uma cisão entre Estado e sociedade civil. Então, ao ‘intervir’, o Estado entraria em campo que não é seu, campo estranho a ele, o da sociedade civil – isto é, o mercado” (GRAU, 2012, p. 21).

A ação do Estado na ordem econômica, mundo do ser, é termo genérico que denota o exercício de parcela da competência atribuída ao Estado, atuação econômica em sentido geral, que tanto pode ser promovida por meio de serviço público quanto em razão da intervenção do Estado no domínio econômico, termo que tem conotação própria e específica¹¹⁹.

É imperioso delimitar o significado do termo *intervenção* ao se analisar a ordem econômica, mundo do dever-ser. Para esse mister, destaca-se a lição de Grau (2012, p. 142) ao aclarar que “[...] o vocábulo intervenção, então, veiculado em sentido forte, que indica a atuação em área de outrem – isto é, naquela esfera, do privado –, é o que melhor se presta a conotar o significado pretendido”.

A intervenção na esfera econômica é a ação do Estado destinada a regular, prescrever comportamento, à atividade econômica em sentido estrito, campo de atuação do setor privado (domínio econômico). Este será o conceito adotado para o desenvolvimento do estudo.

Quando o Estado intervém na ordem econômica, mundo do ser, há ação estatal em atividade econômica em sentido estrito, área de atuação típica do setor privado. Entretanto, o

¹¹⁸ “No uso da palavra intervenção está contida uma determinação significativa de natureza ideológica. Observamos, assim, que esta expressão só tem sentido numa sociedade de economia mista. Isto quer dizer que de pronto, está excluída uma interpretação marxista, que exigira uma estatização monopolista. Neste caso, facultar uma intervenção seria supérfluo, pois nos quadros desta ideologia não há intervenção, mas direção direta e total. O uso de intervenção propõe, pois, a existência de uma atividade econômica privada. O problema é então, medida a extensão da intervenção” (FERRAZ, 2011, p. 5).

¹¹⁹ “Intervir é atuar em área de outrem: atuação, do Estado, no domínio econômico, área de titularidade do setor privado, é intervenção. Atuação do Estado além da esfera do público – isto é, na esfera do privado – é intervenção. De resto, toda atuação estatal pode ser descrita como um ato de intervenção na ordem social” (GRAU, 2011, p. 72).

exercício dessa competência atípica do Estado somente é legítimo, nos termos da Constituição, quando preencher os pressupostos do imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme estabelece o artigo art. 173 (BRASIL, 1988): “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

Conforme disserta Ferraz Júnior (2011, p. 6-7), a intervenção do Estado na economia legitima-se ideologicamente quando as relações econômicas (produção, consumo, exploração da força de trabalho etc.) tergiversam as premissas e as metas traçadas na Constituição, de modo que o agente privado, visando à eficiência da ação econômica fundada no aumento de lucro, afasta-se das regras para condução na ordem econômica:

Assim, sob o ponto-de-vista da legitimação ideológica da intervenção, a exigência de uma *arbitragem despolitizada*, como garantia de equilíbrio, nos faz pressupor que a questão da intervenção não é um problema a ser examinado de um ângulo unilateral, mas uma espécie de *jogo a três*, onde o editor constitucional deve fornecer as regras do jogo e os sujeitos (União e privados) devem jogar conforme as regras postas. Para entender-se o jogo é preciso ter em mente que o comportamento internacional dos sujeitos não é simétrico não apenas nas intenções mas, também, nos instrumentos de ação. A União visa a metas não puramente econômicas, enquanto a empresa privada tende a se reger por critérios de eficiência econômica. Esta assimetria conduz à atribuição, à União, do direito de intervir e monopolizar toda vez que esta eficiência é reduzida ou insuficiente ou quando os alvos político-econômicos da sociedade não são alcançados, ainda que se constate uma possibilidade de ação eficiente por parte dos sujeitos privados (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 6-7, grifo do autor).

Ademais, é imprescindível advertir que a intervenção do Estado na econômica, seguindo os preceitos da ordem econômica da Constituição Federal, com destaque para o preceito do artigo 173 (BRASIL, 1988), é medida de exceção.

É imperioso ressaltar que a ação do Estado na ordem econômica deve ser pautada na concretização dos preceitos constitucionais da ordem econômica (mundo do dever-ser), de modo a assegurar a construção de uma sociedade que tem como escopo materializar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, fixados no artigo 3º da Constituição Federal, cujo alicerce está sedimentado em conformidade com o estabelecido no artigo 1º da Constituição Federal.

5.1 Classificação das formas de intervenção no domínio econômico adotada por Eros

Roberto Grau

O professor Grau (2012, p. 143-145) propõe classificação¹²⁰ das formas de intervenção do Estado na ordem econômica diversa da disposta por grande parte da doutrina, destacando que:

A virtude que se pode descobrir na adoção da classificação que postulo repousa na circunstância de a dinamização de cada qual das modalidades de intervenção que identifico envolver a adoção de critérios e técnicas que se distinguem, entre si, juridicamente. Esta é a virtude que se deve ter como prezável se o campo de indagação em que nos embrenhamos é jurídico (GRAU, 2012, p. 144).

Segundo o autor, a intervenção poderá ser promovida por três modalidades: a) absorção ou participação; b) direção; c) indução.

A intervenção por absorção dar-se-á quando o Estado assume o controle dos meios de produção de determinada atividade econômica em sentido estrito, atuando em regime de monopólio.

O Estado apresenta-se no mercado como unidade produtiva executando diretamente a produção do serviço, retirando dos particulares a possibilidade de execução da atividade econômica.

As hipóteses de intervenção por absorção, em regime de monopólio legal, são expressadas no artigo no artigo 177 da Constituição Federal¹²¹. Além do monopólio legal, há possibilidade da existência de um monopólio de fato, decorrência da impossibilidade de competição em razão das peculiaridades da atividade.

¹²⁰ “Classificar é distribuir em classes, é dividir os termos segundo a ordem da extensão ou, para dizer de modo mais preciso, é separar os objetos em classes de acordo com as semelhanças que entre eles existam, mantendo-se em posições fixas e exatamente determinadas em relação à demais classes” (CARVALHO, 2011, p. 118) E prossegue o autor: “A boa classificação depende não só do processo de bem dividir o termo, mas antes disso, de elaborarmos uma definição adequada de seu conceito. E definir é operação lógica demarcatória dos limites, das fronteiras, dos lindes que isolam o campo de irradiação semântica de uma ideia, noção ou conceito” (CARVALHO, 2011, p. 120).

¹²¹ “Art. 177. Constituem monopólio da União:

I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II – a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III – a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV – o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V – a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas *b* e *c* do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal [...]”.

Na intervenção por participação, o Estado assume determinada atividade econômica, no entanto, atua no mercado em regime de competição com as demais empresas do setor privado exercendo as atividades em igualdade de condições, nos termos fixados no artigo 173 da Constituição Federal.

A ação estatal na economia, exercida pela participação do Estado na produção ou prestação de serviço, provoca influência decisiva no mercado, considerando a política estatal empreendida no exercício da atividade. Nusdeo (2014, p. 202) ressalta que “[...] o importante é ter presente a capacidade do setor público de agir e de influir, pelo uso de todo o vasto repertório de instrumentos e meios à sua disposição, em qualquer das modalidades supradescritas”.

Tanto na intervenção por absorção como por participação, modalidades de atuação em que o Estado opera como empreendedor, a atuação é realizada diretamente pelo Estado ou por entidades criadas para tal exercício, as quais são denominadas de *empresas estatais* (gênero), cuja espécie é a empresa pública¹²² e a sociedade de economia mista¹²³.

Na intervenção por direção, o Estado atua no domínio econômico, mundo do ser, agindo como agente regulador da atividade, por meio do exercício de pressão sobre a economia, estabelecendo normas de comportamento compulsório a serem seguidas pelos agentes econômicos públicos e privados.

No caso de normas de intervenção por direção estamos diante de comandos imperativos, dotados de cogência, impositivos de certos comportamentos a serem necessariamente cumpridos pelos agentes que atuam no campo da atividade econômica em sentido estrito – inclusive pelas próprias empresas estatais que a exploram. Norma típica de intervenção por direção é a que instrumenta controle de preços, para tabelá-los ou congelá-los (GRAU, 2011, p. 144).

Quando o Estado atua sobre a economia por indução, estabelece preceitos prescritivos (normas dispositivas), cuja característica principal é a mitigação da imperatividade, que se materializa pela assunção de benefício em favor daquele que adere à conduta estimulada¹²⁴.

¹²² "Deve-se entender que *empresa pública federal* é a pessoa jurídica criada por força de autorização legal como instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes de ser coadjuvante da ação governamental, constituída sob quaisquer das formas admitidas em Direito e cujo capital seja formado unicamente por recursos de pessoas de Direito Público interno ou de pessoas de suas Administrações indiretas, com predominância acionária residente na esfera federal" (MELLO, 2010, p. 187, grifo do autor).

¹²³ "*Sociedade de economia mista federal* há de ser entendida como a pessoa jurídica cuja criação é autorizada por lei, como um instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes desta sua natureza auxiliar da atuação governamental, constituída sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertencem em sua maioria à União ou entidade de sua Administração indireta, sobre remanescente acionário de *propriedade particular*" (MELLO, 2010, p. 191, grifo do autor).

¹²⁴ "A sedução à adesão ao comportamento sugerido é, todavia, extremamente vigorosa, dado que os agentes econômicos por ela não atingidos passam a ocupar posição desprivilegiada nos mercados. Seus concorrentes

Por meio da regulação das condutas no domínio econômico, o Estado impulsiona a ação dos agentes econômicos, públicos e privados, de modo a realizar os objetivos e metas fixadas pela política econômica¹²⁵ estatal. Nesse sentido:

No caso das normas de intervenção por indução defrontamo-nos com preceitos que, embora prescritivos (deônticos), não são dotados da mesma carga de cogência que afeta as normas de intervenção por direção. Trata-se de normas dispositivas. Não, contudo, no sentido de suprir a vontade dos seus destinatários, porém, na dicção de Modesto Carvalhosa, no de 'levá-lo a uma opção econômica de interesse coletivo e social que transcende os limites do querer individual'. Nelas, a sanção, tradicionalmente manifestada como comando, é substituída pelo expediente do convite – ou, como averba Washington Peluso Albino de Souza – de 'incitações, dos estímulos, dos incentivos, de toda ordem, oferecidos, pela lei, a quem participe de determinadas atividades de interesse geral e patrocinada, ou não pelo Estado'. Ao destinatário da norma resta aberta a alternativa de não se deixar por ela seduzir, deixando de aderir à prescrição nela veiculada. Se adesão a ela manifestar, no entanto, resultará juridicamente vinculado por prescrições que correspondem aos benefícios usufruídos em decorrência dessa adesão. Penetramos, aí, o universo do Direito premial (GRAU, 2011, p. 145).

É importante destacar que a sanção dessa modalidade de intervenção poderá ser negativa, de modo que o Estado poderá cominar ônus maior para ação em determinado setor da economia, efetivando a elevação de tributo de importação, por exemplo, de modo a demover a iniciativa empreendedora do particular de explorar determinado setor.

Ressalta-se que não se está impondo, por meio da lei, uma proibição (dever de não agir): há cominação de um ônus para a ação em determinado setor da economia, a fim de concretizar o escopo traçado pelo Estado.

Por fim, a indução da atuação dos agentes econômicos integrantes do mercado poderá ser efetivada por meio de ações materiais promovidas pelo Estado que facilitem o exercício da produção, comércio e prestação de serviço incentivando a iniciativa dos agentes econômicos atuantes nessa parcela da economia (Cf. GRAU, 2012 p. 145).

É importante ressaltar que a intervenção sobre a economia, ordem econômica – mundo do ser –, deve ser balizada por todos os baldrames fixados pela ordem econômica, mundo do dever-ser, e pelos demais dispositivos constitucionais aplicáveis, de modo a promover

gozam, porque aderiram a esse comportamento, de uma situação de donatário de determinado bem (redução ou isenção de tributo, preferência à obtenção de crédito, subsídio, v.g.), o que lhes confere melhores condições de participação naqueles mesmos mercados" (GRAU, 2011, p. 145).

¹²⁵"A política econômica é, pois, mais detalhista e mais pragmática. Ela não discute as bases filosóficas do sistema. Procura, apenas, dentro de suas premissas, viabilizar os objetivos tidos como necessários ou desejáveis pela comunidade, servindo-se dos instrumentos que o próprio sistema coloca ao seu dispor. Ganha em exatidão e profundidade; perde em generalidade. A própria noção de política econômica implica a existência de fins a cuja perseguição deverá adaptar todo o sistema, mediante distorções conscientemente impostas ao seu funcionamento, devendo entender-se aqui a palavra *distorções* como a significar uma forma de operação diversa daquela normalmente ditada pelos padrões do mercado" (NUSDEO, 2014, p. 174-175, grifo do autor).

correções no mercado, visando a constituir uma sociedade cujo escopo seja a implementação e a garantia da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil.

Briosa a reflexão de Nusdeo (2014, p. 202) ao ponderar sobre o real objetivo da intervenção do Estado na economia:

Não pode ser perdido de vista o fato de entre aqueles estarem vários modelos criados não como um instrumento de política econômica, mas originalmente direcionados à correção ou atenuação das disfunções do mercado, sendo talvez, o exemplo mais típico o dos tributos cuja vocação primeira é a obtenção de recursos para o suprimento de bens coletivos, numa visão de economia liberal, mas que passam a ser usados como forma de indução – positiva ou negativa – numa visão de economia dual.

O referido autor analisa a questão da intervenção exercida pela alocação de recursos públicos destinados à construção de infraestrutura que promoverá a atuação econômica, forma de influência do Estado na ação econômica:

O mesmo se diga da despesa pública: ela tanto pode ser feita para construir uma estrada ligando uma zona fabril a outra residencial, para facilitar o deslocamento dos que trabalham numa e moram noutra – e aí se trata de óbvio suprimento de bem coletivo –, como pode, ao contrário, custear uma estrada ligando a mesma zona fabril a um porto por onde se fará a exportação dos bens lá produzidos. Neste segundo caso, a coloração *política econômica* marca a obra, cuja utilidade, inclusive, poderá ter um cunho privado, ao beneficiar as empresas exportadoras (NUSDEO, 2014, p. 202, grifo do autor).

Em suma, o Estado hodierno, direta ou indiretamente, influencia decisivamente o agir dos agentes econômicos públicos e privados, seja por meio de ação direta, regulação ou ações materiais relacionadas aos fatores de produção, seja de modo indireto por meio do fomento.

5.2 A intervenção indireta do Estado na economia

A intervenção indireta do Estado na Economia tem fundamento e limite no artigo 174 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), o qual dispõe que: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Justen Filho (2014, p. 667), partindo da análise do artigo 174 da Constituição Federal, regra matriz da intervenção indireta na ordem econômica, define a intervenção: “[...] a regulação econômico-social consiste na atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais”.

Esse modo de intervenção introduz dispositivos normativos cujo escopo é conduzir indiretamente a ação dos agentes econômicos, públicos e privados, no intuito de realizar as políticas de governo e a implementação dos direitos fundamentais. Portanto:

A regulação consiste na adoção de normas e outros atos estatais, sem se traduzir na aplicação dos recursos estatais para o desempenho direto de algumas atividades no domínio econômico-social. A regulação estatal se traduz numa atuação jurídica, de natureza repressiva e promocional, visando influenciar o modo de condutas dos agentes públicos e privados (JUSTEN FILHO, 2014, p. 670).

O Estado hodierno vem assumindo a posição de Estado regulador¹²⁶, porquanto se afasta da prestação imediata de diversas atividades econômicas, assumindo a regulação, fiscalização e a indução das atividades econômicas necessárias à sociedade, ordenando os agentes econômicos privados na atuação no mercado.

É importante pontuar que a regulação não se confunde com o dirigismo, marca característica do Estado socialista¹²⁷, uma vez que este tem como marca a eliminação da autonomia do agente econômico (livre-iniciativa) conferindo ao Estado o comando da econômica.

Por sua vez, o Estado regulador tem como escopo, asseguradas as garantias constitucionais, em especial a livre-iniciativa econômica, atuar na economia de forma direta de forma subsidiária, quando os particulares não puderem assegurar satisfatoriamente a promoção de bens essenciais à consecução do projeto do bem-estar social.

Justen Filho (2014, p. 672), ao dissertar sobre o Estado regulador, pontua:

O modelo regulatório propõe a extensão dos serviços públicos de concepção desenvolvidas na atividade econômica privada. Somente incumbe ao Estado desempenhar atividades diretas nos setores em que a atuação da iniciativa privada, orientada à acumulação egoística de riqueza, colocar em risco valores coletivos ou for insuficiente para proporcionar sua plena realização.

O Estado regulador, cuja função interventiva indireta prevalece, não é insensível à questão econômico-social, mas sua forma de atuação na economia é diversa¹²⁸, pois assume com maior vigor a posição de regulador e fomentador da atividade econômica. Ressalto, entretanto, que os fins do Estado não são olvidados, incumbindo promover os valores

¹²⁶ "A regulação consiste na opção preferencial do Estado pela intervenção indireta, puramente normativa. Revela a concepção de que a solução política mais adequada para obter os fins buscados consiste *não* no exercício direto e imediato pelo Estado de *todas* as atividades de interesse público. O Estado regulador reserva para si o desempenho material e direto de algumas atividades essenciais e concentra seus esforços em produzir um conjunto de normas e decisões que influenciem o funcionamento das instituições estatais e não estatais, orientando-as em direção de objetivos eleitos" (JUSTEN FILHO, 2014, p. 671, grifo do autor).

¹²⁷ Ver seção 2.3.4.

¹²⁸ "A retirada da atuação direta do Estado não equivale à supressão da garantia de realização dos direitos fundamentais, mas apenas à modificação do instrumento para tanto. Somente se admite a privatização na medida em que existam instrumentos que garantam que os mesmos valores buscados anteriormente pelo Estado serão realizados por meio da atuação da iniciativa privada" (JUSTEN FILHO, 2014, p. 674).

fundamentais definidos constitucionalmente, cuja implementação dos direitos fundamentais é impositiva.

A reflexão apresentada por Clève e Reck (2009, p. 2), ao analisar a reforma do Estado brasileiro e a opção pela intervenção estatal indireta, merece destaque:

Entretanto, tais assertivas não elidem nem mitigam o papel necessário e indispensável do Estado como instrumento de efetivação dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, bem como tal redefinição ensejou mera redução da intervenção direta do Estado no domínio econômico, mas não seu desaparecimento.

Com efeito, ainda que tenha sido mitigada a atuação estatal como provedor de bem ou serviço, isto é, como agente econômico, o Estado não só pode como deve exercitar integralmente a intervenção indireta por meio da regulação jurídica e do fomento, inclusive porque a Carta de 1988 rejeita o absenteísmo estatal, isto é, o Estado Brasileiro não pode manter-se inerte diante das demandas econômico-sociais e dos desafios impostos pela soberania nacional. Afinal, a compressão da intervenção estatal direta no domínio econômico não implica a adoção do modelo do Estado *Gendarme*, significando antes mudança na prioridade e ênfase interventiva, da passagem do Estado empresário para a ampliação do papel estatal na regulação e fiscalização das atividades econômicas *lato sensu*.

O essencial é que o Estado, considerando a Constituição Federal de 1988, cuja opção pela implementação dos direitos fundamentais é marca característica, não pode afastar-se das garantias constitucionais estabelecidas.

Ao Estado é imposto o dever de concretizar os direitos fundamentais, inclusive os direitos fundamentais sociais – direitos de segunda dimensão – cuja marca peculiar é a natureza prestacional, cabendo velar para que a efetivação desses direitos seja realizada, em regra, pela atuação dos entes privados e, nos casos de ineficiência da estrutura privada ou risco à coletividade, o Estado deve absorver a efetivação de modo a provê-los de forma eficaz.

Fixadas as premissas fundamentais do modelo de intervenção indireta, é necessária a análise dos mecanismos de atuação desse modelo (fiscalização, incentivo/fomento e planejamento), em conformidade com o disposto no artigo 174 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

5.2.1 Fiscalização

É a atividade estatal pela qual se realiza a verificação da compatibilidade da ação dos agentes econômicos com as disposições da ordem econômica, mundo do dever-ser, e demais disposições normativas de conteúdo econômico, com a finalidade de controlar a legalidade do exercício particular (CF. TAVARES, 2011, p. 304).

Silva (2000, p. 786), ao analisar a função interventiva indireta do Estado – função de fiscalização – artigo 174 da Constituição Federal –, pontua: “[...] como toda fiscalização,

pressupõe o poder de regulamentação, pois ela visa precisamente controlar o cumprimento das determinações daqueles e, em sendo o caso, apurar responsabilidade e aplicar penalidades cabíveis. Não fora assim o poder de fiscalização não teria objeto”.

Grau (2012, p. 300) define que “Fiscalizar significa verificar se algo ocorre, sob a motivação de efetivamente fazer-se com que ocorra – ou não ocorra. Assim, fiscalizar, no contexto deste art. 174, significa prover a eficácia das normas produzidas e medidas encetadas, pelo Estado, no sentido de regular a atividade econômica”.

Tem como escopo avaliar se a atuação do agente privado no mercado está em consonância com as disposições normativas regulamentares, introduzidas previamente pelo Estado – poder legislativo –, aplicando as sanções devidas no caso de incompatibilidade da ação do agente em face do regulado. É atividade estatal que tem por objetivo concretizar, aplicação no mundo do ser, das disposições referentes à ordenação normativa da economia (dever-ser).

5.2.2 Incentivo ou fomento

A atividade estatal de incentivo ou fomento é a implementação de determinada atividade econômica por meio de ação do Estado, efetivada por meio de incentivos ou sanções, visando a orientar a vontade do particular direcionando-o a promover¹²⁹ determinada atividade econômica necessária à promoção do interesse público (Cf. TAVARES, 2011, p. 308).

Justen Filho (2014, p. 715) define a atividade administrativa de incentivo ou fomento como “[...] atividade administrativa de intervenção no domínio econômico para incentivar condutas dos sujeitos privados mediante a outorga de benefícios diferenciados, inclusive mediante aplicação de recursos financeiros, visando a promover o desenvolvimento econômico e social”.

Trata-se de ação do Estado que busca estimular a ação autônoma do agente privado, direcionando o agir para realização de determinada atividade econômica em uma determinada

¹²⁹ "No modelo promocional, a conduta juridicamente relevante é aquela socialmente desejável. Por isso, a sua concretização é causa da produção de um efeito, consistente na atribuição de um prêmio ao agente. A ordem jurídica comina sanções “positivas” ou “premiadas”, que se constituem em vantagens e benefícios para os sujeitos que praticarem as condutas incentivadas. Torna-se juridicamente neutra a conduta que não realiza valores prestigiados pelo ordenamento jurídico" (JUSTEN FILHO, 2014, p. 718).

região, instigando a aplicação dos recursos privados em determinada área e setor econômico, visando ao desenvolvimento econômico e social.¹³⁰

A reflexão proposta por Justen Filho (2014, p. 716) sobre o objetivo do incentivo ou fomento estatal merece destaque:

A finalidade imediata buscada pelo fomento é o desenvolvimento econômico e social. Por tal razão, o fomento visa a eliminação da pobreza e das desigualdades regionais e sociais, o aumento da oferta de emprego e outras melhorias que propiciarão a elevação dos recursos necessários ao desenvolvimento social. Assim, ele se caracteriza como um instrumento indireto de defesa e promoção dos direitos fundamentais, a partir do reconhecimento de que a pobreza e as desigualdades atentam contra a dignidade humana. É essencial ter em vista que o desenvolvimento econômico não é um fim em si mesmo, mas um meio para a realização dos direitos fundamentais de todos.

É certo que a implementação desse mecanismo de intervenção do Estado deve ser efetivada ponderando todos os princípios constitucionais, tais como a livre-iniciativa e a livre concorrência, preservando a opção capitalista de produção.

5.2.3 Planejamento

A função de planejamento introduzida no artigo 174 da Constituição Federal é a forma de racionalizar a conduta econômica e social do Estado, conferindo previsibilidade aos comportamentos por meio da fixação de metas e modos da ação.

Silva (2001, p. 786-787) dispõe sobre a definição de planejamento econômico ressaltando:

Planejamento é um processo técnico instrumentado para transformar a realidade existente no sentido de objetivos previamente estabelecidos. O planejamento econômico consiste, assim, num processo de intervenção estatal no domínio econômico com o fim de organizar atividades econômicas para obter resultados previamente colimados. [...] O planejamento econômico é, assim, um instrumento de racionalização da intervenção do Estado no domínio econômico, ou como dispõe a Constituição: a lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado (art. 174, §1º).

A Constituição Federal de 1988 conferiu ao planejamento a natureza de modelo de intervenção do Estado na economia. No entanto, Grau (2012, p. 302, grifo do autor) não o qualifica como forma de intervenção indireta do Estado na economia, rotulando-o como método que racionaliza a intervenção:

O planejamento, como salientei anteriormente, neste ensaio, quando referida a atuação em relação à atividade econômica em sentido estrito – *intervenção* – apenas a qualifica; não configura modalidade de intervenção, mas simplesmente um método mercê de cuja adoção ela se torna sistematizadamente racional. É forma de ação

¹³⁰ "O incentivo, permitido constitucionalmente, poderá estar atrelado, em muitas situações, ao princípio da promoção do desenvolvimento do país" (TAVARES, 2011, p. 308).

racional caracterizada pela previsão de comportamentos econômicos e sociais futuros, pela formulação explícita de objetivos e pela definição de meios de ação coordenadamente dispostos.

Por fim, é necessário enfatizar que o planejamento, nos termos do *caput* do artigo 174 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), é determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Portanto, em relação aos agentes públicos, a implementação das metas traçadas no planejamento é impositiva – cogente, há um dever de concretizar as metas nas ações efetivadas diuturnamente, de modo que a meta estabelecida se traduza no mundo do ser. Por sua vez, para o setor privado, a implementação do planejamento não é impositiva, tendo função de referência para a conduta do setor privado.

5.3 A intervenção direta do Estado na economia

A intervenção direta do Estado na economia tem fundamento e limite no artigo 173 da Constituição Federal (Brasil, 1988), o qual dispõe que: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

Justen Filho (2014, p. 861), partindo da análise do artigo 173 da Constituição Federal (Brasil, 1988), regra matriz da intervenção direta na ordem econômica, define essa atividade administrativa como:

O exercício de atividade econômica pelo Estado consiste no desempenho por entidade administrativa, sob forma e regime de direito privado, de atividade econômica propriamente dita, nas hipóteses previstas na Constituição ou em lei, quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou à satisfação de relevante interesse coletivo.

Da análise da regra matriz da intervenção direta na economia destaca-se o caráter de excepcionalidade e eventualidade dessa atividade administrativa¹³¹ pelo Estado, preservando a livre participação dos particulares no mercado.

Com já disposto, a Constituição adotou opção pelo modelo de produção capitalista, fundado na prevalência da propriedade privada e na livre-iniciativa (artigo 170 da Constituição), assegurando, em regra, a liberdade de ação do agente econômico na atuação no mercado. Como destaca Tavares (2011, p. 276):

¹³¹ "A função administrativa estatal é o conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação de interesses essenciais, relacionados com a promoção de direitos fundamentais, cujo desempenho exige uma organização estável e permanente, exercitados sob o regime jurídico infralegal e que se exteriorizam em decisões destituídas de natureza jurisdicional" (JUSTEN FILHO, 2014, p. 122).

Admite-se a intervenção direta, mas não pode conduzi-la a ponto de equivaler ou sobrepor-se à atuação propriamente dos particulares. O Estado não tem autorização, pela Constituição, uma atividade paralela à atividade econômica desempenhada pelos agentes privados. Sua intervenção é possível, mas condicionada e delimitada constitucionalmente.

A atuação direta do Estado na economia somente se legitima quando a iniciativa privada, legítima detentora da liberdade de ação no mercado, for incapaz de prover de forma satisfatória determinada necessidade, de modo que “[...] a intervenção direta do Estado é a solução adequada e imprescindível para a satisfação de necessidades determinadas. Aplica-se o princípio da proporcionalidade, o que significa que somente se legitimará a intervenção estatal se outra alternativa não for mais satisfatória” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 864).

O exercício de atividade econômica pelo Estado somente poderá ser realizado nas hipóteses previstas expressamente na Constituição (monopólio) ou quando a atividade se apresentar como necessária aos imperativos da segurança nacional ou à satisfação de relevante interesse coletivo¹³².

É importante ressaltar que os entes públicos que exerçam a intervenção na economia atuam sob o regime de direito privado, conforme expressamente definido no inciso II do artigo 173 da Constituição Federal (Brasil, 1988), ao estabelecer que as empresas estatais estão submetidas:

[...] a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”, bem como “As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

A imposição pelo regime privado de sujeição às empresas estatais é imprescindível para assegurar a livre-iniciativa, fundamento da ordem econômica (artigo 170, *caput*, Constituição Federal) e para concretizar a livre concorrência, princípio da ordem econômica (170, inciso IV, da Constituição Federal). Assegurar qualquer vantagem de ordem tributária, civil, trabalhista etc. desequilibraria o mercado, de modo que as empresas estatais gozariam de vantagem indevida que comprometeria a liberdade de ação dos agentes econômicos, podendo resultar na extinção dos demais integrantes, abalando a própria concorrência.

Precisa a reflexão de Justen Filho (2014, p. 864) sobre os efeitos da atribuição de privilégios indevidos às empresas estatais:

Para a manutenção da ordem econômica constitucionalmente consagrada, é indispensável que o Estado não goze de privilégios ou vantagens quando desempenha atividade econômica propriamente dita. Se assim não for, haverá a destruição da livre concorrência, e o Estado eliminará as empresas privadas, não por ser mais eficiente, mas porque as leis a ele asseguram benefícios desiguais.

¹³² Ver seção 5.3.1.

É importante destacar, seguindo a definição de intervenção adotada no presente estudo, que a prestação de serviço público não é hipótese de intervenção do Estado na economia, não obstante classificado como atividade econômica em sentido *lato sensu*, uma vez que é atuação típica de função administrativa atribuída ao ente estatal, nos termos fixados na Constituição Federal, conforme será apreciado no próximo capítulo do presente estudo.

5.3.1 Pressupostos para o exercício da intervenção direta do Estado na ordem econômica

A atuação do Estado na ordem econômica é cabível em três hipóteses, conforme determinado na Constituição Federal: a) nos casos previstos expressamente pela Constituição Federal – hipóteses de monopólio; b) imperativos de segurança nacional; e c) relevante interesse coletivo.

A Constituição Federal atribui, de forma taxativa e definitiva, as hipóteses de monopólio de atividade econômica conferidas, com exclusividade de exercício, aos estados federados, nos termos do artigo 25, § 2º – serviços locais de gás canalizado – e à União, nos termos do artigo 177, ambos da Constituição Federal. O tema será abordado de forma detalhada no próximo capítulo, seção 6.2.2.

O artigo 173 da Constituição delimita a área em que o Estado pode atuar como agente econômico (empresário), operando de forma direta na exploração de atividade econômica em sentido estrito, produção ou prestação de serviço. Grau (2012, p. 276-277), ao comentar o preceito introduzido no artigo 173 da Constituição Federal, esclarece:

Dir-se-á, à primeira vista, que os preceitos estão, radicalmente alinhados no sentido apontado pelo movimento da desregulamentação da economia, na face que propõe a incisiva redução da presença do Estado, como agente, no campo da atividade econômica. [...]

Apenas nas duas hipóteses a exploração direta da atividade econômica em sentido estrito é admitida (às empresas públicas e às sociedades de economia mista): quando essa exploração for necessária (a) aos imperativos da segurança nacional ou (b) a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

O pressuposto indispensável para a exploração da atividade econômica em sentido estrito pelo Estado, nos termos do artigo 173 da Constituição Federal, é a presença de imperativo de segurança nacional ou relevante interesse público.

É importante ressaltar a indeterminação e a vagueza dos pressupostos, cabendo ao intérprete precisar os termos de modo a afastar as inconsistências semânticas que podem prejudicar a aplicação do enunciado constitucional. É atribuição do intérprete construir a

precisa delimitação dos elementos fundamentais para legitimar a intervenção no domínio econômico¹³³.

Segurança nacional, conforme lição de Justen Filho (2014, p. 867), consiste “[...] no conjunto de condições necessárias e indispensáveis à existência e a manutenção da soberania estatal e ao funcionamento das instituições democráticas”.

Grau (2012, p. 280) estabelece:

Cuida-se, agora, de segurança atinentes à defesa nacional, que, não obstante, não há de conduzir, impositivamente, sempre, à exploração direta, pelo Estado, da atividade econômica em sentido estrito – comprovando-o o enunciado do art. 171, § 1º, I, haverá a exploração direta quando atender a imperativos de segurança nacional.

Atividades essenciais à segurança nacional são as relacionadas à produção de bens ou à prestação de serviço necessários para preservar a soberania nacional e a integridade da nação, bem como aquelas cujo desenvolvimento possa provocar risco vindouro à integridade ou à soberania nacional (Cf. JUSTEN FILHO, 2014, p. 869).

O interesse coletivo para justificar a intervenção estatal, nos termos da lição de Justen Filho (2014, p. 870), versa “[...] na existência de uma necessidade supraindividual, comum a um número relevante de pessoas, cuja satisfação possa ser proporcionada pela autuação direta do Estado”.

A intervenção na economia pelo Estado somente se legitimará quando visar à defesa e à promoção de interesse público – interesse da coletividade – cujo escopo é suprir as necessidades essenciais que prejudicam o pleno desenvolvimento de todos. Nesse sentido:

O interesse público é comumente indicado como o mais amplo dos fundamentos. Sugere que a intervenção poderá ocorrer em resposta às pressões sociais, para correção de inevitáveis distorções derivadas da ampla liberdade, distorções essas que operam em prejuízo do conjunto da sociedade (TAVARES, 2011, p. 278).

Para a delimitação do conceito de relevante interesse coletivo, é necessário correlacionar todos os princípios estabelecidos na Constituição Federal de forma a construir o significado a partir da visão global dos baldrames constitucionais. Como destaca Grau (2012, p. 284-285, grifo do autor):

A ordem econômica que *deve ser*, projetada pelo texto constitucional, reclama o amplo fornecimento de serviços públicos à sociedade, exigindo também, por outro lado, sejam providas a garantia do desenvolvimento nacional, a soberania nacional, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, o pleno emprego, entre outros fins.

¹³³ “Quando se utilizam conceitos vagos, abstratos, de escassa precisão semântica, a imediata consequência é a possibilidade de alargamento dos mesmos pelos aplicadores do Direito, para os quais se transfere o poder de precisar o conteúdo dos referidos termos. Assim, a indeterminação opera uma ampla margem de discricionariedade ao Legislativo, na criação de Leis de caráter intervencionista, sob o fundamento de regulamentação da Constituição, bem como ao Judiciário, na aplicação dos vocábulos aos casos judiciais que envolvam a apreciação de atividade econômica do Estado” (TAVARES, 2011, p. 279).

O destaque a ser pontuado é que o interesse coletivo a justificar a ação interventiva do Estado é aquele que se sobrepõe ao particular, cujo objetivo é preservar e promover a liberdade e a igualdade material a todos os integrantes da sociedade, assegurando existência digna a todos.

Por fim, necessário pontuar que o interesse justificador da ação estatal interventiva deve ser relevante, de grande valor para a sociedade, considerando o contexto econômico, social e político presente em determinado tempo e espaço.

6 ATIVIDADE ECONÔMICA DO ESTADO

A Constituição Federal de 1988 apresenta elementos indicativos para estabelecer as hipóteses em que o Estado pode atuar na economia. Delimita-se a possibilidade e a forma que atua em relação à atividade econômica em sentido amplo, esfera que compreende tanto a prestação de serviço público quanto a atividade econômica em sentido estrito, materializada na intervenção do Estado na economia¹³⁴.

Com pontua Grau (2012, p. 101, grifo do autor):

Por certo que, no art. 173 e seu § 1º, a expressão conota atividade econômica em sentido estrito. O art. 173, *caput*, enuncia as hipóteses nas quais é permitida ao Estado a exploração direta de *atividade econômica*. Trata-se, aqui, de atuação do Estado – isto é, da União, do Estado-membro e do Município – como agente econômico, em área da titularidade do setor privado. Insista-se em que atividade econômica em sentido amplo é território em dois campos: o do serviço público e o da atividade econômica em sentido estrito. As hipóteses indicadas no art. 173 do texto constitucional são aquelas nas quais é permitida a atuação da União Estados-membros e dos Municípios neste segundo campo.

A demarcação do exercício da atividade econômica estatal, atividade econômica em sentido amplo, é essencial para a definição e o estabelecimento das características peculiares da ação estatal, tendo em vista o regime jurídico aplicado no exercício da função administrativa do Estado como prestador de serviço público ou com fornecedor de atividade econômica em sentido estrito.

6.1 Regulação constitucional da atividade econômica

O termo *atividade econômica* em sentido amplo denota a atuação do Estado na economia e representa tanto a ação estatal em sentido estrito, intervenção do Estado na economia, como a prestação de serviço público, exercício de competência típica do ente público.

O serviço público é modalidade de atividade econômica em sentido amplo desenvolvida diretamente pelo poder público ou em regime de concessão¹³⁵, que visa à satisfação de uma necessidade, envolvendo o fornecimento de bens e serviços escassos.

¹³⁴ “A intervenção direta na ordem econômica é o desenvolvimento por meio de uma entidade administrativa de atividades de natureza econômica, em competição com os particulares ou mediante atuação exclusiva.

A intervenção direta na ordem econômica comporta duas vertentes fundamentais. Pode configurar serviço público ou atividade econômica propriamente dita” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 687-688).

¹³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 2003.

A intervenção do Estado na economia, realizada nos termos do artigo 173 da Constituição Federal, é forma de atuação estatal sobre a economia (atividade econômica em sentido estrito), área alheia, em regra, à ação pública, pois atribuída aos agentes privados.

Denota-se que a atividade econômica em sentido amplo é gênero da qual figura como espécie o serviço público, a atividade econômica em sentido estrito e a atividade econômica ilícita, esta última representada pela atividade econômica em sentido amplo cujo exercício é vedado por lei (Cf. GRAU, 2012 p. 99-101).

Justen Filho (2014, p. 688), ao abordar a diferença entre atividade econômica, em sentido amplo, e serviço público, destaca:

Não há uma distinção intrínseca entre atividade econômica e serviço público. O serviço público consiste na organização de recursos escassos para a satisfação de necessidades individuais. Portanto, trata-se de uma atividade de natureza econômica. Logo, o serviço público não pode ser diferenciado de modo absoluto de atividade econômica, porque apresenta igualmente natureza e função econômicas. É possível diferenciar serviço público de uma concepção mais restrita de atividade econômica. Portanto, atividade econômica é um gênero, que contém duas espécies, o serviço público e a atividade econômica (em sentido estrito).

É necessário enfatizar a importância da precisa delimitação do conceito *atividade econômica*, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 utiliza-o ora no sentido amplo, *caput* do artigo 174 da Constituição Federal¹³⁶, ora no sentido estrito, artigo 174 da Constituição Federal¹³⁷.

A regra matriz da ordem econômica, artigo 170, *caput*, Constituição Federal, disciplina a atividade econômica em sentido amplo, de forma que os preceitos inseridos nesse artigo devem modalizar a prestação de serviço público e o exercício de atividade econômica em sentido estrito realizada pelo Estado. Nesse sentido, averba Grau (2012, p. 106):

No que concerne ao art. 170, *caput*, nele a expressão *atividade econômica* conota o gênero, e não a espécie. O que afirma o preceito é que toda a *atividade econômica*, inclusive a desenvolvida pelo Estado, no campo dos serviços públicos, deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (fim dela, atividade econômica, repita-se) assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, etc. Nenhuma dúvida pode restar, entendo, quanto à circunstância de, aí, a expressão assumir a conotação de atividade econômica em sentido amplo.

Portanto, a ordem econômica, ao regular no *caput* do artigo 170 da Constituição Federal (Brasil, 1988), a atuação Estatal na economia, fixando fundamentos e finalidades para

¹³⁶ “No que tange ao art. 174, no entanto, a expressão atividade econômica é utilizada noutro sentido. Alude, o preceito, a atividade econômica em sentido amplo. Respeitada à globalidade da atuação estatal como agente normativo e regulador” (GRAU, 2012, p. 105).

¹³⁷ “Atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, no §1º do art. 173 da Constituição, significa atividade econômica em sentido estrito, razão pela qual pouco mudou em relação aos regimes jurídicos aplicáveis às empresas públicas e às sociedades de economia mista que exploram atividade econômica em sentido estrito” (GRAU, 2012, p. 103).

ação estatal, adota conceito de atividade econômica em sentido amplo, de modo que toda ação econômica deve ser pautada pelos valores fixados como baldrames da ordem econômica constitucionalmente estabelecida.

No intuito de precisar de modo adequado a expressão *atividade econômica*, superando a ambiguidade presente na utilização do termo, poder-se-á dizer que a atividade econômica em sentido amplo denota o gênero, enquanto atividade econômica em sentido estrito, serviço público e atividade ilícita representam espécies. Tendo em vista o objetivo e a limitação do presente estudo, não serão aprofundadas as reflexões sobre a última espécie de atividade econômica, a atividade ilícita.

A categorização apresentada é essencial para a interpretação precisa dos enunciados constitucionais que se utilizam do termo como signo, cuja precisa delimitação, considerando o contexto em que inserido, é imprescindível para o conhecimento e aplicação do preceito normativo analisado.

A espécie *atividade econômica* em sentido estrito, nos termos do fixado na Constituição Federal de 1988, apresenta subdivisão, estabelecendo as subespécies atividade estatal em regime de concorrência, artigo 173 da Constituição Federal, (Brasil, 1988), e de monopólio estatal, nos termos do artigo 177 da Constituição Federal (Brasil, 1988).

6.2 Atividade econômica do Estado em sentido estrito

Atividade econômica em sentido estrito é espécie de atividade exercida pelo Estado, cujo objeto é a produção de bem ou serviços e sua comercialização, destinada a suprir necessidades. Como pondera Justen Filho (2012, p. 688, grifo do autor). “[...] a *atividade econômica propriamente dita* reside no desempenho pelo Estado de atividades que não são diretamente vinculadas à satisfação de direitos fundamentais”.

Na essência, o serviço público¹³⁸ e a atividade econômica em sentido estrito têm função semelhante: suprir necessidades visando à distribuição de bens escassos¹³⁹, de modo que, na primeira hipótese, o objetivo é suprir necessidades humanas ligadas diretamente a direitos fundamentais que o mecanismo de mercado não é capaz de prover. Por sua vez, a

¹³⁸ "O serviço público surge como instrumento para promover a satisfação de necessidades relacionadas direta e imediatamente com os direitos fundamentais quando o funcionamento norma e espontâneo da livre iniciativa for incapaz de prover essa solução" (JUSTEN FILHO, 2012, p. 690).

¹³⁹ O fenômeno econômico, manifestação da ciência econômica, tem como escopo fundamental disciplinar a escassez, de modo que “[...] a atividade econômica é, pois, aquela aplicada na escolha de recursos para o atendimento das necessidades humanas. Em uma palavra: é a administração da escassez” (NUSDEO, 2014, p. 30).

atividade econômica tem como escopo suprir necessidades não relacionadas diretamente a direitos fundamentais ou na hipótese de que o mecanismo de mercado tenha condições de promover a satisfação integral do interesse (Cf. JUSTEN FILHO, 2012, p. 689).

A motivação de atribuir determinada atividade como econômica em sentido estrito ou serviço público tem fundamentação no conflito entre o capital e o trabalho, fatores de produção imprescindíveis ao desenvolvimento econômico, de sorte que:

Pretende o capital reservar para sua exploração, com atividade econômica em sentido estrito, todas as matérias que possam ser, imediatamente ou potencialmente, objeto de profícua especulação lucrativa. Já o trabalho aspira atribua-se ao Estado, para que este as desenvolva não de modo especulativo, o maior número possível de atividades econômicas (em sentido amplo). É a partir deste confronto – do estado em que tal confronto se encontrar – em determinado momento histórico – que se ampliarão ou reduzirão, correspectivamente, os âmbitos das atividades econômicas em sentido estrito e dos serviços públicos (GRAU, 2012, p. 106).

A marca que tipifica uma atividade como econômica em sentido estrito é a produção, circulação de bens e serviços destinada à satisfação de um interesse geral, cuja satisfação é promovida conforme o regime de livre mercado, em que impera a lei da oferta e demanda, em que o Estado se faz presente como empresário.

Por sua vez, quando o Estado exerce atividade econômica, em sentido lato, a fim de promover a satisfação de necessidades públicas ligadas à promoção do bem-estar social e a implementação dos direitos fundamentais, atua buscando materializar as finalidades para as quais foi constituído, ou seja, promover o bem de todos assegurando o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

Quando se atribui ao exercício de atividade econômica em sentido estrito conotação de potencial produção de lucro, não se quer afirmar que os mecanismos de intervenção do Estado na economia tenham como escopo a exploração com o objetivo de produção de lucro. Trata-se, na realidade, de instrumento estatal que visa a intervir na economia a fim de concretizar os valores constitucionalmente estabelecidos, buscando a construção de sociedade cuja finalidade é a efetivação dos direitos fundamentais e a implementação dos objetivos pautados no artigo 3º da Constituição Federal (Brasil, 1988)¹⁴⁰.

A exploração direta de atividade econômica pelo Estado, portanto, não pode ser efetivada com escopo exclusivo de especulação lucrativa, premissa da exploração do capital

¹⁴⁰ Dallari (2014, p. 34), ao dissertar sobre os valores perseguidos pela sociedade, ressalta que “[...] nesta ideia de integral desenvolvimento da personalidade está compreendido tudo, inclusive valores materiais e espirituais, que cada homem julgue necessário a expansão de sua personalidade”.

pela atividade privada. Entretanto, a atuação do Estado na economia deve visar à implementação dos direitos fundamentais necessários ao pleno desenvolvimento de todos, que se traduz na efetivação da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, artigo 1º, inciso III da Constituição Federal (Brasil, 1988).

É importante destacar que o Estado somente atuará na economia em caráter suplementar ao mercado, preservando, assim, a opção pelo sistema capitalista de produção¹⁴¹, fundamento da ordem econômica estabelecida na Constituição de 1988. Ressalte-se, no tocante à intervenção, que a regra é o desempenho da atividade econômica pelo Estado sob regime de concorrência (art. 173, *caput* e § 1º), sendo exceção, estabelecida constitucionalmente, a prestação de atividade econômica em regime de monopólio.

Ressalte-se a importância entre atribuir determinada atividade como atividade econômica em sentido estrito ou serviço público tendo em vista o regime jurídico a ser aplicado e as peculiaridades da forma de execução da atividade, como abordado por Grau (2012, p. 136, grifo do autor):

As consequências da qualificação desta ou daquela atividade empreendida pela empresa pública ou sociedade de economia mista como *serviço público* ou *atividade econômica em sentido estrito* são marcadas. Exemplifico, para demonstrá-lo, formulando a hipótese de entidade daquelas, que preste serviço público, recusar o seu fornecimento a algum usuário. Poderá tal recusa, então, ser juridicamente repelida: incumbe ao fornecedor do serviço prestar o devido acatamento ao *princípio da continuidade do serviço público*; estamos, aí, em razão da incidência do princípio, diante da hipótese de contrato a ser coativamente celebrado. Já, no entanto, se a empresa pública ou a sociedade de economia mista explorar *atividade econômica em sentido estrito*, a recusa do fornecimento do serviço há de ser repelida com esteio em distinta fundamentação: ao recusá-lo, o agente econômico (empresa pública ou sociedade de economia mista) estará a violar preceitos normativos que o obrigam a contratar, a contratação, coativa, no caso, contudo se impõe mercê da aplicação daquele princípio, porém de normas expressas que à prática dessa conduta o vinculam.

É necessário pontuar que a ação estatal na economia, qualificada como forma de intervenção, deve ser efetivada em conformidade com o estabelecido nos preceitos da ordem econômica (mundo do dever-ser) e dos demais elementos constitucionais pertinentes. Portanto, a intervenção deve pautar-se pela concretização dos baldrames da ordem econômica, artigo 170, da Constituição Federal (Brasil, 1988), efetivação dos objetivos da República Federativa do Brasil, artigo 3º da Constituição Federal e pela implementação dos fundamentos da República Federativa do Brasil, artigo 1º da Constituição Federal, em especial a consolidação da dignidade da pessoa humana.

¹⁴¹ O professor Grau (2012, p. 304), esclarece: “[...] os princípios, na sua integração, registram as marcas da ideologia constitucionalmente adotada. À luz por eles projetada, na sua globalidade, parte daquelas questões é prontamente dilucidada: a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema econômico, o sistema capitalista”.

6.2.1 Atividade econômica em regime de concorrência

A atividade econômica em sentido estrito tem como escopo fornecer bens ou serviços necessários à satisfação de necessidades das pessoas ligadas ou não a direitos fundamentais, entretanto, nesta última hipótese, quando insatisfatório o fornecimento pelos mecanismos de mercado, o Estado assumirá a promoção por meio do fornecimento de serviço público.

A base legal delimitadora da atuação do Estado na atividade econômica é traçada no artigo 173 da Constituição Federal (Brasil, 1988): “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

Como estabelece Grau (2012, p. 101, grifo do autor):

Por certo que, no art. 173 e seu § 1º, a expressão conota *atividade econômica em sentido estrito*. O art. 173, *caput*, enuncia as hipóteses nas quais é permitida ao Estado a exploração direta de *atividade econômica*. Trata-se, aqui de atuação do Estado – isto é, da União, do Estado-membro e do Município – como agente econômico, em área da titularidade do setor privado.

É necessário salientar que a atuação no mercado, conforme a opção constitucional pelo modo de produção capitalista¹⁴², deve ser exercida preferencialmente pelos agentes privados¹⁴³, cabendo ao Estado, preenchidos os requisitos legais (imperativo de interesse público ou de soberania nacional), intervir na economia prestando o serviço ou fornecendo os bens essenciais. Tavares (2012, p. 276) pondera acerca da atuação do Estado na economia:

Toda intervenção direta, vale dizer, a intervenção material (execução ‘pelas próprias mãos’), do Estado, quanto à atividade econômica, é assumida, constitucionalmente, como uma exceção ao princípio já analisado da livre-iniciativa (fundamento do Estado brasileiro, consoante dispõe o art. 1.º, inciso IV, da Constituição), que é preceito constitucional fundamental de toda ordem econômica, essencial à economia de mercado. É o que se deve compreender a partir da leitura conjunta do art. 170 com o art. 173, ora objeto de análise. Admite-se a intervenção direta, mas não se pode conduzi-la a ponto de equivaler ou sobrepor-se à atuação propriamente dos particulares. O Estado não tem autorizada, pela Constituição, uma atividade paralela à atividade econômica desempenhada pelos agentes privados. Sua intervenção é possível, mas condicionada e delimitada constitucionalmente.

¹⁴² Com muita precisão estabelece o professor Matsushita (2006, p. 140) que “[...] a opção brasileira de capitalismo é de uma exploração da atividade econômica, visando garantir a todos a justiça social, conforme se vê na Constituição Federal”.

¹⁴³ Assevera Tavares (2012, p. 278) ao dissertar sobre a subsidiariedade da atividade econômica pelo Estado: “Encontra-se na redação do art. 173 sua consagração, na medida em que a exploração de atividade econômica pelo Estado é consagrada uma exceção à regra geral. A Constituição apregoa que ao Estado resta um papel restrito, subsidiário, no contexto econômico do País, mas nem por isso de menor relevância econômica dos particulares (Dimoulis, 2006: 141) é a consequência direta da assunção do princípio da subsidiariedade”.

O fornecimento dos bens essenciais deve ser efetivado pelo Estado, em regra, em regime de concorrência, atuando na ordem econômica, mundo do ser, em igualdade de condições com os demais agentes econômicos, conforme estabelecido constitucionalmente, inciso II e § 2º do artigo 173 da Constituição Federal (Brasil, 1988). Fixar que o Estado atuará de modo igualitário com os demais agentes econômicos é essencial para a manutenção dos princípios da ordem econômica, em especial a livre-iniciativa e a livre concorrência, alicerces do sistema capitalista de produção.

Precisa a ponderação de Justen Filho (2014, p. 864) sobre a forma de ação do Estado na atividade econômica (intervenção na economia), ressaltando a prevalência da igualdade entre os agentes econômicos no que tange à atuação do Estado desempenhando atividade econômica:

Para manutenção da ordem econômica constitucionalmente consagrada, é indispensável que o Estado não goze de privilégios ou vantagens quando desempenhar atividade econômica propriamente dita. Se assim não for, haverá a destruição da livre concorrência, e o Estado eliminará as empresas privadas, não por ser mais eficiente, mas porque as leis a ele asseguram benefícios desiguais.

É necessário esclarecer que o Estado pode atuar como empresário, na prestação de atividade econômica em sentido estrito, tanto em regime de concorrência, exercendo suas funções em igualdade de condições com os demais agentes econômicos, quanto em regime de monopólio, no qual detém exclusividade na prestação dos serviços ou no fornecimento do bem.

6.2.2 Atividade econômica em regime de monopólio

A atuação do Estado na ordem econômica deve ser pautada pelos princípios da livre-iniciativa e livre concorrência, artigo 170 da Constituição Federal (Brasil, 1988), base que sustenta o modo de produção capitalista, opção consagrada na Constituição Federal de 1988.

Assegurar monopólio legal¹⁴⁴ ao Estado na prestação de atividade econômica representa aparente contradição, considerando a ampla liberdade de ação assegurada em favor da iniciativa privada. Entretanto, considerando motivações de ordem econômica e/ou política,

¹⁴⁴ "Monopólio natural é uma situação econômica em que a duplicação de operadores é incapaz de gerar a redução do custo da utilidade. O monopólio natural envolve, geralmente, as hipóteses de custos fixos (atinentes à infraestrutura necessária à produção da utilidade) muito elevados. A duplicação das infraestruturas conduziria a preços unitários mais elevados do que a exploração por um único agente econômico. Ou seja, quanto maior o número de usuários do sistema, menor o custo para fornecer outras prestações" (JUSTEN FILHO, 2014, p. 747).

o constituinte de 1988 afastou os princípios da livre-iniciativa e concorrência, estabelecendo a exclusividade da prestação da atividade em benefício do Estado.

Justen Filho (2014, p. 865) averba que a motivação para estabelecer determinada atividade econômica em regime de exclusividade (monopólio) ao Estado diz respeito a elementos essenciais ao Estado, pois:

A Constituição afastou a livre iniciativa e livre concorrência quanto a certas atividades, em virtude de sua relevância política e econômica. As atividades referidas no art. 177 não são destinadas a satisfazer direitos fundamentais, no entanto foram reservadas ao monopólio estatal, porque podem produzir reflexos sobre a soberania nacional ou outros valores essenciais. O monopólio estatal reflete uma decisão política.

Grau (2012, p. 283) aprofunda a questão destacando que a diferença entre atuação em regime de concorrência/participação e de monopólio deve ser ponderada em razão do interesse envolvido¹⁴⁵, pois “[...] a definição da situação – como de monopólio ou de participação – na qual atuará diretamente o Estado, na exploração de atividade econômica em sentido estrito, há de ser informada pelo tipo de interesse que a justifique”. Arremata o eminente professor pontuando que, “[...] na hipótese de imperativo da segurança nacional, o monopólio, em regra impor-se-á”.

Com relação à atividade exercida visando aos imperativos de segurança nacional, a opção é evidente, já que “[...] parece não restar dúvida não apenas à possibilidade, mas até mesmo à imperiosidade, de a exploração direta da atividade, na hipótese de imperativo de segurança nacional – então definida por lei federal – ser empreendida em regime de monopólio” (GRAU, 2012, p. 282).

O exercício da atividade econômica em regime de monopólio é classificado por Eros Roberto Grau como uma das hipóteses de intervenção na economia categorizada como *intervenção por absorção*, forma pela qual o Estado assume integralmente o controle dos meios de produção.

¹⁴⁵ “A definição da situação – como de monopólio ou de participação – na qual atuará diretamente o Estado, na exploração de atividade econômica em sentido estrito, há de ser informada pelo tipo de interesse que a justifique. Na hipótese de imperativo da segurança nacional, em regra, impor-se-á. Variadas, no entanto, poderão ser as manifestações de relevante interesse coletivo. Cuidando do tema do caráter suplementar da atuação estatal na vigência da Emenda Constitucional n 1/69 (§1º do art. 170) enunciei as seguintes hipóteses: (a) atuação para suprir incapacidade ou falta de interesse momentâneo do setor privado; (b) para suprir insuficiência da oferta de determinados bens ou serviços; (c) para coibir situação de monopólio de fato; (d) para implementar a função social da propriedade (empresa) e a promoção do pleno emprego. A noção de relevante interesse coletivo é, todavia, bem mais ampla do que a atinente ao ‘caráter suplementar da iniciativa privada’. Há de ser, a primeira – repito-o, conformada pelo conjunto de princípios indicados no item 84” (GRAU, 2012, p. 283-284).

O monopólio não se confunde com serviço público; este representa atividade prestada pelo Estado, sob regime de direito público, visando à satisfação de direitos fundamentais¹⁴⁶, já aquele é a efetivação de atividade econômica, sob o regime de direito privado, que, por razões políticas, é atribuída com exclusividade ao Estado (JUSTEN FILHO, 2014, p. 867).

Portanto, o exercício de atividade econômica provida por meio do regime de monopólio, em que há exclusividade na prestação do serviço ou fornecimento de bens pelo agente público, não desnatura a essência desta como atividade econômica em sentido estrito.

Acrescenta Grau (2012, p. 135) ao analisar a diferença entre serviço público e atividade econômica em regime de monopólio:

O que importa salientar é a não intercambialidade das situações nas quais de um lado o serviço público é prestado, titulares ainda os concessionários ou permissionários de certo privilégios, por mais de um deles e o regime de competição que caracteriza o exercício da atividade econômica em sentido estrito em clima de livre concorrência.

A atuação do Estado em regime de monopólio é exceção e não pode ser ampliada das hipóteses taxativamente estabelecidas na Constituição Federal, veículo normativo legítimo para estabelecer determinada atividade econômica como atribuída exclusivamente ao Estado. Destaca Justen Filho (2014, p. 691):

Existem diversas hipóteses de monopólio na Constituição e é inconstitucional a sua ampliação por via infraconstitucional. Nessas hipóteses, não se configura a satisfação direta e imediata de direitos fundamentais, nem a impossibilidade da exploração adequada e satisfatória por parte da livre iniciativa. A Constituição impõe monopólio por razões políticas ou econômicas, visando a assegurar o controle estatal sobre o desempenho de determinadas atividades.

A atribuição exclusivamente constitucional para a delimitação das possibilidades de exercício de atividades em regime de monopólio é decorrente de sua natureza excepcional e derogatória dos princípios da ordem econômica. Portanto, se lei infraconstitucional estabelecer como monopólio determinada atividade econômica em sentido estrito, haverá flagrante inconstitucionalidade, uma vez que infringirá os baldrames da ordem econômica.

6.3 Serviço público

O serviço público é atividade econômica em sentido amplo em que se disciplina a distribuição de recursos limitados necessários à satisfação de necessidades fundamentais, cujo escopo é “[...] a utilização de recursos econômicos escassos, produzindo uma escolha de sua alocação entre diversas possíveis e visando a obter o resultado mais eficiente e satisfatório possível” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 732).

¹⁴⁶ Ver seção 6.3.1.

Preliminarmente é necessário destacar que na França, berço do direito administrativo e da escola do serviço público¹⁴⁷, o serviço público tem posição de destaque na estrutura orgânica do Estado, tendo em vista “[...] erigido que foi miticamente em dado essencial da própria ideia republicana de igualdade e liberdade, uma verdadeira ideologia, envolvendo muitas vezes disputas que saem, em muito, do âmbito jurídico” (ARAGÃO, 2013, p. 75).

Trata-se de forma de ação do Estado que visa a disciplinar a distribuição de bens escassos destinados a atender às necessidades emergentes da vida social¹⁴⁸, cujos mecanismos de mercado não têm condições de prover, de modo satisfatório, o acesso a todos. Destarte, afasta-se a garantia da livre-iniciativa e livre concorrência atribuindo a titularidade e a competência para a exploração da atividade em favor do Estado.

A qualificação de uma dada atividade econômica (em sentido amplo) como serviço público implica a redução da esfera privada de atuação do particular, com a ampliação da esfera pública de atuação do Estado. Tal hipótese deve ser efetivada ponderando os limites traçados na Constituição Federal e respeitando a opção capitalista do modo de produção. Como pontua Justen Filho (2014, p. 733), “[...] a submissão de uma atividade ao âmbito do serviço público acarreta a redução da órbita da livre iniciativa. Quanto mais amplo o universo dos serviços públicos, menor é o campo das atividades de direito privado. E a recíproca é verdadeira”.

É importante ressaltar que o reconhecimento e a qualificação da certa atividade econômica como serviço público, além de respeitar os limites traçados na Constituição Federal, deve, obrigatoriamente, materializar os valores fixados na Carta Magna, assegurando a garantia da soberania nacional, a promoção do desenvolvimento nacional, a erradicação da

¹⁴⁷ "A França, berço do Direito Administrativo, tem enorme importância na construção jurídica da ideia de serviço público em todos os países latinos, inclusive os latino-americanos. Com efeito, nos países de raiz jurídica na *civil law* a dogmática dos serviços público sempre, com maior ou menor intensidade, se calcou nas elaborações doutrinárias e jurisprudenciais francesas" (Cf. ARAGÃO, 2013, p. 74, grifo do autor).

¹⁴⁸ "À medida que a vida social tornando-se mais complexa pela evolução das comunidades que a formavam, constatou-se, embora parte das suas necessidades pudessem ser atendidas sem a interferência da própria comunidade, outras necessidades, no entanto, não se prestavam a este abandono, à iniciativa dos próprios interessados. Fazia-se necessário, pelas características que apresentavam estas necessidades, que as sociedades as assumissem como próprias. Desta evolução surge o que viria a ser chamado "serviço público" (BASTOS, 2001, p. 181). A reflexão apresentada por Aragão (2013, p. 79-80), analisando os ensinamentos de Léon Duguit, é de fundamental importância para entender o conceito de serviço público: "Para DUGUIT, o Direito não se reduz apenas às regras formais ou técnicas resultantes da intervenção do Estado, já que por trás e como base delas existe uma realidade anterior e mais profunda: o texto oficialmente posto é apenas a cristalização de uma norma jurídica já existente, ainda que de maneira latente, no grupo social. Segundo o autor é o estado de consciência da massa dos indivíduos que compõe em um determinado grupo social a força criadora do Direito, que eclode quando o grupo social entende e admite que possa ser socialmente organizada uma reação contra os violadores da regra, momento em que a simples norma social, fundada sobre a solidariedade e interdependência dos indivíduos que compõem a sociedade, se transforma em norma jurídica, que é originariamente um fato social, não uma criação do Estado ou expressão da sua soberania. Essas normas se impõem objetivamente ao Estado, assim como a todos os indivíduos”.

pobreza e a redução das desigualdades regionais e sociais, a defesa do meio ambiente, a busca do pleno emprego etc.

6.3.1 *Análise da visão doutrinária sobre o conceito/noção de serviço público*

O conceito de serviço público é tema árido cuja doutrina vem refletindo incansavelmente sem estabelecer, com precisão, uma delimitação precisa, motivando alguns juristas a declinarem a inexistência de um conceito¹⁴⁹. Não obstante a dificuldade, é necessário refletir acerca do tema ponderando as vicissitudes e buscando construir a definição/noção do conceito.

Não há como principiar o estudo de uma noção de serviço público sem destacar a posição de Léon Duguit, o qual estabelecia o serviço público como “[...] toda atividade cujo cumprimento deve ser indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social, e de tal natureza que só possa ser assegurado plenamente pela intervenção da força governante” (ARAGÃO, 2013, p. 80).

Duguit estabelece premissas básicas para que determinada atividade seja reconhecida como serviço público, destacando: a) o serviço deve influir sobre a interdependência social; b) o mercado deve revelar-se inapto para prover a satisfação da necessidade de modo que a atuação é deficitária em busca de gerenciar a interdependência social em prol do interesse público (Cf. ARAGÃO, 2013, p. 80).

Apesar da amplitude demasiada do conceito de serviço público apresentado por Duguit, os baldrames fixados são essenciais para a construção da noção hodierna de serviço público, tendo em vista que seu escopo essencial é assegurar o pleno desenvolvimento da capacidade das pessoas.

A delimitação das atividades econômicas em sentido amplo que devem ser efetivadas pelo Estado por meio da prestação de serviço público tem como parâmetro os critérios estabelecidos na Constituição Federal¹⁵⁰.

Mello (2009, p. 273) fixa o conceito de serviço público, reafirmando-o como dever do Estado cuja implementação é efetivada sob o regime jurídico público, assim:

¹⁴⁹ “É possível assentar que no sistema constitucional vigente em nosso país *não há um conceito jurídico de serviço público*. Entre enumerar as atividades que constituem serviço público e conceituá-lo genericamente, a sistemática constitucional vigente preferiu a primeira hipótese. A partir dessa constatação inicial, sou levado a discordar de teorias que pretendam conceituar de forma essencialista o serviço público no atual ordenamento constitucional brasileiro” (AGUILLAR, 2014, p. 340, grifo do autor).

¹⁵⁰ “O que importa considerar é a possibilidade de encontrarmos no bojo da Constituição Brasileira parâmetros conformadores da área, no interior do espaço das *atividades econômicas em sentido amplo*, definida como própria dos serviços públicos” (GRAU, 2012, p. 128, grifo do autor).

‘Serviço público’ é a atividade material que o Estado assume como pertinente a seus deveres em face da coletividade para satisfação de necessidades ou utilidades públicas singularmente fruíveis pelos administrados cujo desempenho entende que deva se efetuar sob a égide de um regime jurídico outorgado de prerrogativas capazes de assegurar a preponderância do interesse residente no serviço e de imposições necessárias para protegê-lo contra condutas comissivas ou omissivas de terceiros ou dele próprio gravosas a direitos ou interesses dos administrados em geral e dos usuários do serviço particular.

Trata-se de conceito eminentemente formal, cuja essência está centrada no reconhecimento do regime diferenciado – regime jurídico público – essencial para a concretização do dever estatal, representado no fornecimento do serviço público

Por sua vez, Justen Filho (2014, p. 725) enfatiza o elemento material que caracteriza e distingue a atividade econômica como serviço público, estabelecendo que:

Serviço público é a atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculada diretamente a um direito fundamental, insuscetível de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público.

Preliminarmente é conveniente destacar que o conceito de serviço público não é estanque¹⁵¹: altera-se conforme o momento, as circunstâncias naturais, históricas etc., pois, por exemplo, o elemento climático (peculiaridade natural) poderá influir no reconhecimento de uma atividade econômica como serviço público. Desse modo, o fornecimento de carvão, elemento essencial para manter a calefação das residências, pode ser adotado como serviço público em localidade que sofra a influência de clima inóspito em que o aquecimento é essencial à qualidade de vida.

Como observa Guimarães (2012, p. 96-97), a Constituição estabelece balizas para a delimitação da atividade a ser provida como serviço público, deste modo:

A despeito da inexistência de uma configuração precisa e expressa na Constituição acerca do conceito de serviço público, é inegável que de sua leitura sistemática não se pode desvincular essa atividade da realização de certos valores fundamentais. Admitindo, assim, a possibilidade de o legislador infraconstitucional criar o serviço público, sua esfera política de atuação estará limitada à conformidade com a afetação teleológica ao serviço público conferida pela Constituição.

E essa afetação teleológica do serviço público está submersa na densidade principiológica das normas constitucionais. Será descoberta por exercícios de hermenêutica a partir também da consideração da realidade material – e do que se tem por serviço relevante destinado à satisfação de necessidades coletivas num certo tempo e num certo lugar. Essa integração do texto constitucional à evolução da realidade fática dá lugar ao dinamismo que embala a interpretação constitucional.

¹⁵¹ “A nomenclatura (noção) adotada decorre da dificuldade, pelo menos neste momento expositivo ainda propedêutico, de um fenômeno tão multifacetado e dinâmico como os serviços públicos ser apreendido em um conceito, o que pressupõe uma delimitação factual em princípio atemporal e permanente. Já a ‘noção’ evolui de acordo com as contradições a ela inerentes, sendo mais adequada para tratarmos do tema sob uma perspectiva inicial necessariamente mais abrangente, impedindo o seu enclausuramento *a priori* em apenas uma concepção” (ARAGÃO, 2013, p. 73, grifo do autor).

O professor Grau (2012, p. 107) pondera, com a precisão que lhe é peculiar, sobre as vicissitudes da delimitação de certa atividade econômica como serviço público, pontuando:

A definição, pois, desta ou daquela parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é – permanecemos a raciocinar em termos de modelo ideal – decorrência da captação, no universo da realidade social, de elementos que informem adequadamente o estado, em um certo momento histórico, do confronto entre interesses do capital e do trabalho.

Não obstante as dificuldades que se antepõem ao discernimento da linha que traça os limites entre os dois campos, ele se impõem: intervenção é atuação na área da atividade econômica em sentido estrito; exploração é atuação econômica em sentido estrito e prestação de serviço público estão sujeitas a distintos regimes jurídicos (arts. 173 e 175 da Constituição de 1988).

O critério acima enunciado há de auxiliar o intérprete no exercício de identificação desta ou daquela parcela de atividade econômica (em sentido amplo) como modalidade de serviço ou de atividade econômica em sentido estrito. Essa identificação, contudo, não se pode dar plano dos modelos ideais, à margem da ordem jurídica. Assim, o que efetivamente há de ser determinante para tanto será o exame da Constituição, desde que o intérprete tenha compreendido que, em verdade, serviço público não é um conceito, mas uma noção, plena de historicidade.

Pozzo (2012, p. 115, grifo do autor), ao propor o conceito de serviço público à luz do princípio da Teoria do Solidarismo¹⁵², fundamentada nos baldrames da “ordem social”¹⁵³, apresenta importante reflexão sobre a noção de serviço público, reafirmando o escopo deste, de promover o bem-estar e a justiça social, ressaltando:

Da leitura dos aludidos dispositivos resta incontestemente que o constitucionalismo do Estado Social Brasileiro encareceu, tanto para o domínio econômico quanto para a ordem social, o pleno atendimento às diretivas preconizada pelo princípio do solidarismo, de forma a edificar uma sociedade que propicie condições favoráveis de vida para todos os seus partícipes, erradicando a pobreza e a marginalização e reduzindo as desigualdades sociais.

O serviço público, a despeito de se encontrar inserto em nossa Constituição na *ordem econômica*, afilia-se muito mais à *ordem social*, pois, apesar de ambos os domínios (econômico e social) almejarem a melhoria das condições de vida do cidadão, esse aspecto teleológico é alcançado de forma mais plena e direta pela prestação de serviços públicos.

A delimitação semântica do termo *serviço público* é essencial à precisa reflexão sobre o instituto e, em especial, à interpretação dos preceitos constitucionais, tendo em vista a diversidade de significados¹⁵⁴.

¹⁵² "Como asseverado no início do presente trabalho, perante a crise do modelo liberal, esculpiu-se uma nova forma de enxergar a relação indivíduo/sociedade. O individualismo jurídico, proveniente do Liberalismo clássico, revelava-se fonte de injustiças e desigualdades, rendendo ensejo ao aparecimento de ideários solidaristas, preconizadores da superioridade de valores sociais sobre ele" (POZZO, 2012, p. 113).

¹⁵³ "Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais".

¹⁵⁴ "Em um sentido amplo, a expressão continua sendo largamente utilizada, inclusive na Constituição, onde em poucas ocasiões ela aparece, causando uma certa dificuldade interpretativa. Em seu sentido estrito, a expressão encontra seu maior fundamento no art. 175 da Constituição Federal de 1988, que lhe dá as feições mínimas e que não podem ser confundidas com o outro sentido da expressão" (AGUILLAR, 2014, p. 331).

O termo é utilizado em sentido amplo, representando, de modo vulgar, toda atividade exercida pelo Estado¹⁵⁵, seja atividade legislativa, jurisdicional etc., como se verifica nos artigos 34, VII, “e”, 35, III e 198, todos da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Por sua vez, em sentido restrito, denota a atividade econômica (em sentido amplo) atribuída ao Estado, como se verifica no artigo 175 da Constituição Federal (BRASIL, 1988)¹⁵⁶.

6.3.1.1 A diferenciação entre serviço público e outros institutos de ação administrativa

É necessário fixar a diferenciação semântica de serviço público e das atividades afins, uma vez que o termo é utilizado tanto para significar de forma genérica a ação do Estado como para estabelecer a atividade administrativa exercida pelo agente estatal.

O serviço público não pode ser confundido com as demais atividades típicas exercidas pelos poderes da República, funções de Estado, desempenhas pelo Legislativo – elaboração de leis e demais veículos normativos típicos – e pelo Judiciário – atividade jurisdicional (Cf. GUIMARÃES, 2012, p. 87). Trata-se, na realidade, do exercício de atividade típica do poder executivo, cuja função é promover materialmente o atendimento das necessidades imprescindíveis para a vida em sociedade.

Com observa Guimarães (2012, p. 88) ao diferenciar a prestação de serviço público das demais atividade administrativas típicas:

É uma atividade administrativa de cunho técnico e prestacional dedicada a disponibilizar utilidades fruíveis pelos administrados. Distingue-se de outras atividades administrativas, por: 1) *não* possuir natureza *coercitiva* (como as funções públicas vocacionadas à ordenação); 2) traduzir-se numa ‘actuação administrativa de caráter positivo (não se limitando a Administração a regular, planejar, incentivar ou conservar)’; 3) não se confundir com a *atuação estatal no domínio econômico*, para cumprir os ‘imperativos de relevância nacional ou relevante interesse coletivo’.

É necessário pontuar que a função administrativa do Estado não pode ser confundida com a prestação de serviço público¹⁵⁷, já que este figura como uma parcela da ação do Estado,

¹⁵⁵ Di Pietro (2010, p. 98, grifo do autor), ao dissertar sobre serviços público em sentido amplo, pontua: “Leon Duguit, por exemplo acompanhado de perto por Roger Bonnard, considerava o serviço público **atividade** ou **organização**, em sentido amplo, abrangendo todas as funções do Estado; ele chegou ao poder de pretender substituir a noção de **soberania** pela de serviço público, dizendo que o Estado é uma cooperação de serviços públicos organizados e fiscalizados pelos governantes. Para ele, em torno da noção de serviço público gravita todo o direito público”.

¹⁵⁶ “Restritos são os conceitos que confinam o serviço público entre as atividades exercidas pela **Administração Pública**, com exclusão das funções legislativas e jurisdicional; e, além disso, o consideram como **uma** das atividades administrativas, perfeitamente distinta do poder de polícia do Estado” (DI PIETRO, 2010, p. 99, grifo do autor).

¹⁵⁷ “Duguit estabelece um conceito amplíssimo de serviço público reconhecendo como serviço público todas atividades estatais, colocando as atividades jurisdicional, legislativa e administrativa em pé de igualdade, reconhecendo, pois, que o Estado é um conjunto de serviços públicos” (Cf. ARAGÃO, 2013, p. 82).

cujo objetivo é o atendimento de necessidades coletivas relacionadas ao atendimento de direitos fundamentais. Ademais, não se pode confundir essa função com as demais exercidas pelo Estado, tais como poder de polícia, fomento e obra pública.

A obra pública é a construção, reparação, edificação ou ampliação de um bem imóvel público, é produto estático da ação humana fruível diretamente, cuja execução independe de prévio serviço público (Cf. MELLO, 2010, p. 682). O serviço público, por sua vez, é a prestação a ser apropriada pelo usuário, ação dinâmica, que assegura uma benesse ligada à satisfação de necessidades vitais (Cf. BARATIERI, 2014, p. 81).

O poder de polícia, manifestação da função administrativa do Estado, tem como escopo condicionar, regulamentar ou liminar o exercício da liberdade e propriedade dos administrados, buscando ajustar o exercício ao atendimento do bem-estar social, de forma que “[...] a Administração fica incumbida de desenvolver certas atividades destinadas a assegurar que a atuação dos particulares se mantenha consoante com as exigências legais, o que pressupõe a prática de atos, ora preventivos, ora fiscalizadores e ora repressivos” (MELLO, 2010, p. 683).

O fomento¹⁵⁸ diferencia-se do serviço público em razão da natureza da obrigação assumida pelo Estado: enquanto neste a obrigação é de fazer, com o objetivo de oferecer comodidades e utilidades aos administrados, naquele a obrigação é de dar, porquanto o Estado, buscando o desenvolvimento econômico de determinado setor, incentiva os agentes privados de determinado setor, por meio de sanções premiaias (Cf. BARATIERI, 2014, p. 82).

A atividade econômica em sentido estrito, manifestação típica da esfera privada, não pode ser confundida com serviço público, função típica do estado – esfera pública –, cujo escopo é a promoção de comodidade e utilidade material necessária ao atendimento de direito fundamental. Tendo em vista a relevância da matéria para o presente estudo, o tema será abordado em seção apartada.

6.3.2 Distinção entre atividade econômica em sentido estrito e serviço público: reflexão sobre a atividade administrativa de prestação do serviço público

Seguindo o conceito apresentado, as peculiaridades que diferenciam serviço público da atividade econômica em sentido estrito podem ser resumidas em três: a) prestação de bens materiais ou imateriais vinculados à promoção de direito fundamental; b) impossibilidade de

¹⁵⁸ Ver seção 5.2.2.

promoção adequada por meio dos mecanismos de mercado; c) executados por regime de direito público. É certo que as demais características da atividade econômica qualificada como serviço público serão abordadas *en passant* no desenvolvimento da presente seção.

A prestação do serviço público tem como finalidade precípua implementar de modo direto e imediato os direitos fundamentais, manifestações que expressam a dignidade da pessoa humana (artigo 1^o, inciso III da Constituição Federal). Há vínculo direto e indissociável entre a atividade econômica qualificada como serviço público e a satisfação de uma necessidade humana relacionada à satisfação de um direito fundamental de primeira (liberdade), segunda (igualdade – direitos sociais) ou terceira (solidariedade – transindividuais) dimensões. Segundo Moncada (2012, p. 115, grifo do autor):

A prestação do *serviço público* é uma obrigação estatal caracterizadora da CE brasileira. Por Estado entende-se *União, Estados, Distrito Federal e Municípios*. O *serviço público* distingue-se claramente da *atividade econômica* estadual, pois visa satisfazer necessidades gerais sem o objetivo do lucro, sendo indispensável à coesão econômica e social. Ao serviço público corresponde um direito subjetivo do cidadão, seu beneficiário, tal como no direito europeu. A CE brasileira aposta assim no serviço público como critério da consolidação do Estado Social.

Justen Filho (2014, p. 729), ao dissertar sobre a vinculação da promoção de direitos fundamentais e a prestação de serviços públicos, averba:

Todas as atividades estatais, mesmo as não administrativas, são um meio de promoção dos direitos fundamentais. Mas o serviço público é o desenvolvimento de atividades de fornecimento de utilidades necessárias, de modo direto e imediato, à satisfação dos direitos fundamentais. Isso significa que o serviço público é o meio de assegurar a existência digna do ser humano. É o serviço de atendimento a necessidades fundamentais e essenciais para a sobrevivência material e psicológica do indivíduo.

A prestação de serviço público é atividade estatal que tem como escopo o fornecimento de bem materiais e imateriais necessários para assegurar condições mínimas para todos viverem dignamente. Trata-se da atividade pela qual se fornecem as utilidades necessárias para que todos possam se desenvolver e viver em sociedade de forma digna¹⁵⁹.

¹⁵⁹ "O que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferimos), muito embora repisar – nem todos os direitos fundamentais (pelos menos não no que diz com os direitos expressamente positivados na Constituição Federal de 1988) tenham um fundamento na dignidade humana. Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade, o que nos remete à controvérsia em torno da afirmação de que ter dignidade equivale apenas a ter direitos (e/ou ser sujeito de direitos), pois mesmo em se admitindo que onde houver direitos fundamentais há dignidade, a relação primária entre dignidade e direitos, pelo menos de acordo com o que sustenta parte da doutrina, consiste no fato de que as pessoas são titulares de direitos humanos na função de sua inerente dignidade" (SARLET, 2010, p. 97).

A segunda característica que marca a diferença entre a atividade qualificada como serviço público e aquela tipificada como econômica em sentido estrito diz respeito à impossibilidade de satisfação da necessidade por meio dos mecanismos de mercado.

Na Constituição Federal de 1988, a regra é a efetivação das necessidades pela iniciativa privada, nos termos do disposto no artigo 170 (BRASIL, 1988), cuja livre-iniciativa, fundamento da ordem econômica, e a livre concorrência, princípio da ordem econômica, devem pautar a atuação do Estado na economia. Considerando a atividade administrativa de prestação de serviço público como forma de ação econômica¹⁶⁰, sua efetivação somente poderá ser realizada quando os agentes econômicos privados, cuja atuação se pauta pela liberdade de iniciativa e de concorrência, forem falhos em promover a implementação dos direitos fundamentais.

É importante esclarecer que o professor Marçal Justen Filho tem conceito de intervenção do Estado no domínio econômico diversa do estabelecido por Eros Roberto Grau e adotado como premissa do presente estudo, porquanto reconhece como intervenção toda ação do Estado na ordem econômica, mundo do ser, incluindo a prestação do serviço público. Por sua vez, como já destacado no trabalho, intervenção para o professor Eros Roberto Grau tem significado próprio, atuação do Estado em setor atípico, no caso no setor privado.

Considerando que a iniciativa privada pode evoluir e passar a prover de modo satisfatório a necessidade vital a todos, é possível que dada atividade qualificada como serviço público em determinada sociedade ou em determinado período histórico pode deixar de assim ser atribuída (CF. JUSTEN FILHO, 2014, p. 730). Arremata Justen Filho (2012, p. 730) estabelecendo que “[...] o elenco de serviços públicos em uma sociedade economicamente desenvolvida tende a ser muito mais reduzido do que se passa em países com sistema econômico deficiente”.

É necessário advertir que o progresso econômico, por si só, não representa desenvolvimento de uma sociedade, porquanto é necessário promover a reversão das externalidades positivas auferidas com o progresso econômico em benefício de todos,

¹⁶⁰ "A prestação do serviço público pressupõe a utilização de recursos limitados para a satisfação de necessidades entre si excludentes. Isso envolve a utilização de recursos econômicos escassos, produzindo uma escolha de sua alocação entre diversas alternativas possíveis e visando a obter o resultado mais eficiente e satisfatório possível. Logo, o serviço público corresponde a uma atividade econômica em acepção ampla. No entanto, o serviço público é uma atividade econômica (em sentido amplo) atribuída juridicamente à titularidade do Estado. Logo, configuram-se como uma intervenção direta do Estado no domínio econômico. Sempre que uma certa atividade é qualificada como serviço público, existe uma intervenção estatal na ordem econômica" (JUSTEN FILHO, 2014, p. 733).

assegurando a promoção dos direitos fundamentais, consolidando a dignidade da pessoa humana¹⁶¹.

Terceiro, o regime jurídico aplicável à prestação de serviço público é o regime de privilégio, regime jurídico de direito público, assegurado para atuação exclusiva estatal destinada à promoção de serviço público, conferindo vantagens que não são conferidas aos particulares. O regime de direito público, como as garantias que lhe são inerentes, é meio necessário à consecução da finalidade do serviço público que se caracteriza como a promoção dos direitos fundamentais.

Nesse ponto é necessário rememorar que assegurar benefícios a determinado agente econômico gera desequilíbrio no mercado que poderá influenciar a liberdade de concorrência e prejudicar a livre-iniciativa. Entretanto, quando se pondera sobre a prestação de serviço público, não há desigualdade prejudicial, porquanto o fornecimento do bem ou serviço dar-se-á de modo exclusivo e direto ou por agente ao qual foi delegada a prestação do serviço. Assim sendo, a concorrência não é elemento necessário para a manutenção do sistema que se fundamenta em premissas diversas da lógica de oferta e demanda, típica do mercado livre.

O regime de direito público não qualifica, por si só, dada atividade como serviço público; o que a caracteriza como tal é a natureza da atividade realizada, a qual é voltada a satisfazer direitos fundamentais, desse modo, “[...] a essencialidade da prestação das atividades econômicas acolhidas pelo serviço público é o critério que impõe o regime aplicável como de direito público” (OLIVEIRA, 2014a, p. 341).

Atribuir o regime público à prestação de determinado serviço não impõe que este seja prestado diretamente pelo Estado; a este é atribuída a titularidade sendo facultado conferir ao particular, por meio de concessão ou permissão, a execução do serviço. Acrescenta Guimarães (2012, p. 80):

O que se quer evidenciar é que, se a alusão ao regime de direito público teve grande prestígio no passado para identificar o serviço público, quando havia utilidade de um tratamento comum e abrangente, que se denominou de regime de direito público, presente a alusão não apresenta a mesma relevância, quando o tratamento jurídico dessas atividades diversificou-se em muitos aspectos, produzindo uma pluralidade de regimes jurídicos.

O Estado, na prestação de serviço público, efetiva uma função administrativa típica, cujo escopo é atender ao interesse social, implementar os direitos fundamentais sociais,

¹⁶¹ Segundo Balera e Sayeg (2011, p. 177): “[...] desenvolvidos são os países que todo o povo está inserido na evolução política, econômica, social e cultural, conquistando acesso a níveis de vida que atendam, pelo menos, ao mínimo vital, e em que haja respeito à humanidade e ao planeta”.

visando a promover o desenvolvimento e a interdependência social de todos, de modo a assegurar a plena liberdade. Nesse sentido é a ponderação de Grau (2012, p. 126):

Serviço público, diremos, é atividade indispensável à consecução da coesão social. Mais: o que determina a caracterização de determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é a sua vinculação ao interesse social.

Daí por que diremos que, ao exercer atividade econômica em sentido amplo em função de imperativo da segurança nacional ou para atender a relevante interesse coletivo, o Estado desenvolve atividade econômica em sentido estrito; de outra banda, ao exercê-la para prestar acatamento ao interesse social, o Estado desenvolve serviço público.

Para o professor Grau (2012, p. 124), partindo da divisão capital – atividade econômica – e trabalho – serviço público –, o estabelecimento de uma atividade econômica como serviço público pressupõe a fixação pela constituição da preservação do interesse do trabalho:

Daí a verificação de que a mera atribuição de determinada competência à prestação de serviços ao Estado não é suficiente para definir essa prestação como serviço público. Cumpre verificar, sempre, quando isso ocorra, se a atribuição constitucional do exercício de determinada competência ao Estado atende a imposição dos interesses do trabalho, no seu confronto com os interesses do capital, ou se, pelo contrário, outras razões determinaram a atribuição desse exercício pelo Estado.

Para o eminente professor, o interesse social que justifica atribuir determinada atividade econômica em sentido amplo como serviço público é aquele que visa a assegurar os interesses do trabalho, cuja aspiração é garantir ao Estado promover atividade necessária à promoção do desenvolvimento digno de todos. Portanto, “*Serviço público*, diremos, é atividade indispensável à consecução da coesão social. Mais: o que determina a caracterização de determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como *serviço público* é a sua vinculação ao *interesse social*” (GRAU, 2012, p. 126, grifo do autor).

É importante que a prestação de atividade econômica visando à satisfação de interesse coletivo – direito fundamental – qualifique-a como serviço público, por outro lado, a prestação de atividade econômica em sentido amplo em razão de imperativo de segurança nacional ou interesse coletivo justifica a prestação da atividade econômica em sentido estrito pelo Estado, conforme o regime jurídico estabelecido no artigo 173 da Constituição Federal.

O professor Grau (Cf. 2012, p. 129-130) critica a possibilidade da fixação do conceito essencial de serviço público, estabelecendo que, sedimentado em um paradigma filosófico da consciência, não é possível o estabelecimento da essência de um determinado instituto, restando a fixação de noções que fundamentam a construção de um conceito. Portanto, o conceito de serviço público na visão de Grau (2012, p. 131) tem que ser construído a partir das ideias de coesão e de interdependência social:

Dela nos aproximamos, inicialmente diremos que assume o caráter de serviço público qualquer atividade cuja consecução se torne indispensável à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) – ou, em outros termos, qualquer atividade que consubstancie serviço existencial relativamente à sociedade (Cirne Lima). [...]

Pois bem: a identificação dos casos nos quais a realização e o desenvolvimento da coesão e da interdependência social reclamam a prestação de determinada atividade pelo Estado (= casos nos quais essa atividade assume caráter existencial em relação à sociedade) é conformada pela Constituição.

Esta, como observei linhas acima, além de permitir a identificação de novas áreas de serviços públicos, indica decisivamente a intensidade a ser adotada na prestação das atividades que o caracterizam.

Note-se bem que essa função, de conformação da própria noção de serviço público, é cumprida pela Constituição como um todo. Desejo dizer, com isso, que o seu intérprete não se deve deter exclusivamente na análise das diretrizes, programas e fins que ela enuncia, a serem realizados pelo Estado e pela sociedade; mas, ao contrário, interpretá-la no seu todo. Repito, também aqui, afirmação que reiteradamente venho fazendo: não se interpretar a Constituição em tiras, aos pedaços.

Arremata o autor (2012, p. 131-132) apresentando a noção de serviço público, ressaltando a variante histórica e o escopo da atividade administrativa, cuja finalidade é o desenvolvimento da coesão e da interdependência social:

Serviços públicos, assim, na noção que dele podermos enunciar, é a atividade explícita ou supostamente definida pela constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) – ou, em outros termos, atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (Cirne Lima).

Os conceitos/noções de serviço público apresentados pelos eminentes doutrinadores citados aproximam-se, de forma que o viés histórico e o escopo social da atividade econômica em sentido amplo prestada pelo Estado, representado na implementação dos direitos fundamentais, são eixos de sustentação da concepção de serviço público propostas pelos estudiosos.

6.3.3 A delimitação constitucional dos serviços públicos: a posição do Estado como provedor dos direitos fundamentais

Algumas hipóteses de serviços públicos estão fixadas expressamente na Constituição Federal quando da atribuição de competência, como se verifica no artigo 21, inciso X¹⁶², XI e XII. Entretanto, é necessário, para o reconhecimento de sua qualidade, que a referida atividade pretenda “[...] a satisfação imediata de direitos fundamentais, quando os

¹⁶² Destaca-se que o Supremo Tribunal Federal, analisando a ADPF 46, definiu a atividade de serviço postal como serviço público.

mecanismos de direito privado inerentes ao regime de mercado não forem suficientes para assegurar os resultados adequados” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 737).

A Constituição Federal fixa hipóteses obrigatórias de promoção de serviço público, estabelece aquelas cuja atribuição é tipicamente privada¹⁶³ e faculta à lei infraconstitucional, atendidos os preceitos da ordem econômica (Título VII da Constituição Federal), em especial os princípios disciplinados no artigo 170 da Constituição Federal, os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil (art. 1º e 3º da Constituição Federal) e os demais preceitos constitucionais pertinentes, estabelecer as demais atividades econômicas qualificadas como serviço público, cujo escopo será a promoção direta e imediata de direitos fundamentais que não podem ser providos de modo eficaz pelos mecanismo de mercado¹⁶⁴.

Como pondera Grau (2012, p. 127, grifo do autor):

A Constituição do Brasil de 1988 projeta um Estado desenvolve e forte, o qual necessário seja para que os fundamentos afirmados no seu art. 1º e os objetivos definidos no seu art. 3º venham a ser plenamente realizados, garantindo-se tenha por fim, a ordem econômica, assegurar a todos existência digna.

Daí por que a promoção da coesão social pelo Estado assume enorme relevância no Brasil, a ele incumbindo a responsabilidade pela provisão, à sociedade, como *serviço público*, de todas as parcelas da *atividade econômica em sentido amplo* que sejam tidas como indispensáveis à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social.

A atividade econômica não é qualificada como serviço público por opção do legislador; como pondera Grau (2012, p. 132) a atividade “[...] fica sujeita a um determinado regime jurídico porque é serviço público e não o inverso, lembre-se – a violação da norma constitucional resultaria, na hipótese, flagrante”.

Com efeito, é necessário destacar que as atividades atribuídas como serviço público por determinado Estado em determinado período refletem a posição política e concretizam *in totum* os fins almejados, de modo que os serviços públicos prestados em um Estado de conotação liberal são diversos dos providos pelo Estado de viés social, que vise à construção de um modelo de sociedade destinado à implementação efetiva dos Direitos Humanos. A reflexão apresentada por Guimarães (2012, p. 98) ao analisar o serviço público merece destaque:

¹⁶³ "Excluídos dois campos – aquilo que é obrigatoriamente serviço público e aquilo que não pode ser serviço público –, existe a possibilidade de o legislador infraconstitucional determinar outras atividades como tais, respeitados os princípios constitucionais" (JUSTEN FILHO, 2014, p. 738).

¹⁶⁴ "É claro, como já se apontou, que não há plena liberdade nessa determinação. A liberdade é até mesmo inexistente em muitos casos. Há determinantes constitucionais materiais, que tornam obrigatória ou a instituição do serviço público ou a abstenção do legislador em instituí-lo. O desrespeito dessas determinantes configura hipóteses de inconstitucionalidade. Além disso, no campo dos direitos mínimos, o direito à prestação pode ser reconhecido independentemente da atuação (ou omissão) do legislador" (PEREIRA, 2014, p. 256).

Falar em serviço público pressupõe a descoberta de escolhas políticas da sociedade, as quais se relacionam, estreitamente, com o perfil (político e econômico) evolutivo do Estado. Logo, o serviço público é uma noção propositadamente vaga e receptora de influxos políticos nascidos de concepções vigentes na sociedade, cuja tradução fica a encargo do legislador.

Mas isso não significa que a noção de serviço público no direito brasileiro seja desprovida de notas constitucionais. A Constituição afetou o serviço público à realização de valores fundamentais e relevantes da sociedade. Essa ligação entre o serviço público e conveniências essenciais ou básicas da sociedade impõem-se como limite à sua configuração legislativa, autorizando-se a interferência de que, se nem toda atividade dedicada à realização de valores relevantes e fundamentais prezados pela sociedade deva ser qualificada ou defendida como serviço público, certo é que todo serviço público há de traduzir essa vocação.

É importante destacar que o autor estabelece que “[...] a vinculação do serviço a valores relevantes da sociedade não é fator que singulariza o serviço público, distinguindo-o de outras atividades econômicas. Consiste apenas num traço imprescindível de sua configuração, a ser observado pelo legislador infraconstitucional” (GUIMARÃES, 2012, p. 99), ressaltando como fator determinante da fixação de determinada atividade como serviço público “[...] a tutela ordenatória quanto ao aproveitamento de materiais finitos, assim como relativamente ao controle de utilização de materiais perigosos” (GUIMARÃES, 2012, p. 100-101). Arremata o autor estabelecendo que “[...] o serviço público será a atividade econômica que, pela vinculação ao atendimento de valores prezados pela sociedade, e pelo interesse do Estado em manter a reserva de sua prestação, excluindo-a do livre mercado, será assim definida pelo legislador” (GUIMARÃES, 2012, p. 101)

A noção de serviço público proposto não infirma as noções/conceitos alvitradas e abordadas na seção anterior do presente estudo, porquanto os “[...] valores prezados pela sociedade” coincidem com os direitos fundamentais, cuja implementação dar-se-á por meio dos serviços públicos providos pelo Estado, pois, como dispõe Torres (1989, p. 39), “[...] os direitos fundamentais, em suma, são garantidos pelos serviços públicos e por isso mesmo lhes constituem o fundamento”.

Por fim, é importante refletir que o reconhecimento de uma atividade como essencial à promoção de direito fundamental estabelece a vinculação do Estado para sua efetivação. Entretanto, não se impõe esse dever de promoção quando possível a coexistência da satisfação do interesse por meio da atuação eficaz do mercado, quando o fornecimento pelos mecanismos privados é suficiente para a satisfação dos direitos fundamentais (Cf. JUSTEN FILHO, 2014, p. 738)

A delimitação de determinada atividade econômica como serviço público perpassa pela adequação constitucional da atividade à finalidade e aos fins a que o Estado está comprometido a preservar e implementar em benefício dos cidadãos. Na qualificação como

serviço público, portanto, não se poderá deixar de verificar, de forma integral, os valores cujo Estado deve implementar.

6.3.4 Noção de serviço público à luz da Constituição de 1988

Precisar o significado do termo *serviço público* demanda, em primeiro lugar, ponderar a impossibilidade de delimitação estanque, fixando conceito transcendental que represente a essência do termo (Cf. GRAU, 2003, p. 264), pois reflete uma realidade temporal, espacial e cultural em que inserida. Desse modo, o presente estudo tem por objetivo estabelecer uma noção¹⁶⁵ de serviço público, desenvolvido com fundamento na realidade da Constituição de 1988 e fruto da realidade temporal, espacial e cultural.

A proposta é estabelecer noção de serviço público aplicável à realidade hodierna brasileira, desenvolvida com espeque na Constituição Federal de 1988 e nos demais instrumentos normativos aplicáveis, que representem o influxo dos interesses de todos. Como destaca Oliveira (2014a, p. 339):

A Constituição não fornece (nem a lei) um conceito acabado de serviço público. Por conseguinte, a sua identificação ontológica deflui de uma ordenação histórica e nacional por excelência. É compatível como direito brasileiro exprimi-lo como dever do Estado, na forma de prestação administrativa irrecusável, direta ou indireta, de satisfazer necessidades coletivas cujo suprimento, em escala universalmente desejável e compatível com o princípio da solidariedade, pode não ser atingido pela espontaneidade do mercado.

Aragão (2013, p. 127), à luz da Constituição de 1988, propõe noção de serviço público abordando que:

[...] os serviços públicos, atividades econômicas *lato sensu*, que não têm insita em si a integração à esfera pública ou privada, ou seja, são atividade que, ontologicamente, poderiam pertencer a uma ou outra esfera, mas que o Constituinte ou o Legislador, em função de uma avaliação do interesse da coletividade em determinado momento histórico, entendeu que o Estado deveria, para cumprir as funções constitucionais de proteção dos liames sociais, tomar a atividade como sua.

O serviço público apresenta conotação instrumental porquanto figura como meio necessário e imprescindível para que o Estado concretize no plano do ser os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, plano do dever-ser.

A implementação dos direitos fundamentais reconhecidos, de forma extensiva, na Constituição Federal de 1988, é dever atribuído ao Estado, tendo em vista a aplicabilidade

¹⁶⁵ “A partir daí parece-me, hoje, que a questão da *indeterminação* dos *conceitos* se resolve na *historicidade* das *noções* – lá onde a doutrina brasileira erroneamente pensa que há *conceitos indeterminados* há, na verdade, *noção*. E a *noção* jurídica deve ser definida como *idéia* que *se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas* (Sartre)” (GRAU, 2003, p. 265).

imediate dos direitos fundamentais – artigo 5º, § 2º da Constituição Federal, que assegura um direito subjetivo público em face do Estado, desse modo:

[...] o direito subjetivo público emerge do *direito fundamental a ser satisfeito pelo serviço público criado pelo ordenamento jurídico*. Vale dizer, é da relação jurídica decorrente do direito fundamental que advém o direito subjetivo público e não da relação jurídica decorrente da prestação de um serviço público (este é instrumental àquela) (SCHIRATO, 2012, p. 116, grifo do autor).

A atuação do Estado na promoção do serviço público não é uma faculdade: é uma obrigação de cunho constitucional¹⁶⁶. Por consequência, é dever estatal implementar de forma efetiva os direitos fundamentais, destarte, no caso dos direitos que demandam ação positiva – direitos prestacionais –, o Estado, direta ou por meio de delegação, deve assegurar o fornecimento de bens e serviços necessários para suprir as necessidades essenciais ao desenvolvimento da coesão social e da interdependência social, cuja finalidade última é assegurar a todos vida digna.

Oliveira ressalta (2014a, p. 341):

Logo, o serviço público coliga-se ao dever de o Estado oferecer e manter disponível o serviço apto a satisfazer determinado direito fundamental. Por esse ângulo, a livre-iniciativa e a livre concorrência podem revelar-se insuficientes para atingir esse objetivo. Quer dizer, há o dever positivo de conduta pelo Estado, que não poderá omitir-se de prestar o serviço sob a suposição de que certo direito fundamental será melhor ou integralmente satisfeito por meio da aplicação das regras mercadológicas.

Como pondera Moncada (2012, p. 113), “[...] ao prestar serviços públicos, o Estado não faz mais do que a sua obrigação, não intervindo na economia, e prossegue apenas as suas competências normais no quadro de um CE acentuadamente social como a brasileira”. A reflexão do autor lusitano está no mesmo sentido do proposto por Eros Roberto Grau ao fixar conceito de intervenção de modo limitado.

A noção de serviço público, na realidade da Constituição Federal de 1988, considerando a realidade social, econômica e cultural, deve assegurar a todos a satisfação das necessidades essenciais vinculadas a direitos fundamentais (primeira, segunda e terceira gerações), cujo objetivo é afirmar a coesão e interdependência social a fim de garantir a todos o pleno desenvolvimento das capacidades, que traduz, no plano do ser, a materialização da dignidade da pessoa humana.

¹⁶⁶ “A realização daqueles direitos [direitos fundamentais de conteúdo econômico e social] depende pois da acumulação dos recursos da sociedade num momento concreto – recursos esses que são por definição escassos. O Estado é obrigado a uma actuação de zelo, de eficiência e de acordo com os recursos materiais disponíveis é obrigado a pôr em campo as medidas e instrumentos que os realizem. A estes direitos, verdadeiros direitos subjectivos dos cidadãos, contrapõem-se pois obrigações de meio. Trata-se de direitos ‘sob reserva do possível’ cuja exequibilidade dependerá em cada caso da quantidade de bens ao dispor do legislador ordinário e que este possa afectar à realização daqueles direitos” (MONCADA, 1988, p. 165).

É essencial ponderar que a prestação de serviço público é atividade econômica, em sentido lato, promovida pelo Estado, no entanto, não pode ser confundida como forma de intervenção na economia¹⁶⁷, nem com outras formas de ação estatal (obra pública, fomento etc.). Trata-se de uma das formas de ação administrativa cujo escopo é disciplinar a distribuição de bens escassos necessários para promover, por meio de ação material ou imaterial, essencial à implementação efetiva dos direitos fundamentais assegurados constitucionalmente.

A função instrumental do serviço público tem por objetivo promover, em especial, os direitos de segunda geração, os quais impõem dever de agir do Estado, cujo escopo fundamental é assegurar a igualdade material, essencial ao pleno desenvolvimento de todos, cuja finalidade é concretizar os direitos fundamentais sociais estabelecidos no artigo 6º da Constituição Federal (BRASIL, 1988): “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

E, por fim, é necessário esclarecer que, apesar da relação intrínseca entre direitos sociais (direitos prestacionais) e serviços públicos, a concretização destes visa, em última análise, a assegurar igualmente a promoção dos direitos de primeira geração, ligadas à liberdade, pois não há liberdade sem garantir um mínimo essencial que assegure a capacidade plena de escolha para os indivíduos poderem aderir ao projeto de vida desejado, sem que os entraves econômicos, políticos, culturais etc. condicionem sua opção. Desse modo, é importante destacar que “[...] não apenas os direitos sociais e econômicos (direitos fundamentais de segunda geração) seriam realizados por meio da prestação desses serviços, mas também os direitos fundamentais de liberdade (direitos fundamentais de primeira geração) seriam concretizados por eles” (SCHIRATO, 2012, p. 101).

6.3.5 Serviço público x atividade econômica x serviço de interesse público: uma reflexão sobre o conceito de serviço público à luz da realidade hodierna

O serviço de interesse público é uma modalidade de atividade econômica intermediária entre o serviço público e a atividade econômica. São atividades que apresentam

¹⁶⁷ Ver seção 6.1.

características relacionadas, cujo regime jurídico é híbrido (Cf. JUSTEN FILHO, 2014, p. 691).

Essas atividades, em regra, eram prestadas por meio de serviço público, no entanto, com a despublicização da prestação dos serviços¹⁶⁸, motivada pela onda de privatizações da década de 1990, tais atividades passaram a ser promovidas por entes privados, submetidos a forte regulação da atividade.

A característica típica dessas atividades é a forte presença regulatória do Estado, não obstante aplicável o regime jurídico privado. Nesse sentido, o Estado impõe limites rígidos à atuação autônoma dos agentes econômicos, impondo deveres e restrições, com vista a assegurar um padrão mínimo na prestação da atividade.

As atividades econômicas em sentido lato, passíveis de oferta por meio desse regime, são limitadas, pois somente aquelas que possam ser providas pelos mecanismos de mercado sem possibilidade de comprometimento de direito fundamental poderão ser assim exercidas (Cf. JUSTEN FILHO, 2014, p. 292). Caso contrário, se o exercício em regime de livre mercado tem potencial para provocar violação, comissiva ou omissiva, de direito fundamental, resta inviabilizada sua utilização. Justen Filho (2014, p. 692, grifo do autor) apresenta elucidativo exemplo que demonstra, com nitidez, a diferenciação entre as formas de o Estado prestar a atividade econômica em sentido amplo:

O exemplo mais evidente envolve os serviços de telefonia. A Constituição impõe a existência de serviços públicos de telefonia, mas isso não significa que toda a atividade de telefonia deva ser desenvolvida como serviço público. Em termos práticos, existe a telefonia móvel celular, que é desenvolvida como atividade econômica (ainda que qualificada formalmente como *serviço público sob regime de direito privado*). Ademais disso, há a telefonia fixa, que é parcialmente explorada concomitante como atividade econômica por parte da livre iniciativa.

A Constituição Federal de 1988 consagra uma situação peculiar verificada no caso da promoção de assistência à saúde, previdência social, assistência social e educação assegurando a concorrência entre o serviço público e a atividade econômica privada¹⁶⁹, estabelecendo que o Estado promoverá tais necessidades (saúde, previdência, assistência e educação) por meio de serviço público, contudo, faculta à iniciativa privada empreender visando à satisfação desses interesses, em concomitância com o Estado (Cf. JUSTEN FILHO, 2014, p. 692).

¹⁶⁸ “Com o passar do tempo, alguns serviços foram despublicizados, passando-se a aludir a *serviços públicos sob regime de direito privado* – expressão que, rigorosamente, é uma contradição em termos. Um exemplo é a telefonia móvel celular.

Esse conjunto de atividades tem sido referido por meio da expressão *serviço de interesse econômico geral* por influência da disciplina comunitária. Anote-se que a terminologia pode ser utilizada, mas com a cutela de evitar a eliminação do conceito de serviço público” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 692. grifo do autor).

¹⁶⁹ Conforme arts. 197, 202 e 209 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

A possibilidade da prestação de atividade essencial à promoção de determinado direito fundamental de forma concorrente entre o Estado, por meio de serviços público e a iniciativa privada, exercendo atividade econômica em sentido estrito, é expressamente assegurada pela Constituição, garantindo, assim, vasta rede de provedores habilitados para a satisfação desses interesses (direitos fundamentais) da forma mais ampla possível.

Partindo do conceito de serviço público e qualificando como serviço público a atividade econômica de prestação de utilidade essencial à promoção de direito fundamental, cuja promoção efetiva não é satisfatoriamente atendida pelos mecanismos de mercado, é essencial ponderar se as atividades econômicas para as quais a Constituição Federal assegurada a concorrência (Estado x mercado), são tipicamente serviços públicos, quando desenvolvidas pelo ente estatal.

Sem a pretensão de esgotar o fascinante tema, tendo em vista o objeto e a limitação do estudo, ousaria estabelecer que assegurar a concorrência com a iniciativa privada para a promoção de atividade econômica essencial à promoção de direitos fundamentais, tal como ocorre na promoção da saúde, previdência, assistência e educação, não afasta a conotação de serviço público da atividade desempenhada pelo Estado, porquanto tem como escopo fundamental a satisfação de interesses essenciais à promoção da coesão e interdependência social, cuja ação do estatal, mesmo que parcial, se faz necessária para a satisfação plena dos interesses para todos.

Ademais, como já pontuado, promover os direitos fundamentais de primeira (liberdade), segunda (igualdade) e terceira (fraternidade) gerações é o escopo e dever do Estado, portanto, assegurar à iniciativa privada, por meio dos mecanismos de mercado, a promoção de determinadas necessidades vitais não elide o dever essencial do Estado de promover os direitos fundamentais, cujo serviço público é mecanismo de implementação – instrumento. Isso porque, enquanto houver direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente que exijam a intervenção positiva do Estado para sua implementação, existirá serviço público (Cf. SCHIRATO, 2012, p. 136).

6.4 O papel instrumental dos serviços públicos na implementação dos direitos fundamentais sociais: uma reflexão à luz dos objetivos e fundamentos da República Federativa do Brasil

Atribuir uma atividade como serviço público ou atividade econômica em sentido estrito é decisão que reflete a opção constitucional do Estado pelo modo de produção, bem

com a alternativa política que se manifestar pela liberdade irrestrita ou pela intervenção estatal destinada à promoção dos direitos fundamentais¹⁷⁰. Nesse sentido, Justen Filho (2014, p. 733) argumenta:

Discutir serviço público conduz a enfrentar questões políticas e jurídicas essenciais. Trata-se de definir a função do Estado, seus limites de atuação e o âmbito reservado à livre iniciativa dos particulares. Essa é uma questão histórica, e cada Estado desenvolve um modelo peculiar. O elenco de serviços públicos reflete determinada concepção política. A Constituição de cada país identifica a disciplina adotada para o serviço público e a atividade econômica.

A República Federativa do Brasil cujos fundamentos são delineados no artigo 1º da Constituição Federal e os objetivos são traçados no artigo 3º da Constituição Federal estabelece como finalidade para o Estado a implementação dos direitos fundamentais, representações do fundamento da dignidade da pessoa humana (inciso III, do artigo 1º da Constituição Federal).

Não há como negar a opção assumida pelo Estado brasileiro de implementar os direitos fundamentais, concebendo o serviço público como instrumento essencial para assegurar a todos, de forma igualitária, as condições mínimas necessárias a uma existência digna, de modo a evitar a exploração do homem pelo capital ou do homem pelo homem.

Portanto, a eleição de valores e finalidades adotadas pela República Federativa do Brasil na Constituição de 1988 tem reflexos significativos na posição do Estado na ordem econômica, uma vez que o reconhecimento de extenso rol de direitos fundamentais, seja na Constituição de 1988 ou em outros veículos normativos internacionais, impõe ao Estado o dever de agir visando à efetiva implementação dos direitos fundamentais, em especial, dos direitos de cunho social¹⁷¹.

O estabelecimento de um Estado Democrático de Direito, com aspiração à construção de uma sociedade cujo escopo é assegurar o bem-estar social destinado a garantir o exercício

¹⁷⁰ “A criação e a organização de um serviço público são instrumentos para a realização dos valores constitucionais e refletem escolhas políticas, formuladas pelos órgãos detentores da competência para manifestar a vontade democrática, de acordo com as pautas materiais da Constituição. [...] As determinantes materiais e as proibições constitucionais atuam apenas nos campos que se pretende *proteger* das decisões majoritárias tomadas democraticamente” (PEREIRA, 2014, p. 257, grifo do autor).

¹⁷¹ “A raiz histórica da consagração constitucional desta espécie de direitos subjetivos não é do pensamento liberal mas, pelo contrário não é herança do pensamento liberal mas, pelo contrário, a compreensão das tarefas do Estado moderno como sendo tarefas de dimensão axiológica como já se disse, só compatíveis com a sua intervenção no domínio econômico e social. Por esta razão os direitos fundamentais de conteúdo econômico devem ser interpretados como parte integrante de uma Constituição Econômica alargada que compreende as tarefas estaduais de conteúdo econômico e consequentes poderes políticos de intervenção, como já se viu a propósito e consequentes poderes políticos de intervenção, como já se viu a propósito dos direitos subjetivos de propriedade e livre iniciativa privadas.

A consagração constitucional desta espécie de direitos subjectivos não pode ser entendida como significando a consagração de meras directivas programáticas, e muito menos como tratando-se de votos piedosos de eficácia e textura tão-só políticas. Trata-se efectivamente de autênticos direitos subjectivos juridicamente tutelados” (MONCADA, 1988, p. 164).

dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna¹⁷², impõe a obrigação ao mecanismo estatal de promover a satisfação direta e imediata das necessidades essenciais ao pleno desenvolvimento de todos, no intuito de materializar os valores consagrados.

Por fim, convém destacar que a extinção da prestação de serviço público pelo Estado é inadmissível em nosso ordenamento constitucional¹⁷³, considerando que a atividade exercida pelo ente público visa à promoção de direitos fundamentais essenciais para assegurar existência digna¹⁷⁴. No atual estágio de desenvolvimento da sociedade brasileira, em que a violação aos direitos fundamentais é verificada diuturnamente, sejam direitos fundamentais relacionados à liberdade – primeira dimensão – ou à igualdade (sociais) – segunda dimensão, é inadmissível pregar a supressão dos serviços públicos e a construção de Estado de intervenção mínima.

¹⁷² Preâmbulo da Constituição de 1988: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

¹⁷³ A reflexão apresentada por Cleve e Reck (2009, p. 2) ao analisar a reforma do Estado brasileiro e opção pela intervenção estatal indireta merece destaque: “Entretanto, tais assertivas não elidem nem mitigam o papel necessário e indispensável do Estado como instrumento de efetivação dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, bem como tal redefinição ensejou mera redução da intervenção direta do Estado no domínio econômico, mas não seu desaparecimento”.

¹⁷⁴ “A realidade nacional evidencia que nossos conflitos são trágicos. A sociedade civil não é capaz de solucionar esses conflitos. Não basta, portanto, a atuação meramente subsidiária do Estado. No Brasil, hoje, aqui e agora --- vigente uma Constituição que diz quais são os fundamentos do Brasil e, no artigo 3º, define os objetivos do Brasil (porque quando o artigo 3º fala da República Federativa do Brasil, está dizendo que ao Brasil incumbe constituir uma sociedade livre justa e solidária) --- vigentes os artigos 1º e 3º da Constituição, exige-se, muito ao contrário do que propõe o voto do Ministro relator, em Estado forte, vigoroso, capaz de assegurar a todos existência digna. A proposta de substituição do Estado pela sociedade civil, vale dizer, pelo mercado, é incompatível com a Constituição do Brasil e certamente não nos conduzirá a um bom destino” (ADPF 46, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-01 PP-00020 RTJ VOL-00223-01 PP-00011).

7 O ESTADO E A IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA DIMENSÃO: ANÁLISE DO DIREITO SOCIAL À MORADIA COMO MANIFESTAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

O preâmbulo da Constituição de 1988, como já disposto, fixa os pilares de sustentação do Estado, estabelece o dever de promoção dos direitos sociais e individuais de todos e consolida valores fundamentais – a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça – que sustentam a edificação do Estado.

Não há como principiar uma análise apropriada sobre direitos fundamentais sem destacar a importância da apreciação global e contextualizada do preâmbulo, das disposições normativas inseridas na parte permanente e na transitória (ADCT) da Constituição, bem como dos documentos internacionais, em especial relativos a direitos humanos, como parâmetros – bloco de constitucionalidade – para a consolidação dos direitos fundamentais.

Partindo do bloco de constitucionalidade referente à matéria dos direitos fundamentais, é necessário destacar uma premissa fundamental, que o homem figura como o eixo central de todos os direitos fundamentais e da existência do próprio Estado, porquanto a estrutura se faz presente e necessária para reconhecer, garantir e promover a existência digna de todos¹⁷⁵.

O Estado existe hodiernamente em função das pessoas (Cf. SARLET, 2010, p. 75) e, assim, apresenta-se como estrutura instrumental necessária e essencial, cujo escopo é garantir a existência, suprir as necessidades e tutelar os interesses de todas as pessoas. Portanto, as estruturas estatais – Executivo, Legislativo e Judiciário – devem servir à implementação dos direitos fundamentais, materializando, assim, o fundamento da dignidade da pessoa humana.

Na atuação voltada à concretização dos direitos fundamentais, merece destaque o papel do Estado provedor – posição proativa – destinado a suprir as necessidades humanas relacionadas a direitos sociais, inseridas no texto das Constituições do início do século XX. Na realidade pátria, a preocupação com a inserção de direitos fundamentais de natureza social restou solidificada, de modo absoluto, na Constituição de 1988.

Não obstante o extenso rol de direitos sociais reconhecidos formalmente na Constituição 1988 e em documentos internacionais de direitos humanos de que o Brasil é

¹⁷⁵ “A teoria dos deveres estatais de proteção pressupõe o Estado (Estado-Legislador; Estado-administrador e Estado- Juiz) como parceiro na realização dos direitos fundamentais, e não como seu inimigo, incumbindo-lhe sua promoção diuturna. Em síntese, é ‘o sentido de uma vida estatal contida na Constituição’” (TAVARES, 2010, p. 502).

signatário, a dificuldade que se verifica é a sua materialização no plano ser, uma vez que o Estado se mantém omissivo em promover ações para transformar as promessas constitucionais em realidade, apesar de transcorridos mais de 27 anos da promulgação da Constituição cidadã.

A crise de efetividade dos direitos fundamentais, em especial os sociais – direito de segunda dimensão –, é realidade presente e que merece atenção e estudo aprofundado, com destaque para o direito social à moradia, que, não obstante inserido pela Emenda Constitucional nº 26 de 2000 (BRASIL, 1988), figurava no rol dos direitos fundamentais sociais em razão de o Brasil ser signatário de diversos diplomas normativos internacionais que asseguram a moradia como direito fundamental da pessoa humana.

7.1 Reflexões preliminares sobre os Direitos Fundamentais

A presente abordagem pretende ponderar os direitos fundamentais, sua origem e evolução, limitando sua reflexão teórica a partir das revoluções liberais – Revolução Industrial e Revolução Francesa (Cf. HOBBSAWM, 2011, p. 57-132), bem como das manifestações externadas nas declarações de direitos lançadas nos EUA, apesar de reconhecer a ocorrência de manifestações pretéritas, a partir do momento em que o homem é colocado no centro das discussões (Cf. TAVARES, 2010, p. 479-480).

As primeiras manifestações de direitos humanos têm como escopo prevalecer o ideário liberal buscando “[...] consagrar formas limitativas do Estado, impondo a este a abstenção da prática de certos atos” (TAVARES, 2010, p. 489). A intenção era assegurar o ideário de liberdade, pelo qual o homem foi alçado à condição de cidadão, superando sua posição de submissão ao Estado e estabelecendo limitações à ação do Estado em face do cidadão, as denominadas *liberdades públicas*.

A consolidação do Movimento Constitucionalista¹⁷⁶ foi fundamental para a implementação efetiva dos direitos fundamentais, tendo em vista a necessidade de superação do *ancián regime*, o qual era sedimentado na centralização de poder na figura do monarca. O escopo do movimento constitucionalista visava à superação deste regime, com a atribuição de limites à ação estatal a fim de consolidar a posição de sujeito de direitos (liberdade) dos cidadãos.

¹⁷⁶ Em artigo intitulado “A Função do Juiz no Estado Democrático de Direito: O papel do juiz constitucional na implementação dos Direitos Fundamentais”, analisei o Movimento Constitucionalista, palco necessário para o surgimento dos direitos fundamentais (RIBEIRO, 2015b).

O constitucionalismo moderno estabeleceu na sua origem garantias aos direitos fundamentais relacionados à liberdade, igualdade e fraternidade, marcas (ideários) características da Revolução Francesa.

Bonavides (2000, p. 514), amparado nas lições de Konrad Hesse, ao discorrer sobre a teoria dos direitos fundamentais, pontua com precisão que “[...] criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam [...]”. Não obstante referir ao escopo dos direitos fundamentais, os direitos humanos também têm fins semelhantes, cujo propósito é promover a liberdade, igualdade e dignidade de todos¹⁷⁷.

Os direitos de primeira dimensão¹⁷⁸ tem uma função negativa impondo ao Estado deveres negativos (não fazer) em face do cidadão, têm forte cunho individualista e “[...] são por igual direitos que valorizam o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual” (BONAVIDES, 2000, p. 518).

Trata-se da assunção de direitos negativos, limitações da atuação do Estado em face do indivíduo, buscando a proteção da liberdade e a consolidação do cidadão como sujeito de direito em face do Estado. Supera-se, assim, a posição de submissão do indivíduo à autoridade estatal, assegurando-lhe liberdade pessoal, econômica e política – garantia dos direitos políticos. Destaca-se como direito consagrado nessa fase a proteção contra prisão arbitrária (*habeas corpus*) (Cf. TAVARES, 2010, p. 495-496).

Hodiernamente o reconhecimento dos direitos civis – direito de liberdade e direitos políticos – está consolidado de forma universal, de modo que inexiste constituição democrática que deixe de reconhecê-los com garantias fundamentais dos indivíduos em face do Estado (BONAVIDES, 2000, p. 517).

¹⁷⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Brasília: Unesco, 1998. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 5 out. 2015.

¹⁷⁸ É importante esclarecer a terminologia empregada, porquanto parcela considerável da doutrina utiliza a classificação empregando o termo *gerações*. Entretanto, este não reflete de forma precisa a realidade, tendo em vista mutabilidade dos direitos humanos, fruto de alterações sociais, econômicas, culturais etc. vivenciadas na sociedade que geram novas demandas essenciais à promoção da dignidade da pessoa humana, portanto, “[...] a ideia de ‘gerações’, contudo, é equívoca, na medida em que dela se deduz que uma geração se substitui, naturalmente, à outra, e assim sucessivamente, o que não ocorre, contudo, com as ‘gerações’ ou ‘dimensões’ dos direitos humanos. Daí a razão da preferência pelo termo ‘dimensão’” (TAVARES, 2010, p. 494).

Já em um segundo momento da evolução histórica da sociedade, o Estado passou a assegurar os direitos de segunda dimensão, relacionados à igualdade¹⁷⁹, que se corporificam nos direitos sociais, cujo escopo é a prestação efetiva de bens materiais essenciais aos cidadãos.

Na concepção filosófica marxista (Cf. BONAVIDES, 2013, p. 165), os graves problemas sociais e econômicos verificados no século XIX e a ineficácia da declaração formal de igualdade de direitos foram as circunstâncias dominantes para assunção dos direitos sociais nas constituições do pós-guerra, as quais visavam à realização da justiça social (Cf. SARLET, 2013, p. 273).

As primeiras constituições que se dedicaram a concretizar os direitos de segunda dimensão, ligados ao princípio da igualdade, foram a Constituição Mexicana de 1917 e, a de maior destaque, a Constituição Alemã de Weimer de 1919.

A principal característica dos direitos de segunda dimensão é o seu caráter prestacional, obrigação de fazer/dar, imposta ao Estado, o qual se transforma de inimigo do povo (Estado – agressor das liberdades individuais) em amigo, aquele que assegura os bens vitais para todos (Estado como provedor do mínimo existencial da pessoa) (Cf. TAVARES, 2010, p. 496).

O Estado social surge como reação à crise na ordem capitalista, modelo econômico prevalente no Estado liberal (séculos XVIII e XIX pós-revoluções liberais), uma vez que a omissão completa do Estado na esfera econômica e a supervalorização da liberdade formal deixam parcela significativa da população à margem da sociedade. A construção do novo modelo de Estado, de cunho intervencionista, foi imprescindível para assegurar de forma efetiva a liberdade, igualdade e fraternidade a todos.

O Estado no constitucionalismo democrático da segunda metade do século XX tem por escopo fundamental a implementação irrestrita dos valores fundamentais declarados nas constituições, visando à consecução da igualdade material e a construção de uma democracia sólida. Desse modo, a intervenção Estatal, concretizando o mínimo existencial, busca, em última análise, garantir a liberdade, pois esta inexistente, de forma efetiva, sem emancipação econômica¹⁸⁰.

¹⁷⁹ "O Estado passa do isolamento e não intervenção a uma situação diametralmente oposta. O que essa categoria de novos direitos tem em mira é, analisando-se mais detidamente, a realização do próprio princípio da igualdade. De nada vale assegurarem-se as clássicas liberdades se o indivíduo dispõe das condições materiais necessárias a seu aproveitamento" (TAVARES, 2010, p. 497).

¹⁸⁰ "Liberdade, que no mundo clássico conheceu e praticou, interessa em nossos dias, fundamentalmente, aos necessitados do quarto estado, componentes da grande maioria, à massa anônima dos que não possuem, dos que se voltam messianicamente para um milagre de melhoria social e sentem que liberdade se identifica

A terceira dimensão de direitos é composta pelos direitos relacionados à solidariedade ou fraternidade, que se caracterizam por ser de titularidade difusa ou coletiva, cujo escopo é a preservação de interesses metaindividuais ligados à preservação e evolução da espécie humana, de titularidade do gênero humano, relacionados ao direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, à comunicação etc. (Cf. BONAVIDES, 2000, p. 523).

Considerando a limitação do presente trabalho, a abordagem será limitada aos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensão, não obstante reconhecer a existência de direitos de quarta dimensão (BONAVIDES, 2010, p. 524) – direito à democracia, informação e o pluralismo e o direito de quinta dimensão, direito à paz (BONAVIDES, 2008).

É essencial pontuar que os direitos fundamentais, reflexo e materialização da proteção da dignidade da pessoa humana¹⁸¹, não são limitados ao rol taxativo estabelecido nos veículos normativos introdutórios de preceitos. Assim, importante destacar a dimensão aberta dos direitos fundamentais, pois “[...] tem prevalecido o entendimento de que tanto o rol dos direitos sociais do art. 6º, quanto o elenco dos direitos sociais dos trabalhadores (art. 7º) são meramente exemplificativos, de tal sorte que ambos os preceitos podem ser perfeitamente qualificados como cláusulas especiais de abertura” (SARLET, 2013, p. 284).

No que se refere à abertura material do sistema de direitos fundamentais, Sarlet (2015b, p. 10-11) disserta com precisão sobre o papel da dignidade da pessoa humana como fundamento para a revelação de direitos fundamentais implícitos:

Um dos setores onde se manifesta a importância da dignidade da pessoa humana na ordem constitucional, designadamente na sua conexão com os direitos fundamentais, diz com sua função como critério para a construção de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais. Com efeito, não é demais lembrar que a Constituição de 1988, na esteira da evolução constitucional desde a proclamação da República (1889, seguida da primeira Constituição Federal e Republicana de 1891) e amparada no espírito da IX emenda da Constituição norte-americana, consagrou a ideia da abertura material do catálogo constitucional dos direitos e garantias fundamentais. Em outras palavras, isto quer dizer que para além daqueles direitos e garantias expressamente reconhecidos como tais pelo Constituinte existem direitos fundamentais assegurados em outras partes do texto constitucional (fora do Título II), assim como integram o sistema constitucional os direitos positivados nos tratados internacionais em matéria de direitos humanos. Além disso, ainda de acordo com a expressa dicção do art. 5º, § 2º, da CF/1988, foi chancelada a existência de direitos (ainda que não direta e expressamente previstos no texto constitucional)

também com emancipação econômica, ou, se não for esta de imediato possível, com um ideal ao menos aproximado de certeza, paz e igualdade relativa no nível geral das condições materiais de existência” (BONAVIDES, 2013, p. 188).

¹⁸¹ Como pontua Sarlet (2008, p. 6) ao destacar o fundamento dos direitos fundamentais, é essencial “[...] reconhecer que é na dignidade da pessoa humana que reside o fundamento primeiro e principal e, de modo particular, o alicerce de um conceito material dos direitos fundamentais, o que evidentemente também se aplica aos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais em geral, bem como ao direito à moradia em particular”.

decorrentes do regime e dos princípios da Constituição, noção que abarca – embora para tal efeito se possa (há quem o sustente) até dispensar uma cláusula expressa de abertura – a revelação de direitos fundamentais implícitos, subentendidos naqueles expressamente positivados. Assim, perceptível que a abertura a direitos não previstos expressamente no texto originário da Constituição guarda relação, embora sem que se possa falar aqui em integral superposição, com a noção de um constitucionalismo cumulativo em matéria de direitos e garantias, notadamente no que diz respeito ao fato de que aos primeiros direitos civis e políticos, somaram-se os direitos socioambientais e culturais, tudo a desembocar, no que se pode designar – a exemplo do que sugeriu Carlos Ayres Britto – de um Estado de Direitos.

Com fundamento nos preceitos constitucionais e em preceitos extraídos de veículos normativos introdutórios de direito internacional¹⁸², nos termos do artigo 5º, § 2º da Constituição Federal¹⁸³, poder-se-á reconhecer (revelar) direito fundamental implícito¹⁸⁴, não taxativamente elencado no rol preestabelecido, construído pela lei ou por decisão judicial – norma judicial concreta (Cf. TAVARES, 2010, p. 502-505).

Desse modo, os direitos fundamentais não podem ser reduzidos aos estabelecidos formalmente na Constituição, mas devem ser reconhecidos em razão do processo dinâmico e aberto de evolução da sociedade, força motriz do surgimento de “novos direitos” fundamentais, recepcionados no ordenamento em razão da abertura do sistema de Direitos Fundamentais (artigo 5º, § 2º da Constituição Federal), cujo escopo é incrementar a proteção da pessoa humana, assegurando o acolhimento de direitos de cunho individual, político, social, econômico e cultural¹⁸⁵.

¹⁸²“Com efeito, por força do disposto no art. 5.º, §§ 2.º e 3.º, da CF/1988, os tratados internacionais em matéria de direitos humanos (o que se evidencia também no caso da proteção ambiental, a teor do que sinaliza o art. 11 do Protocolo de San Salvador Adicional à Convenção Americana de Direito Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988), passaram a fruir de um estatuto jurídico-constitucional privilegiado, agregando-se ao conjunto dos direitos e garantias fundamentais estabelecidos pelo Constituinte de 1988, no âmbito do que se convencionou designar de cláusula de abertura em matéria de direitos fundamentais. No nosso sentir, cuidando-se de tratados de direitos humanos (pelo menos no que diz com parte de seus preceitos), os tratados internacionais em matéria ambiental deveriam ter reconhecido o seu status constitucional” (SARLET, 2015a, p. 6).

¹⁸³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

¹⁸⁴ “Ainda neste contexto, importa considerar o significado do termo *implícito*, que, no sentido etimológico, corresponde àquilo que está subentendido, o que está envolvido, mas não de modo claro. Neste sentido, verifica-se que a categoria dos direitos implícitos pode corresponder também – além da possibilidade de dedução de um novo direito fundamental com base nos constantes do catálogo – a um extensão (mediante o recurso à hermenêutica) do âmbito de proteção de determinado direito fundamental expressamente positivado, cuidando-se, nesta hipótese, não tanto da criação jurisprudencial de um novo direito fundamental, mas, sim, da redefinição do campo de incidência de determinado direito fundamental já expressamente positivado” (SARLET, 2013, p. 287-288, grifo do autor).

¹⁸⁵ “Já no que diz com a abrangência da assim chamada abertura material do catálogo, verifica-se que tanto a doutrina quando a jurisprudência, com destaque aqui para as decisões proferidas pelo STF, admitem que a expansividade do catálogo constitucional não se limita ao reconhecimento de existência de direitos e garantias de cunho individual, equiparáveis aos direitos contemplados no art. 5º da CF e seus respectivos

Convém pontuar ao final desta análise sobre direitos fundamentais a dupla dimensão (objetiva e subjetiva) dos direitos fundamentais, tendo em vista a importância do tema e relevância para o prosseguimento do estudo proposto no presente trabalho.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, cuja origem apontada pela doutrina remonta à decisão da Corte Federal Constitucional Alemã – caso *Lüth*, em que restou consignado que os direitos fundamentais, além da função de assegurarem direitos subjetivos de defesa em face do Estado fixa a decisão valorativa de ordem constitucional. Fixa valores essenciais (político, social, cultura etc.) da sociedade em determinado momento histórico, os quais nortearam todo o ordenamento jurídico, instituindo diretrizes para a ação dos poderes constituídos (legislativo, judiciário e executivo) (Cf. SARLET, 2009, p. 143).

Com fundamento na dimensão objetiva, de cunho axiológico, é necessário pontuar o reflexo em relação aos órgãos estatais dos poderes constituídos, porquanto os direitos fundamentais impõem “[...] uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais” (SARLET, 2009, p. 146). Desse modo, compete ao Estado implementar, por meio de ações em todas as esferas – Executivo, Legislativo e Judiciário (Cf. RIBEIRO, 2015) – efetivamente os direitos fundamentais, concretizando, assim, a pauta valorativa estabelecida por meio dos direitos fundamentais¹⁸⁶.

Os direitos fundamentais impõem dupla limitação, de ordem negativa e positiva, à atuação do Poder Legislativo, atribuindo limites – vedação de ato que contrariem direitos fundamentais –, e a obrigação de concretizar os preceitos de direito fundamental.

De igual forma, o Poder Executivo, no exercício das atividades administrativas, não poderá contrariar os direitos fundamentais, bem como está vinculado – limitação positiva – em implementar a pauta axiológica de valores fixadas na Constituição, materializada por meio da atividade administrativa – poder de polícia administrativa, serviço público, fomento, intervenção no domínio econômico etc. (Cf. SARLET, 2013, p. 332-333).

incisos, mas abarca também os direitos políticos e mesmo os direitos sociais, econômicos culturais e ambientais” (SARLET, 2013, p. 284).

¹⁸⁶ "Assim, se, de acordo com um critério formal e institucional, os detentores do poder estatal formalmente considerados (os órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário) se encontram obrigados pelos direitos fundamentais, também num sentido material e funcional todas as funções exercidas pelos órgãos estatais o são. Além disso, importa destacar que de tal vinculação decorre, num sentido negativo, que os direitos fundamentais não se encontram na esfera de disponibilidade dos poderes públicos, ressaltando-se, contudo, que, numa acepção de positiva, os órgãos estatais se encontram na obrigação de tudo fazer no sentido de realizar os direitos fundamentais" (SARLET, 2013, p. 332).

Os baldrames valorativos essenciais e os fins almejados para a sociedade refletem a esfera objetiva dos direitos fundamentais¹⁸⁷ que fixam os alicerces da estrutura do ordenamento jurídico que vinculará e condicionará a atuação do Estado em relação ao indivíduo e deste entre si, reconhecendo, pois, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas¹⁸⁸.

Sarlet (2009, p. 147-149), analisando a dimensão objetiva em relação aos efeitos autônomos, aponta três desdobramentos dos direitos fundamentais: a) eficácia irradiante, fornecimento de fundamentos para a aplicação e interpretação dos direitos infraconstitucionais em conformidade com os direitos fundamentais, tanto na seara privada como na pública, condicionando a aplicabilidade legal à promoção dos direitos fundamentais; b) dever geral de proteção dos direitos fundamentais atribuído ao Estado, imputando a este a obrigação de promover os meios necessários e essenciais à proteção dos direitos fundamentais do indivíduo em face dele, de terceiros e de outros Estados; c) fixação de parâmetros para organização e o estabelecimento de procedimentos necessários para a efetivação dos direitos fundamentais.

Canotilho (2000, p. 476, grifo do autor), ao apreciar a dimensão objetiva dos direitos econômicos, sociais e culturais à luz da Constituição Lusitana, pontua duas formas essenciais de manifestação dos direitos fundamentais sociais:

As normas constitucionais consagradas de direitos econômicos, sociais e culturais, modela a **dimensão objetiva** de duas formas: (1) *imposições legiferantes*, apontando para a obrigatoriedade de o legislador actuar positivamente, criando as condições materiais e institucionais, para o exercício desses direitos (cfr., por exemplo, arts. 58.º/3, 60.º/2, 63.º/2, 64.º/3, 65.º/2, 66.º/2, 73.º/2/3, 78.º/2); (2) fornecimento de *prestações* aos cidadãos, densificadoras da dimensão subjectiva essencial destes direitos e executoras do cumprimento das imposições institucionais.

Essencial ponderar a perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, porquanto estes asseguram às pessoas, na condição de sujeitos de direito, direitos a serem exigidos em face do Estado, como estabelece Sarlet (2009, p. 152): “[...] quando nos referimos aos direitos fundamentais como direitos subjetivos, temos em mente a noção de que ao titular de um

¹⁸⁷ “Como uma das implicações diretamente associadas à dimensão axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais, uma vez que decorre da idéia de que estes incorporam e expressam determinados valores objetivos fundamentais da comunidade, está a constatação de que os direitos fundamentais (mesmo os clássicos direitos de defesa) devem ter sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, isto é, como base no ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, já que se cuida de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar” (SARLET, 2009, p. 145).

¹⁸⁸ O presente tema, tendo em vista o escopo deste trabalho, não será abordado, para aprofundamento destaco as lições de Sarlet (2013, p. 335-339) ao dissertar sobre “Particulares como destinatários dos direitos fundamentais: o problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas”.

direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado)”.

Trata-se de garantir ao indivíduo o poder de exigir do destinatário o exercício de uma faculdade visando à proteção de um interesse próprio essencial à promoção de valores fundamentais a ele assegurados, concretizando, assim, o Direito Fundamental (Cf. SARLET, 2009, p. 152-153).

Canotilho (2000, p. 476, grifo do autor), ao analisar a dimensão subjetiva dos direitos econômicos, sociais e culturais à luz da Constituição Lusitana, reconhece a natureza de direito subjetivo aos direitos de primeira dimensão – relacionados a direitos e garantias relacionados à liberdade – e aos direitos de segunda dimensão – direitos sociais:

Os direitos sociais são compreendidos como autênticos **direitos subjectivos** inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justicialidade e exequibilidade imediatadas. Assim, o direito à segurança social (art. 63), o direito à saúde (art. 64), o direito à habitação (art. 65), o direito ao ambiente e qualidade de vida (art. 66), o direito à educação e cultura (art.73.º), o direito ao ensino (art. 74º), o direito à formação e criação cultural (art. 78º), o direito à cultura física e desporto (Art. 79º), são direitos com a mesma dignidade subjectiva dos direitos de liberdade e garantias.

O *status* de direito subjetivo dos direitos fundamentais é atributo conferido à relação jurídica subjacente, estabelecendo um vínculo trilateral entre o titular, o objeto e o destinatário do direito.

Reconhecida aos direitos fundamentais a qualidade de direitos subjetivos, faculta-se ao seu titular a possibilidade de exigir perante o Estado sua proteção, visando à manutenção ou implementação destes por meio do poder jurisdicional, cujo escopo é afirmar as liberdades e implementar as ações positivas e negativas necessárias e essenciais à promoção dos direitos fundamentais assegurados (Cf. SARLET, 2009, p. 154).

Com efeito, não obstante conferir a natureza de direito subjetivo aos direitos fundamentais, em especial aos de segunda dimensão – que impõe ao destinatário a promoção de prestações positivas –, é fundamental ponderar sobre o problema recorrente relativo à eficácia dos direitos prestacionais de cunho social, objeto de análise em seção específica.

7.1.1 Direitos humanos x direitos fundamentais: uma delimitação necessária

A questão da terminologia *direitos humanos* e *direitos fundamentais* vem apresentando confusão quando de sua aplicabilidade, tendo em vista a heterogeneidade e ambiguidade dos termos e a aplicação imprecisa destes como sinônimos. Entretanto, é necessário pontuar que parcela da doutrina não reconhece a distinção, imputando irrelevante a

discussão (Cf. SARLET, 2013, p. 260-261). Não obstante a divergência, a doutrina prevalente e as decisões jurisdicionais têm reconhecido a relevância e pertinência da diferenciação.

Os direitos humanos em sentido *lato sensu* são aqueles inerentes a toda pessoa¹⁸⁹ e assegurados de forma independente de qualquer condicionamento, tendo origem pretérita à organização política de Estado. Nesse sentido, Mazzuoli (2013, p. 852) afirma que:

Os direitos humanos são inerentes a qualquer pessoa, sem quaisquer discriminações, revela o fundamento anterior desses direitos relativamente a toda forma de organização política, o que significa que a proteção dos direitos humanos não se esgota nos sistemas estatais de proteção, podendo ir muito além, ultrapassando as fronteiras nacionais até chegar ao patamar em que se encontra o Direito Internacional Público.

Em *sentido estrito*, direitos humanos são aqueles direitos positivados em tratados ou costumes internacionais, característica que os diferencia dos Direitos fundamentais, os quais são positivados nas constituições. Desse modo, de forma sucinta e objetiva, os direitos humanos são aqueles direitos da pessoa humana reconhecidos pelos diplomas normativos internacionais com objetivo de universalização; por sua vez, os direitos fundamentais são os direitos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado, tendo delimitação histórica, espacial e temporal (Cf. SARLET, 2013, p. 260-263).

É importante destacar, não obstante a diferenciação pontuada, que na essência ambos têm a mesma base de sustentação, qual seja, o valor da dignidade humana¹⁹⁰, tendo esferas de aplicação que podem ser diversas, plano internacional e plano interno do Estado. Dessa maneira, como bem destaca Sarlet (2013, p. 263) ao dissertar sobre a diferenciação da terminologia,

[...] não se cuida de noções reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas, sim de dimensões cada vez mais relacionadas entre si, o que não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esferas distintas de positividade, cujas consequências práticas não podem ser desconsideradas.

¹⁸⁹ Princípio nº 1 da Declaração universal dos Direitos Humanos de 1948: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

¹⁹⁰ “No universo da principiologia a pautar o Direito Constitucional de 1988, o Direito Constitucional Contemporâneo, bem com o Direito internacional dos Direitos Humanos, desponta a dignidade humana como o valor maior, a referência ética de absoluta primazia a inspirar o Direito erigido a partir da segunda metade do século XX.

É no valor da dignidade humana que a ordem jurídica encontra seu próprio fundamento, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, a dignidade humana como verdadeiro superprincípio a orientar o Direito Internacional e Interno” (PIOVESAN, 2005, p. 6).

A definição apresentada não é digna da envergadura do tema, no entanto, a singeleza se faz necessária, pois seu estudo aprofundado transcende os objetivos propostos para o presente trabalho¹⁹¹.

Fixadas as premissas acerca dos direitos fundamentais, é necessário realizar recorte no objeto em análise, limitando a abordagem do estudo aos direitos fundamentais de segunda dimensão – direitos sociais –, cujo objetivo fundamental é a implementação da igualdade material, assegurando prestações positivas essenciais à promoção da dignidade da pessoa humana, sem desconhecer, no entanto, o direito de terceira dimensão – direito ao desenvolvimento – que assegura tanto o direito ao desenvolvimento dos Estado como o dos indivíduos¹⁹².

7.2 Os Direitos Fundamentais de segunda dimensão e sua implementação no Estado hodierno: uma reflexão sobre o mínimo existencial e da emancipação integral do indivíduo

Os direitos de segunda dimensão, direitos fundamentais sociais¹⁹³, apresentam-se como escopo prestacional, cujo objetivo é promover, em regra, a atuação estatal visando à alocação racional dos recursos necessários à satisfação de interesses, desse modo, “[...] os direitos sociais são, então, sobretudo direitos a prestações, direitos de ação de feição positiva, e costumam ser contrapostos aos direitos de defesa, direitos ‘liberais’, de feição negativa” (ROTHENBURG, 2014, p. 874).

É importante pontuar, para evitar incorreta compreensão, que não se quer defender que a diferenciação entre os direitos de primeira e segunda dimensão esteja sedimentada no elemento prestacional essencial à promoção, porquanto os direitos de primeira dimensão – relacionados à promoção da liberdade – demandam, igualmente, alocação de recursos para a implementação, uma vez que é essencial para a promoção das liberdades públicas a

¹⁹¹ Para aprofundamentos sobre o tema Direito Humanos e Direitos Fundamentais, consultar: MAZUOLI, 2013; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013; TAVARES, 2010.

¹⁹² “O direito ao desenvolvimento diz respeito tanto a Estados como a indivíduos, segundo assevera o próprio Mbaya, o qual acrescenta que relativamente a indivíduos ele se traduz numa pretensão ao trabalho, à saúde e à alimentação adequada” (BONAVIDES, 2000, p. 523).

¹⁹³ Cumpre pontuar, como bem destaca Clève (2012, p. 5), a divergência doutrinária acerca da qualificação dos direitos sociais, ressaltando que “[...] há teorias que sustentam que os direitos sociais não são verdadeiros direitos, constituindo na verdade, meros programas de ação governamental. Afinal, as disposições constitucionais respectivas não apontam o responsável por sua efetivação, não definindo, ademais, e concretamente, a prestação devida. Não definem sequer, de uma maneira geral, a precisa prestação reclamada do Estado para a sua solução. Seriam disposições, portanto, dependentes de regulação, da atuação do Legislador, sem as quais seriam inexigíveis”.

destinação por parte do Estado de recursos necessários para o aparelhamento dos órgãos de repressão, a fim de manter os direitos de propriedade dos integrantes da sociedade¹⁹⁴.

Portanto, como bem destaca Rothenburg (2014, p. 896), “[...] não se pode afirmar a existência de um tipo próprio de direitos fundamentais que se caracterize por depender originariamente de prestações, sendo essa antes uma característica dos titulares (sujeitos) de tais direitos, ou melhor, da situação concreta em que se situam esses sujeitos”.

É essencial pontuar que a adoção dos direitos sociais como direitos fundamentais não é uníssona, pois, como averba Torres (1989, p. 32), os direitos sociais – direitos de segunda dimensão – não são direitos fundamentais, figurando como estes, unicamente, os direitos relacionados à promoção da liberdade, cuja essência é a preservação do mínimo existencial que “[...] exhibe as características básicas dos direitos da liberdade: é pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; constitui direito público subjetivo do cidadão, não sendo outorgado pela ordem jurídica”.

Para o referido autor (TORRES, 2012, p. 15, grifo do autor), o direito social – direito de segunda dimensão – não é direito fundamental, já que este está na dependência do desenvolvimento do econômico do Estado e sofre o condicionamento da reserva do possível:

Os direitos sociais, que não são fundamentais, representam direitos *prima facie*, que necessitam da *interpositio legislatoris* para se tornarem definitivos. Abrem-se, portanto, à otimização progressiva e à *reserva do possível*, tornando-se inteiramente dependentes de políticas públicas e sociais. Os direitos sociais devem se otimizar até o ponto em que não se prejudique o processo econômico nacional, não se comprometa a saúde das finanças públicas, não se violam direitos fundamentais nem se neutralizam as prestações por conflitos internos.

É importante assentar que o professor Torres (2012, p. 3) defende, de forma veemente, que a reserva do possível não se aplica a mínimo existencial, que, como destacado, é representado pelos direitos fundamentais ligados à liberdade, reconhecendo que este é núcleo mínimo irredutível dos direitos fundamentais e que:

Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados.

A teoria do professor Ricardo Lobo Torres tem a importância por solidificar os direitos fundamentais de primeira dimensão, consolidando, assim, o direito fundamental à

¹⁹⁴ "A liberdade de expressão pode depender de subvenção a meios de comunicação de grupos minoritários, assim como pequenos partidos políticos podem depender de recursos públicos, a demonstrar que direitos de defesa podem necessitar de políticas públicas; por seu turno, manifestações culturais de artistas famosos podem prescindir de qualquer intervenção, a demonstrar que esse direito “social” nada teria de prestacional" (ROTHENBURG, 2014, p. 902).

liberdade, estabilizado o conteúdo essencial dos direitos fundamentais¹⁹⁵ os quais não são passíveis de sofrer limitação em razão da reserva do possível¹⁹⁶. Entretanto, desconsidera os direitos sociais como direitos fundamentais, deixando sua implementação como dever programático e progressivo, cuja efetivação é atribuída ao arbítrio do Poder Legislativo, porquanto sua materialização depende da manifestação legislativa (Cf. TORRES, 1989, p. 33-34).

A consolidação de um mínimo essencial na teoria proposta é essencial para a consolidação da posição do Estado como implementador do núcleo essencial dos direitos fundamentais, reafirmando seu compromisso com a consolidação da posição de um mínimo vital à pessoa, de modo que a tutela em face do Estado figura como limite para a atuação dos poderes do Estado. Arremata Torres (1989, p. 49) ao analisar o mínimo existencial:

A interpretação do mínimo existencial, por conseguinte, deve procurar o equilíbrio entre os direitos fundamentais e os sociais, através da prévia delimitação dos respectivos campos. Nem o Estado ultraminimalista, que nada concede aos pobres, defendido por Nozick, nem a Constituição dirigente, como propõe Canotilho. Alguns juristas americanos estão conseguindo trilhar o caminho do equilíbrio entre o ativismo judicial e apelo à letra da Constituição, entre o *non-interpretivism* e o *interpretivism*. Se os direitos econômicos e sociais não devem ser eclipsados pela só garantia do mínimo existencial, não é menos verdade que o exagero na defesa daqueles pode enfraquecer os direitos humanos.

Com efeito, não obstante a relevância da teoria proposta por Ricardo Lobo Torres, é importante reafirmar que o presente estudos está sedimentado no reconhecimento dos direitos sociais, direitos de segunda dimensão, como direitos fundamentais, os quais são essenciais, como já pontuado, para a efetivação dos direitos de primeira dimensão – direitos de liberdade –, uma vez que não há liberdade garantida sem que haja um mínimo essencial que assegure a igualdade, representada na liberdade de optar pelo projeto de vida que desejar, sem que os condicionamentos sociais, culturais ou econômicos limitem as opções de escolha.

É necessário pontuar que a existência digna da pessoa deve ser estabelecida como o pleno desenvolvimento da personalidade, representado na liberdade de autodeterminação que se materializa por meio dos direitos sociais e econômicos que garantam o mínimo existencial (Cf. FACHIN, 2006, p. 170-173).

¹⁹⁵ "Para os adeptos da teoria externa das restrições, o conteúdo essencial, consistindo no núcleo irreduzível dos direitos fundamentais resultante das ponderações e restrições, coincide com a base do mínimo existencial, que é a parcela indisponível dos direitos fundamentais aquém da qual desaparece a possibilidade de se viver com dignidade. O mínimo existencial, como "último conteúdo essencial" dos direitos fundamentais, é irreduzível e indisponível: nele coincidem a essência e a existência" (TORRES, 2012, p. 5).

¹⁹⁶ "A "reserva do possível" não é aplicável ao mínimo existencial, que se vincula à reserva orçamentária e às garantias institucionais da liberdade, podendo ser controlado pelo Judiciário nos casos de omissão administrativa ou legislativa" (TORRES, 2012, p. 9).

A Constituição de 1988 adotou a opção pela implementação de um Estado Democrático de Direitos em que a efetivação e materialização dos direitos fundamentais de segunda dimensão – direitos sociais –, cuja essência é promover a emancipação de todos, apresenta-se como dever fundamental do Estado. Nesse sentido, Bercovici (2007, p. 463), como fundamento nas lições de Hermann Heller, adverte:

Ora, a Constituição, de 1988, expõe de forma muito clara como se vinculam dignidade da pessoa humana e constituição econômica: esta vinculação se dá por meio da democracia econômica e social, no sentido de uma emancipação completa dos brasileiros; ela não se reduz à alternativa individualista, portanto, limitada, do discurso do mínimo existencial. Afinal, como já escrevia, em 1928, Hermann Heller: ‘Sem homogeneidade social, a mais radical igualdade formal se torna a mais radical desigualdade, e a democracia formal, ditadura da classe dominante’.

Em um conceito mais arejado e condizente com a realidade dos Estados em desenvolvimento “[...] o mínimo existencial, assim, obriga o Estado a dar condições mínimas para assegurar uma existência digna de sua população” (BERCOVICI, 2007, p. 460), não se limitando à concepção liberal e individualista de um mínimo essencial à existência humana relacionada à liberdade que exclui desse núcleo essencial os direitos sociais. Nesse sentido:

[...] No entanto, o que importa aqui é afirmar que as relações entre dignidade humana e constituição econômica não podem ser limitadas ao discurso do mínimo existencial. Pelo contrário, essas relações, sob a Constituição de 1988, vão além e não se configuram ‘apenas’ na universalização dos direitos fundamentais (de todos os direitos fundamentais, inclusive e especialmente os direitos econômicos e sociais). As relações entre dignidade humana e constituição econômica exigem também a realização da democracia econômica e social (BERCOVICI, 2007, p. 461).

As prestações exigidas para a concretização dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional não são uniformes, variam em razão do direito que objetivam implementar (Cf. SARLET, 2009, p. 283-284), inexistindo como prever, *in abstracto*, a forma de cumprimento necessária para a adequada realização dos direitos sociais.

Os direitos sociais – direitos fundamentais de segunda dimensão – são aqueles cujo escopo é impor ao destinatário a obrigação de prover ação positiva relacionada, em regra, ao fornecimento de prestação material, cujo propósito, por sua vez, é assegurar efetivamente a igualdade material, em especial entre os hipossuficientes.

Silva (2001, p. 289 grifo do autor), com o brilhantismo que lhe é peculiar, apresenta noção de direitos sociais, enfatizando a relação entre os direitos sociais e o efetivo exercício dos direitos de liberdade – direitos de primeira dimensão –, reafirmando as lições apresentadas quando da análise da seção “2.2 Estado, liberdade e igualdade” do presente trabalho:

Podemos dizer que os *direitos sociais*, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou

indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direito que tende a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressuposto do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

A Constituição de 1988, seguindo a tendência dos diplomas constitucionais contemporâneos (Cf. ROTHENBURG, 2014, p. 874), inseriu uma série de direitos fundamentais sociais¹⁹⁷, destacando, em especial, o artigo 6º, disposição normativa que inaugura o capítulo dos direitos sociais na ordem constitucional de 1988, estabelecendo que “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Partindo do estabelecido na Constituição de 1988, Silva (Cf. 2001, p. 290), apresenta classificação dos direitos sociais agrupando-os em seis classes: a) direitos sociais relativos ao trabalhador; b) direitos sociais relativos à seguridade, compreendendo os direitos à saúde, à previdência e assistência social; c) direitos sociais relativos à educação e à cultura; d) direitos sociais relativos à moradia; e) direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso; f) direitos sociais relativos ao meio ambiente.

O direito fundamental objeto do presente estudo, direito à moradia, figura como direito social de cunho prestacional, cuja promoção é efetivada pela dispensação de bem material – moradia digna – no intuito de assegurar ao indivíduo hipossuficiente melhores condições de vida, e “[...] objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais” (SARLET, 2009, p. 282).

Antes de analisarmos o direito fundamental à moradia, é necessário, tendo em vista a relevância do tema, ponderar o problema da eficácia dos direitos fundamentais prestacionais de segunda dimensão, como especial enfoque nos direitos sociais que demandam a dispensação pelo Estado de bem material ou serviço à parcela da sociedade, circunstância presente quando se analisa a promoção do direito fundamental à moradia.

¹⁹⁷ É importante pontuar, como já amplamente destacado, que os direitos sociais não se limitam aos taxativamente dispostos no artigo 6º da Constituição Federal, a estes somam-se os direitos sociais dispostos em outras seções da Constituição (artigos 196, 201, 203 etc.), bem como os direitos fundamentais sociais reconhecidos em diplomas normativos internacionais e os direitos sociais decorrentes do regime e dos princípios Constitucionais ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

7.2.1 O problema da eficácia dos direitos fundamentais de segunda dimensão à luz da Constituição Federal de 1988

O reconhecimento dos direitos sociais, em um primeiro momento, limitou-se à declaração nos textos constitucionais, padecendo, pois, de eficácia, uma vez que sua concretização dependia da vontade do Estado – Legislador, considerando a natureza programática de seus comandos¹⁹⁸.

O problema da aplicabilidade dos direitos sociais de cunho prestacional tem gerado acirrados debates teóricos e jurisprudenciais, figurando como uma das discussões mais importantes na seara constitucional hodierna.

Para a precisa compreensão do problema acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais de segunda dimensão, de cunho prestacional, é necessário breve esboço sobre a aplicabilidade das normas jurídicas, premissa essencial para a construção da resposta necessária à questão em análise.

7.2.1.1 Validade, vigência, eficácia e vigor: uma abordagem preliminar e necessária

Validade é a qualidade que estabelece à norma como integrante de um ordenamento, em razão de esta ter obedecido às condições formais e materiais de produção e consequente integração ao sistema (Cf. FERRAZ, 2012, p. 165).

Para o professor Carvalho (2011, p. 448-449), a validade tem conteúdo relacional sistêmico, ou seja, validade é “[...] o vínculo que se estabelece entre a proposição normativa e o sistema do direito posto, de tal sorte ao dizermos que uma norma ‘N’ é válida, estaremos expressando que ela pertence ao sistema ‘S’”.

As normas são validadas ou invalidadas em relação a um sistema, ou seja, ser norma válida significa pertencer ao sistema, ter *status* de relação, vínculo entre a proposição normativa e o sistema do direito posto. Desse modo, afirmar que uma norma existe implica reconhecer a sua validade em face de determinado sistema jurídico, assim, ou existe, está no sistema, ou não existe como norma jurídica, pois não se enquadra no sistema (Cf. CARVALHO, 2011, p. 449-450).

¹⁹⁸ Bonavides (2000, p. 518) relata a crise e a evolução da eficácia dos direitos fundamentais de segunda dimensão destacando: “De juridicidade questionada nesta fase (surgimento), foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais”.

Vigência significa ter força para regular condutas, estar em condições de propagar seus efeitos, assim, ocorrido o evento no mundo dos fatos, a norma poderá modalizar os comportamentos descritos. A norma se diz vigente quando está apta para qualificar fatos e determinar o surgimento de efeitos jurídicos.

Para o professor Carvalho (Cf. 2011, p. 449-450), inexistente divergência semântica entre *vigência* e *vigor*, pois uma norma revogada não tem vigência para os fatos futuros, conservando, no entanto, para os acontecimentos anteriores à revogação.

Ferraz Jr. (2012, p. 170) define *vigência* como o intervalo em que a norma pode ser invocada para produzir efeitos. Para o autor, *vigência* não se confunde com *vigor*: “[...] o vigor de uma norma tem a ver com a sua imperatividade, com sua força vinculante”, portanto, *vigência* e *vigor* são qualidades distintas da norma.

Eficácia é a qualidade da norma relacionada à produção dos efeitos normativos, ou seja, a efetiva irradiação das consequências próprias da norma (Cf. CARVALHO, 2011, p. 458).

O professor Ferraz Jr. (2012, p. 171), em sua obra de introdução ao estudo do Direito, resume, como precisão, o conceito dogmático de *eficácia*, destacando que:

[...] *Eficácia* é uma qualidade da norma que se refere à possibilidade de produção concreta de efeitos, porque estão presentes as condições fáticas exigíveis para sua observância, espontânea ou imposta, ou para a satisfação dos objetivos visados (efetividade ou eficácia social), ou porque estão presentes as condições técnico-normativas exigíveis para sua aplicação (eficácia técnica).

A eficácia pode ser estudada sob três ângulos: a) eficácia jurídica; b) eficácia técnica e c) eficácia social.

7.2.1.2 Eficácia jurídica, técnica e social

Eficácia jurídica é o mecanismo lógico da incidência pelo qual, realizado o evento previsto no antecedente, projetam-se os efeitos prescritos no consequente, operação que se denomina de causalidade jurídica, ou seja, ligação do acontecimento factual com o vínculo que se instaura entre sujeito e direito (Cf. CARVALHO, 2011, p. 458).

Eficácia técnica é a característica da norma de irradiar efeitos no mundo do direito positivo, assim, ocorrido o fato no plano real-social, a norma irradia os efeitos jurídicos. A norma é eficaz tecnicamente quando presentes no ordenamento todas as condições operacionais que garantem sua aplicação ou exigibilidade (Cf. CARVALHO, 2013, p. 765).

Com efeito, é possível efetivar análise mais minuciosa em relação à (in)eficácia técnica das normas no plano sintático, semântico e pragmático, tema a ser abordado na sequência.

A *eficácia social* ou *efetividade* é relacionada aos padrões de receptividade com que a comunidade responde aos mandamentos de uma ordem jurídica. Eficaz é a norma cuja disciplina foi concretamente seguida pelos destinatários, satisfazendo os anseios do legislador, por outro lado, ineficaz é aquela cujos preceitos não foram cumpridos pelos sujeitos envolvidos na situação regulamentada (Cf. CARVALHO, 2011, p. 459).

É necessário destacar que a eficácia jurídica e técnica se refere a conceitos jurídicos que interessam para a dogmática jurídica e a eficácia social diz respeito a indagações sociológicas (Sociologia Jurídica).

7.2.1.3 (In)eficácia técnica com enfoque no plano sintático, semântico e pragmático

A ineficácia técnica no plano sintático ocorre nos casos em que a norma não pode produzir efeitos em razão de que outra norma, integrante do ordenamento, inibe sua incidência, impossibilitando a produção de efeitos jurídicos (por exemplo, resolução do Senado que impede a incidência da norma declarada inconstitucional). De igual forma ocorre no caso da inexistência de outra norma regulamentadora, de igual ou inferior hierarquia, necessária para a plena eficácia da norma (por exemplo, norma que define como inafiançáveis os crimes hediondos e remete a qualificação de hediondo a outra norma inexistente) (Cf. CARVALHO, 2011, p. 458).

Por sua vez, a ineficácia técnica sintática diz respeito às condições formais que obstam a incidência, e a ineficácia técnica semântica está relacionada a condições materiais sem as quais é impossível que se efetive a incidência jurídica, assim, não haverá incidência enquanto não for possível realizar o fato descrito na norma.

Carvalho (2011, p. 459), ao dissertar sobre ineficácia no plano semântico, pontifica que são: “[...] normas que façam a previsão de ocorrências factuais possíveis, mas, tendo em vista dificuldades de ordem material, inexistem condições para que se configure em linguagem a incidência jurídica”.

Seja ineficácia técnica no plano sintático ou semântico, as normas jurídicas são vigentes, o fato jurídico ocorre no mundo fenomênico, mas não há a juridicização do acontecimento e a propagação dos seus efeitos.

Por fim, no plano pragmático, a ineficácia é relacionada ao desuso da norma em razão da não utilização desta por certo grupo de pessoas encarregadas pela aplicabilidade das

normas aos fatos sociais. Enquanto não retirada ou alterada do ordenamento por meio de linguagem competente, permanece válida, vigente, entretanto, padece de eficácia (Cf. CARVALHO, 2013, p. 798).

7.2.3 Da programaticidade à eficácia das normas de direito social: evolução no Estado Social e Democrático de Direito

A doutrina e jurisprudência tem assegurado às normas constitucionais programáticas eficácia imediata, direta e vinculante de forma que esses direitos não podem ficar limitados a meras promessas constitucionais (Cf. SARLET, 2009, p. 292). Silva (2012, p. 160), em sua obra *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, conclui que as normas programáticas têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante firmando que:

- I – estabelecem um dever para o legislador ordinário;
- II – condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem;
- III – informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum;
- IV – constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas;
- V – condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário;
- VI – criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou desvantagem¹⁹⁹.

Os direitos sociais são espécie de direitos fundamentais²⁰⁰ que tem por objetivo a concretização do princípio da igualdade no seu viés substancial²⁰¹ (igualdade material) de forma a assegurar aos excluídos socialmente condições mínimas para uma vida digna, promovendo, em última análise, justiça social (CANOTILHO, 2003, p. 430-431).

Tendo em vista a consolidação dos direitos sociais como direitos fundamentais e a constatação da ineficácia em razão da omissão estatal em promover a sua regulamentação, impulsionaram as Cartas Constitucionais a assegurar aplicabilidade imediata desses direitos. A Constituição Cidadã, promulgada em 1988, Carta Política em que os direitos de cunho

¹⁹⁹ Trata-se de tema bastante árido e que transcende os limites do presente ensaio. Para maiores esclarecimentos, indicamos a leitura das obras *Eficácia dos Direitos Fundamentais*, de Ingo Wolfgang Sarlet, página 305 em diante, e *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, de José Afonso da Silva, da página 171 em diante.

²⁰⁰ A doutrina mais consequente, contudo, vem refutando essa tese (negativa dos direitos sociais como direitos fundamentais), e reconhece neles a natureza de direitos fundamentais, ao lado dos direitos individuais, políticos e do direito à nacionalidade. São direitos fundamentais do *homem-social*, e até “[...] se estima que, mais que uma categoria de direitos fundamentais, constituem um meio positivo para dar um conteúdo real e uma possibilidade de exercício eficaz a todos os direitos fundamentais” (SILVA, 2012, p. 148, grifo do autor).

²⁰¹ “As normas programáticas, introduzidas na constituição como resultado do conflito de interesses, ao menos, uma tentativa de superação da democracia formal e tendem, como visto, a instaurar um regime de democracia substancial, ao determinarem a realização de fins sociais, através de programas de intervenção na ordem econômica, como vistas à realização da justiça social e do bem comum” (SILVA, 2012, p. 153).

social (segunda dimensão) tiveram maior reconhecimento, assegurou expressamente a aplicabilidade imediata, nos termos § 1º do artigo 5º da Constituição Federal²⁰².

Os direitos fundamentais, inclusive os direitos sociais, devem orientar a pauta de atuação do Poder Legislativo visando à regulamentação por meio de leis que assegurem a efetivação dos direitos fundamentais; do Poder Executivo na promoção de políticas públicas visando a efetivação dos direitos fundamentais e do Judiciário, ao qual é atribuída a função de guardião das garantias Constitucionais, buscando agir de forma a corrigir a atuação dos demais poderes visando a assegurar a promoção dos direitos fundamentais (Cf. BONAVIDES, 2013, p. 157).

Sarlet (2009, p. 292, grifo do autor), ao ponderar sobre a eficácia dos direitos sociais introduzidos por veículo normativo de característica programática, estabelece, com precisão, após analisar duas manifestações constitucionais, o direito à cultura (art. 215) e o direito fundamental dos trabalhadores referente à participação nos lucros e na gestão (art. 7º, inciso XI) que:

Independente – ainda – da discussão em torno da possibilidade de se reconhecerem direitos subjetivos a prestações com base em normas de cunho eminentemente *programático* (para nos mantermos fiéis à terminologia adotada), importa ressaltar mais uma vez que *todas as normas consagradoras de direitos fundamentais são dotadas de eficácia e, em certa medida, diretamente aplicáveis já ao nível da Constituição e independentemente de intermediação legislativa*. Em verdade, como já esperamos ter demonstrado e aqui repisamos para espantar toda e qualquer incompreensão para com nossa posição, todas as normas de direitos fundamentais são direta (imediatamente) aplicáveis na medida de sua eficácia, o que não impede que se possa falar de uma dimensão programática dos direitos fundamentais. Importa frisar, como se verá a seguir, que admitir que no âmbito dos direitos sociais se possa sustentar a existência de uma ‘dimensão programática’, na esfera dos efeitos especiais vinculados à dimensão jurídico-objetiva (mas passíveis de subjetivação, como igualmente se pretende deixar evidenciado), dimensão esta que não exclui necessariamente, a condição de (sic) dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, não equivale (a depender da linha argumentativa) a aceitar que os direitos fundamentais sociais sejam correspondam (sic), na sua condição de direitos, a normas programáticas.

Ademais, não obstante a reflexão brevemente apresentada, é importante pontuar, seguindo a doutrina majoritária (Cf. SARLET, 2009, p. 295-298), que todas as normas de direitos fundamentais possuem carga de eficácia porquanto: a) impõem a revogação das manifestações legislativas que contrariem o preceito – trata-se da eficácia derogatória; b) obrigam que o poder legislativo cumpra sua função regulando a matéria e implementando de forma efetiva o direito fundamental; c) inconstitucionalidade dos atos normativos colidentes

²⁰² “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 1º – As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

com o direito fundamental dispostos; d) a fixação dos direitos fundamentais sociais como parâmetros para integração e interpretação das disposições legais relacionadas, balizando a atividade administrativa e o exercício do poder jurisdicional; e) asseguram posição jurídico-subjetiva ampla, afirmando um direito de defesa contra o Estado, o qual não poderá atuar de forma contrária ao direito fundamental social assegurando; f) em relação ao direitos sociais implementados, assegura-se a proibição do retrocesso, impedindo que o legislador elimine os mecanismo de implementação do direito fundamental prestacional.

Com efeito, a natureza programática, a abertura e a vagueza das normas que estabelecem direitos sociais prestacionais não impendem a materialização da eficácia com a aplicação imediata desses preceitos no julgamento de uma demanda individual e concreta, solucionando determinada controvérsia, fazendo prevalecer a hegemonia da Constituição (Cf. RIBEIRO, 2015b). Desse modo, parcela da doutrina estabelece que “[...] sendo possível reconhecer um significado central e incontroverso, sempre se poderá aplicar a norma constitucional, mesmo sem intermediação legislativa, já que, do contrário, se estaria outorgando maior força à lei do que à própria Constituição” (SARLET, 2009, p. 306).

Em sentido semelhante averba Rothenburg (2014, p. 883) sobre a aplicabilidade imediata – eficácia jurídica plena – e reserva de lei, ao analisar os direitos fundamentais sociais, ponderando as funções dos poderes como implementadores dos direitos sociais de cunho prestacional:

A realização dos direitos fundamentais caberia em primeiro lugar aos Poderes Legislativos e Executivo, cujos representantes são escolhidos diretamente conforme a vontade popular e têm responsabilidade perante os eleitores. Esses poderes teriam, ademais, melhores condições para a adoção e implementação das políticas públicas relacionadas aos direitos fundamentais prestacionais. Ao Judiciário falaria, então, legitimidade e competência (técnica) para a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

A discussão a respeito das reais condições de atuação das diversas instituições envolvidas pode revelar uma capacidade institucional deficiente do Legislativo e do Executivo e uma capacidade institucional suficiente do Judiciário. Ademais, uma compreensão mais contemporânea e adequada da democracia revelará não apenas que a atuação concomitante e complementar das diversas instituições implicadas é a que oferece uma melhor resposta às exigências dos direitos prestacionais, mas também que a realização desses direitos é a um tempo condição e finalidade da democracia.

Portanto, a atuação do juiz materializando nas decisões judiciais (norma individual e concreta) os valores estabelecidos na Constituição²⁰³ consolida sua hegemonia, de forma a

²⁰³ “Importa, portanto, que se tenha sempre em mente, que quem “governa” – pelo menos num Estado Democrático de Direito (e sempre constitucional) de Direito – é a Constituição, de tal sorte que aos poderes constituídos impõe-se o dever de fidelidade às opções do Constituinte, pelo menos no que diz com seus elementos essenciais, que sempre serão limites (entre excesso e insuficiência!) da liberdade de conformação

corrigir eventuais desvios ou omissões dos poderes instituídos (Legislativo e Executivo) que possam levar a fins diversos dos traçados no projeto constitucional.

7.2.4 *Ponderações sobre a eficácia dos direitos fundamentais sociais cuja implementação exige prestação material*

Essencial pontuar que, à luz da Constituição Federal de 1988, aplicar-se-á aos direitos fundamentais sociais o regime jurídico dos direitos fundamentais, em conformidade com o estabelecido no artigo 5º, § 1º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que fixa às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais aplicabilidade imediata (Cf. CLEVE, 2012, p. 4).

A questão em foco na presente seção perpassa, essencialmente, pela análise dos efeitos da aplicação do regime jurídico peculiar dos direitos fundamentais (art. 5º, § 2º da Constituição Federal) à categoria dos direitos fundamentais sociais que exigem prestação material, ponderando as condições e contornos da aplicabilidade do regime peculiar em relação à eficácia dos direitos fundamentais prestacionais.

Os direitos sociais, considerando suas peculiaridades²⁰⁴, não podem ser equiparados, no que tange à aplicabilidade, aos direitos de primeira dimensão, ligados à liberdade e a limitação da atuação do Estado contra o cidadão (Cf. SARLET, 2009, p. 285), pois estão relacionados intrinsecamente com a realidade socioeconômica, com a decisão alocativa de recurso e a construção normativa infraconstitucional. No entanto, é inadmissível estabelecer que os direitos sociais seriam direitos absolutamente relativos, conforme destaca Sarlet (Cf. 2009, p. 289-291) ao dissertar sobre as características normativo-estruturais dos direitos sociais a prestações e o problema de sua habitualmente sustentada dependência de concretização legislativa.

Como bem observa Canotilho (2000, p. 477, grifo do autor) ao dissertar sobre o direito econômico, social e cultural:

Estas várias dimensões não devem confundir-se. Ao contrário do que geralmente se afirma, um direito econômico, social, cultural não se dissolve numa mera norma programática ou numa imposição constitucional. Exemplifique-se: o direito à saúde (art. 64.º/1) é um direito social, independentemente das *imposições constitucionais* destinadas a assegurar a sua eficácia (ex.: a criação de um serviço nacional de saúde,

do legislador e da discricionariedade (sempre vinculada) do administrador e dos órgãos jurisdicionais” (SARLET, 2009, p. 359).

²⁰⁴ “Ora, se é verdade que a Constituição Federal de 1988 não aparta os direitos (clássicos ou prestacionais) em regimes distintos, não é menos verdade que apontados direitos decorrem de distinções constitucionais dotadas de estruturas normativas distintas. Não é possível deixar de considerar que a estrutura das normas que tratam de direitos sociais é diferente daquela própria dos direitos de defesa” (CLEVE, 2012, p. 4).

geral e tendencialmente gratuito, como impõe o art. 64.º/2) e das *prestações* fornecidas pelo Estado para assegurar o mesmo direito (por exemplo, cuidados de medicina preventiva, curativa e de reabilitação, nos termos do art. 64.º/3/a).

Não há como desconsiderar que a opção constitucional, não apenas no ordenamento pátrio, é a regulação dos direitos sociais por meio de “normas de cunho programático” (Cf. SARLET, 2009, p. 292), cuja concretização efetiva dar-se-á com a manifestação do poder legislativo, editando leis que busquem materializar tais direitos, embora esse dever seja imposto a todos os poderes constituídos²⁰⁵.

Os direitos fundamentais garantem condições mínimas de segurança material aos indivíduos, a fim de evitar o aviltamento das liberdades pessoais (Cf. SARLET, 2009, p. 345), assegurando que todos possam desenvolver livremente, sem que entraves sociais, econômicos e culturais obstem ou condicionem a decisão livre sobre o projeto de vida que a pessoa deseja.

Assegurar a aplicabilidade dos direitos fundamentais, em especial os sociais – direitos fundamentais de segunda dimensão – busca concretizar o projeto constitucional comprometido em afirmar o pleno desenvolvimento de todos. Como pondera Sarlet (2011, p. 7): “[...] os direitos fundamentais sociais de cunho prestacional, encontram-se, por sua vez, a serviço da igualdade e da liberdade material, objetivando, em última análise, a proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e a garantia de uma existência com dignidade”.

O problema da eficácia dos direitos fundamentais sociais prestacionais está relacionado com omissão da parcela essencial para manutenção e promoção de vida digna, cujos destinatários têm a obrigação de prover independentemente da existência de lei, extraindo o fundamento para tanto diretamente do texto constitucional.

A eficácia dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional verificar-se-á quando assegurada a todos a implementação do mínimo existencial²⁰⁶ do indivíduo e dos direitos fundamentais relacionados à promoção da plena autonomia individual²⁰⁷ – direito à igualdade material –, pois a proteção desses interesses é de importância ímpar para assegurar

²⁰⁵ “Demonstrou-se, neste contexto, que o problema reside menos no grau de completude da norma do que no aspecto da alegada ausência de legitimação dos tribunais para a determinação do objeto e do *quantum* da prestação, já que, em face da relevância econômica dos direitos sociais prestacionais e da problemática relativa à disponibilidade dos recursos, a decisão sobre a aplicação dos recursos públicos, por sua direta implicação orçamentária, incumbe em primeira linha ao legislador. É por este motivo – como oportunamente ressaltou Canotilho – que a norma contida no art. 5.º, § 1.º da CF não pode, na esfera dos direitos sociais prestacionais, assumir uma dimensão de tudo ou nada, na verdade (como já visto), postulado objetivando a maximização da eficácia dos direitos fundamentais” (SARLET, 2009, p. 348, grifo do autor).

²⁰⁶ Parcela de bens essenciais para prover as necessidades pessoais essenciais a assegurar a existência física do indivíduo (Cf. SARLET, 2009, p. 348-349).

²⁰⁷ O referido tema foi aprofundado quando da análise apresentada no capítulo “3 Estado, direito e economia: o desenvolvimento social, jurídico e cultural como liberdade e igualdade”.

o próprio Estado, já que a negativa da implementação avilta a condição de pessoa humana, baldrame essencial do Estado Democrático de Direitos, conforme expressamente consignado na Constituição Federal de 1988, artigo 1º, inciso III (Cf. SARLET, 2009, p. 348-349).

Em suma, como destacado por Sarlet (2009, p. 349), ao analisar sobre o patamar mínimo de proteção social a ser assegurado:

A resposta a esta indagação, contudo passa pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que indubitavelmente pressupõe um certo grau de autonomia do indivíduo, no sentido de ser capaz de conduzir a sua própria existência, de tal sorte que a liberdade pessoal – como assinalado em outra ocasião – constitui exigência indeclinável da própria dignidade. [...] O princípio da dignidade da pessoa humana pode vir a assumir, portanto, importante função demarcatória, estabelecendo a fronteira para o que se convencionou denominar de padrão mínimo na esfera dos direitos sociais.

Nos casos em que a aplicabilidade (eficácia) do direito fundamental prestacional for contestada em face da separação dos poderes²⁰⁸ – reserva exclusiva de competência do Poder Legislativo para implementação desses direitos –, dever-se-á reconhecer que as prestações essenciais para a promoção do direito à vida (mínimo existencial) e para a promoção da dignidade da pessoa humana deverão ser concretizadas de forma imediata²⁰⁹, sob pena de aviltamento da própria estrutura do Estado Democrático de Direitos²¹⁰.

Por fim, é importante refletir as consequências da falta de materialização dos direitos fundamentais, em especial os sociais prestacionais, em relação à conformação da República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, nos termos do artigo 1º da Constituição Federal.

A globalização e a exclusão social, como verificado diuturnamente na realidade pátria, são apontadas como origens da crise do Estado e do Direito na realidade hodierna, tendo em vista que a omissão deste em implementar os direitos fundamentais vem assentado o

²⁰⁸ “[...] dogmas como o da separação de poderes e o da legalidade orçamentária podem e devem ceder em prol da efetividade da Constituição, já que, se não for reconhecida a supremacia da Constituição, a própria separação de poderes – e todas as demais garantias constitucionais – perderão seu respaldo jurídico” (SOUZA, 2007, p. 4000).

²⁰⁹ “Com base no exposto, verifica-se que o problema apenas poderá ser equacionado à luz das circunstâncias do caso concreto e do direito fundamental específico em pauta, sendo indispensável a ponderação (hierarquização) dos bens e valores em conflito. Assim, em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do legislador (assim como a separação de poderes e as demais objeções habituais aos direitos sociais a prestações como direitos subjetivos) implicar grave agressão (ou mesmo o sacrifício) do valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes, resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na esteira de Alexy e de Gomes Canotilho, que, na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá, em princípio, a possibilidade de reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, onde tal mínimo for ultrapassado, tão-somente um direito subjetivo *prima facie*, já que – nesta seara – não há como resolver a problemática em termos de uma lógica do tudo ou nada” (SARLET, 2011, p. 20).

²¹⁰ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana [...]”.

descrédito na figura do Estado, abrindo espaço para a expansão e fortalecimento do poder de agente econômicos privados. Nesse sentido, é importante destacar a reflexão de Sarlet (2011, p. 3) ao analisar os efeitos da globalização sobre o Estado Democrático de Direito:

Na medida em que – por conta da política e da economia do ‘Estado mínimo’ propalado pelo assim designado ‘consenso neoliberal’ – aumenta o enfraquecimento do Estado democrático de Direito (necessariamente um Estado ‘amigo’ dos direitos fundamentais) e que esta fragilização do Estado e do Direito tem sido acompanhada por um incremento assustador dos níveis de poder social e econômico exercidos pelos grandes atores do cenário econômico, que justamente buscam desvencilhar-se das amarras do poder estatal, coloca-se a indagação a respeito de quem poderá, com efetividade, proteger o cidadão e – no plano internacional – as sociedades economicamente menos desenvolvidas.

O enfraquecimento do Estado, decorrente da falta de implementação dos direitos fundamentais, coloca em risco a democracia levando em consideração o exponencial aumento da exclusão social, pois a pessoa somente poderá se apresentar como cidadã quando possuir assegurado o mínimo de direitos que lhe garanta a plena igualdade e liberdade, de modo que possa adotar em sua vida os rumos desejados, sem que as limitações de ordem econômica, cultural ou social possam limitar e/ou tolher sua escolha. Nesse sentido:

Colocada em risco a democracia e enfraquecido o papel do Estado na sua condição de promover e assegurar os direitos fundamentais e as instituições democráticas, a própria noção de cidadania como direito a ter direitos encontra-se sob grave ameaça, implantando-se, em maior ou menor grau, aquilo que Boaventura Santos denominou de ‘fascismo societal’. Para além disso, o incremento assustador dos índices de exclusão social – em boa parte tributável aos efeitos negativos da globalização econômica – igualmente constitui fator de risco para a democracia. Como bem lembrou Friedrich Müller, em instigante palestra proferida em Porto Alegre, exclusão social e democracia (esta considerada na sua dimensão material) são categorias incompatíveis entre si: a primeira leva inexoravelmente à ausência da segunda (SARLET, 2011, p. 3).

Implementar os direitos, em especial os sociais, entre os quais figura o direito à moradia, é elemento essencial para a manutenção e consolidação de uma sociedade justa, livre, igual e solidária, fundada no baldrame da dignidade da pessoa humana, cuja finalidade é a manutenção, consolidação e fortalecimento do Estado Democrático de Direito²¹¹.

Tendo em vista o comprometimento monetário notório relacionado à implementação de ações visando à concretização dos direitos sociais, os destinatários têm apresentado escusas

²¹¹ “A liberdade e a igualdade políticas da democracia representam também uma exigência material de igualdade e a sua sobrevivência depende de um maior grau de homogeneidade social. Como já alertava Hermann Heller, não é possível a garantia de sobrevivência da democracia em um país em que imensas parcelas do povo não se reconhecem mais no Estado, pois foram por ele abandonadas. A homogeneidade social é, assim, uma forma de integração política democrática. Trata-se, no fundo, da expansão da soberania popular para a esfera econômica, ou seja, da capacidade de todos, e não apenas uma minoria privilegiada, decidir, democraticamente, sobre a utilização do capital acumulado pelos frutos de seu trabalho no interesse coletivo. Não por acaso, a Constituição, de 1988, prescreve, dentre os princípios que regem a ordem econômica, como corolário necessário da finalidade de assegurar a todos uma vida digna, a busca do pleno emprego (art. 170, VIII)” (BERCOVICI, 2007, p. 462).

para deixar de realizar as atividades necessárias à implementação alegando a impossibilidade em razão da falta de recursos suficientes para promover as ações necessárias. Considerando a importância sobre o tema, este será apreciado em seção apartada.

7.2.4.1 O conflito entre a eficácia dos direitos sociais prestacionais e a “reserva do possível”

A questão da prestação material de bem essencial à implementação dos direitos fundamentais tem como escopo, em última análise, racionalizar a distribuição de bens escassos necessários ao atendimento das necessidades essenciais. Portanto, nesse cenário tipicamente econômico²¹², o elemento *possibilidade de disposição* (Cf. SARLET, 2009, p. 286-287), traduzido como *reserva do possível*, apresenta-se como fundamental para racionalizar a aplicação dos recursos do Estado na promoção dos direitos fundamentais.

É essencial destacar que os direitos sociais de cunho prestacional apresentam um ônus financeiro mais elevado ao destinatário em comparação aos direitos civis e políticos – direitos de primeira dimensão. Entretanto, é equivocado reconhecer que a implementação destes é economicamente neutra, porquanto sua efetivação, no plano do ser, demanda a manutenção de estrutura burocrática que gera elevados custos ao destinatário (Cf. SARLET, 2009, p. 284-285).

A origem da teoria da “reserva do possível” tem origem em decisão do Tribunal Constitucional alemão, decisão conhecida como *Numerus Clausus* (BverfGE nº 33, S. 333), em que a Corte alemã analisou pretensão de estudantes contestando limitação para ingresso em curso superior. Na decisão, o Tribunal estabeleceu que a promoção pelo Estado de prestação positiva – no caso, oferecimento de vagas para ingresso em curso superior – está condicionada à reserva do possível, de modo a exigir do destinatário a promoção do que era razoavelmente esperado do Estado para a satisfação de direitos fundamental social²¹³.

A teoria da “reserva do possível”, em sua origem, não se limitava à questão monetária, mas ao fornecimento de prestação material do que se razoavelmente esperava que o Estado promovesse visando a concretizar os direitos fundamentais.

²¹² Conceito analisado no capítulo “3 Estado, direito e economia: o desenvolvimento social, jurídico e cultural como liberdade e igualdade”.

²¹³ “A nosso ver, a reserva do possível pode e deve ser considerada nos precisos termos em que o Tribunal Constitucional alemão inicialmente formulou o conceito: ‘**aquilo que se deve razoavelmente esperar do Estado**’, o que, evidentemente, varia no tempo e no espaço, mas funciona como um limite – que pode e deve existir – das expectativas dos indivíduos em relação à contribuição do Estado para sua realização existencial” (SOUZA, 2007, p. 4002).

Na doutrina e jurisprudência pátria, a teoria da reserva do possível fática traduz-se em limitação financeira, desse modo, considera-se que a limitação da implementação dos direitos fundamentais, em especial os direitos sociais, está condicionada à disponibilidade fática de recursos para a efetivação, disponibilidade jurídica de recursos humanos e materiais, representada na previsão orçamentária da respectiva despesa e a proporcionalidade e razoabilidade da prestação exigida do destinatário (Cf. SARLET, 2009, p. 287). Entretanto, a fixação de uma reserva do possível deve passar pelo juízo de ponderação do interesse protegido em face dos interesses eventualmente maculados²¹⁴.

Conforme pontua Sarlet (2009, p. 287-288):

Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre e com outros princípios constitucionais, exigindo além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreiras intransponíveis mas inclusive ferramental para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional.

Com efeito, desvirtuando seu papel, a reserva do possível vem sendo reconhecida como hipótese de limite objetivo²¹⁵ à concretização pelos destinatários dos direitos fundamentais sociais prestacionais tendo em vista a ocorrência de impossibilidade material, representada pela falta de recursos financeiros necessários, inviabilizando a promoção das atividades necessárias à efetiva materialização dos direitos sociais²¹⁶.

A “reserva do possível” vem sendo utilizada como mecanismo para elidir a responsabilidade na implementação do dever constitucional atribuído aos poderes constituídos (Legislativo e Executivo). Essa forma de aplicação é desvirtuada, porquanto a escusa não pode ser genérica, exigindo comprovação efetiva do comprometimento orçamentário e da indisponibilidade de recursos do destinatário que inviabilize a promoção do direito, bem como

²¹⁴ “[...] a decisão alemã ao tratar da reserva do possível fez referência àquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade. E tal racionalidade apenas pode ser aferida em cada caso concreto, por aplicação do princípio da proporcionalidade, por meio do qual se ponderam os valores envolvidos na questão. Nesse processo de ponderação, a racionalidade econômica – traduzida como limitação de recursos e de capacidade de disposição dos mesmos – incorpora-se à racionalidade do juiz, de modo a compor mais um elemento para determinação da proporcionalidade” (MÂNICA, 2007, p. 20).

²¹⁵ “[...] não nos parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte do seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse (sic) enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais. A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da invocação – observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental” (SARLET, 2009, p. 288).

²¹⁶ “Tal viés da teoria da reserva do possível é importante e deve ser entendido com o objetivo de vincular o direito à economia, no sentido de que as necessidades – mesmo aquelas relacionadas aos direitos sociais – são ilimitadas e os recursos são escassos” (MÂNICA, 2007, p. 17).

é fundamental ponderar, no caso concreto, a essencialidade do valor relacionado ao direito fundamental a ser promovido, especialmente considerando que a promoção dos direitos fundamentais, inclusive os sociais, considerada sua inserção na Constituição, é *munus* dos poderes constituídos, não cabendo a estes discricionariamente deixar de cumprir seu mister²¹⁷.

Para ilustrar, importante destacar o direito fundamental à saúde, de cunho notoriamente prestacional, em que Constituição de 1988, no artigo 198²¹⁸, fixa limitação ao administrador público, impondo a aplicação de parcela mínima de recursos para a promoção desse direito fundamental de tamanha relevância. Da mesma forma ocorre na questão da educação, nos termos do artigo 212 da Constituição Federal²¹⁹.

7.3 A moradia como direito fundamental da pessoa humana

A moradia é reconhecida pela Constituição de 1988 como direito social, nos termos do disposto no artigo 6º (BRASIL, 1988): “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a

²¹⁷ "A inserção dos Direitos Fundamentais nas Constituições assegurou que os valores definidos democraticamente fossem efetivamente concretizados, porquanto estas matérias saem da discricionariedade do Poder Legislativo, tendo em vista o caráter impositivo da Constituição, sob pena de reconhecimento de omissão inconstitucional" (TAVARES, 2012, p. 45).

²¹⁸ “Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: [...]

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I – no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento);

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º”.

²¹⁹ “Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

§ 1º A parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios, não é considerada, para efeito do cálculo previsto neste artigo, receita do governo que a transferir.

§ 2º Para efeito do cumprimento do disposto no ‘caput’ deste artigo, serão considerados os sistemas de ensino federal, estadual e municipal e os recursos aplicados na forma do art. 213.

§ 3º A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, no que se refere a universalização, garantia de padrão de qualidade e equidade, nos termos do plano nacional de educação.

§ 4º Os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde previstos no art. 208, VII, serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários.

§ 5º A educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei.

§ 6º As cotas estaduais e municipais da arrecadação da contribuição social do salário-educação serão distribuídas proporcionalmente ao número de alunos matriculados na educação básica nas respectivas redes públicas de ensino”.

proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Trata-se de direito fundamental de segunda dimensão – direito social de cunho prestacional –, cuja implementação exige ação positiva para a materialização do interesse fundamental tutelado.

É importante destacar que o direito à moradia somente foi positivado recentemente na ordem constitucional pátria, Emenda Constitucional nº 26/2000 (BRASIL, 1988), no entanto, vários diplomas normativos internacionais consagravam a moradia como direito humano.

Tendo em vista a importância da análise do direito à moradia e os problemas relacionados à implementação efetiva deste no mundo do ser, é essencial o desenvolvimento, pormenorizado, visando ao aprofundamento das reflexões basilares à sua compreensão.

7.3.1 A moradia como direito humano: breve ponderação sobre os veículos normativos internacionais relativos ao direito à moradia

O direito à moradia teve seu reconhecimento como direito humano fundamental, não obstante manifestações legais esparsas (Cf. SARLET, 2008, p. 1), em sede internacional na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU em 1948, oportunidade em que a moradia foi reconhecida, expressamente, como direito econômico, social e cultural fundamental. Nesse sentido, estabelece o artigo 25 da declaração:

1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

Tendo em vista sua importância como elemento essencial ao pleno desenvolvimento da capacidade da pessoa (Cf. PFLUG, 2014, p. 38), a moradia foi disciplina em diversos normativos internacionais, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP)²²⁰, Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pidesc)²²¹,

²²⁰ “ARTIGO 17.1. Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação. Tratado internalizado no ordenamento pátrio pelo decreto nº 592, de 6 de julho de 1992”.

²²¹ “ARTIGO 11.1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento. Tratado internalizado no ordenamento pátrio pelo decreto nº 591, de 6 de julho de 1992”.

Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial²²², Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher²²³, Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança²²⁴, Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias²²⁵ e a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados²²⁶.

Dos documentos internacionais pontuados, destaca-se o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pidesc), o qual reconhece o direito de todos a um padrão de vida adequado, inserindo a moradia como um de seus elementos essenciais e imputando aos Estados signatários o dever de adotar medidas para assegurar tais direitos.

Importante pontuar os comentários gerais do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, órgão das Nações Unidas de controle da aplicação e do cumprimento pelos

²²² “Artigo V De conformidade com as obrigações fundamentais enunciadas no artigo 2, Os Estados Partes comprometem-se a proibir e a eliminar a discriminação racial em todas as formas e a garantir o direito de cada uma à igualdade perante a lei sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica, principalmente no gozo dos seguintes direitos: [...] e) direitos econômicos, sociais e culturais, principalmente: [...] iii) direito à habitação [...] Tratado internalizado no ordenamento pátrio pelo decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969”.

²²³ “Artigo 14 [...] 2. Os Estados-Partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher nas zonas rurais a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, que elas participem no desenvolvimento rural e dele se beneficiem, e em particular as assegurar-lhes-ão o direito a: [...] h) gozar de condições de vida adequadas, particularmente nas esferas da habitação, dos serviços sanitários, da eletricidade e do abastecimento de água, do transporte e das comunicações. Tratado internalizado no ordenamento pátrio pelo decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984, alterado pelo decreto no 4.377, de 13 de setembro de 2002”.

²²⁴ “Artigo 27 [...] 3. Os Estados Partes, de acordo com as condições nacionais e dentro de suas possibilidades, adotarão medidas apropriadas a fim de ajudar os pais e outras pessoas responsáveis pela criança a tornar efetivo esse direito e, caso necessário, proporcionarão assistência material e programas de apoio, especialmente no que diz respeito à nutrição, ao vestuário e à habitação. Tratado internalizado no ordenamento pátrio pelo decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990”.

²²⁵ “Artigo 43 1. Os trabalhadores migrantes devem gozar de igualdade de tratamento ao que é concedido aos nacionais do Estado de emprego em matéria de: [...] d) Acesso à habitação, incluindo os programas de habitação social, e proteção contra a exploração em matéria de arrendamento”. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/917816.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2015. Tratado não internalizado no ordenamento pátrio, procedimento em fase de análise na Câmara dos Deputados, nos termos da MSC 696/2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/917816.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2015.

²²⁶ “Artigo 21 Alojamento No que concerne ao alojamento, os Estados Contratantes darão, na medida em que esta questão seja regulada por leis ou regulamentos ou seja submetida ao controle das autoridades públicas, aos refugiados que residam regularmente no seu território, tratamento tão favorável quanto possível e, em todo caso, tratamento não menos favorável do que aquele que é dado, nas mesmas circunstâncias, aos estrangeiros em geral. Tratado internalizado no ordenamento pátrio pelo decreto legislativo no 11, de 1960, parcialmente alterado pelos decretos no 50.215, de 28 de janeiro de 1961, decreto no 98602, de 19 de dezembro de 1989 e decreto, no 99.757 de novembro 1990”.

signatários do Pacto²²⁷ que, ao interpretar o artigo 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, estabeleceu sobre o direito à moradia:

Segundo o ponto de vista do Comitê, o direito à habitação não deveria ser interpretado em um sentido estreito ou restrito que o equipara com, por exemplo, o abrigo provido meramente de um teto sobre a cabeça os indivíduos, ou julga o abrigo exclusivamente como uma mercadoria. Diferentemente, isso deveria ser visto mais propriamente como um direito a viver, onde quer que seja, com segurança, paz e dignidade. Isto é apropriado por, pelo menos, duas razões. Em primeiro lugar, o direito à habitação é integralmente vinculado a outros direitos humanos e a princípios fundamentais sobre os quais a Convenção é baseada. Esta ‘inerente dignidade da pessoa humana’, de que os direitos na Convenção são ditos derivar, exige que o termo ‘habitação’ seja interpretado de forma que leve em conta uma variedade de outras considerações, fundamentalmente que o direito à habitação deveria ser assegurado a todas as pessoas independentemente da renda ou acesso a recursos econômicos²²⁸.

Conforme é possível depreender da interpretação do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a moradia é essencial à efetivação da dignidade da pessoa, humana devendo ser garantida a todos de modo a assegurar condições mínimas para uma existência digna (Cf. OSÓRIO, 2014, p. 43-44).

Com relação a convenções regionais, com destaque para a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (1950), Carta Social Europeia (1961) e a Carta da Comunidade Europeia sobre Direitos Fundamentais Sociais (1989), é importante pontuar que, apesar de não estabelecerem obrigação aos Estados de assegurar moradia aos cidadãos, a Comissão Europeia de Direitos Humanos e os Tribunais Europeus reconheceram o direito à moradia em decisões relativas a despejos e desapossamentos (Cf. SARLET, 2008, p. 2). Por sua vez, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, aprovada em 7 de dezembro de 2000,

[...] contém referência expressa à dimensão social dos direitos fundamentais, prevendo o direito de acesso às prestações de segurança social e assistência social, inclusive no que diz com um auxílio para a habitação, com o objetivo de assegurar uma existência condigna aos necessitados (art. 34) [...] (SARLET, 2008, p. 2).

²²⁷ “O Pacto contém algumas das disposições legais mais importantes no plano internacional relativas aos direitos econômicos, sociais e culturais, nomeadamente relativas ao direito a trabalhar em condições justas e favoráveis, à protecção social, a um nível de vida adequado, ao alcance dos níveis mais elevados de saúde física e mental, à educação e ao gozo dos benefícios da liberdade cultural e do progresso científico. O cumprimento pelos Estados parte das obrigações assumidas nos termos do Pacto e o nível de implementação dos direitos e deveres nele previstos é fiscalizado por um Comitê, expressamente instituído para o efeito, o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/onu-proteccao-dh/orgaos-onu-dir-econ-soc-culturais-novo.html>>. Acesso em: 13 out. 2015.

²²⁸ Texto original disponível em: <<http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/%28Symbol%29/469f4d91a9378221c12563ed0053547e?Opendocument>>. Acesso em: 13 out. 2015. Versão traduzida dos comentários gerais do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/bibliotecavirtual/promocao-e-defesa/publicacoes-2013/pdfs/direito-a-moradia-adequada>>. Acesso em: 13 out. 2015.

Especial realce no plano internacional²²⁹, considerando sua relevância para o reconhecimento, a consolidação e a proteção do direito à moradia como direito humano social (Cf. SARLET, 2008, p. 2), merecem destaque as conferências promovidas pela ONU sobre o problema dos assentamentos humanos em 1976 – Habitat I – Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos e em 1996 – Agenda Habitat II – Declaração de Istambul.

A Declaração de Vancouver – Habitat I – contribuiu para o reconhecimento e a consolidação do direito à moradia estabelecendo-o como direito básico da pessoa humana (Cf. SARLET, 2008, p. 2).

A Declaração de Istambul – Habitat II – reafirma a moradia como direito fundamental, ressaltando, em especial, o dever dos Estados signatários de concretizar o direito reconhecido, conforme se verifica do item 7 do referido diploma internacional:

7. Como os seres humanos são o cerne da nossa preocupação com o desenvolvimento sustentável, eles são a base para as nossas ações na implementação da Agenda Habitat. Reconhecemos as necessidades especiais das mulheres, crianças e jovens por condições de vida seguras e saudáveis. Deveremos intensificar nossos esforços para erradicar a pobreza e a discriminação, para promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais para todos e garantir as necessidades básicas, como educação, nutrição e serviços de saúde vitalícios e, principalmente, moradia adequada para todos. Com essa finalidade, nós nos comprometemos a melhorar as condições de vida em assentamentos humanos de forma consonante com as necessidades e realidades locais, e reconhecemos a necessidade de abordar as tendências globais, econômicas, sociais e ambientais, para garantir a criação de melhores ambientes de vida para todas as pessoas. Garantiremos também a participação total e igual de todas as mulheres e homens e a efetiva participação dos jovens na vida social, política e econômica. Deveremos promover a total acessibilidade para pessoas portadoras de deficiências, além da igualdade de gênero em políticas, programas e projetos habitacionais e no desenvolvimento de assentamentos humanos sustentáveis. Nós assumimos esses compromissos com referência especial às mais de um bilhão de pessoas vivendo em pobreza absoluta e aos membros de grupos vulneráveis e desfavorecidos identificados na Agenda Habitat.

Pinheiro (2014, p. 21), ao analisar a Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos (Habitat II), pontua a contribuição desta para o desenvolvimento do direito à moradia, destacando que deixa “[...] como legado para a humanidade um plano mundial de ação, que tem por escopo promover uma mobilização em nível global direcionado ao alcance do desenvolvimento sustentável de todas as cidades, vilas e aldeias ao redor do mundo, conhecido como Agenda Habitat”.

É essencial pontuar que a abordagem não teve a pretensão de esgotar a matéria, que se apresenta rica e deveras complexa. Delineada a breve exposição sobre o direito à moradia à luz do direito internacional, é essencial para o desenvolvimento do estudo proposto ponderar

²²⁹ É importante pontuar que as Declarações de Vancouver – Habitat I – e Istambul – Habitat II – não têm força normativa interna, entretanto, são diplomas internacionais fundamentais para a fixação do elemento material e do conteúdo do direito à moradia (Cf. FRANZONI, 2014, p. 977).

sobre o reconhecimento da moradia como direito fundamental social no ordenamento jurídico nacional.

7.3.2 Moradia como direito fundamental: esboço sobre a evolução do direito fundamental à moradia no Brasil

O direito à moradia foi introduzido na Constituição Federal de 1988 por meio da EC nº 26/2000 (BRASIL, 1988), a qual alterou a redação do artigo 6º²³⁰, inserindo a moradia como direito fundamental social.

Apesar de sua positivação do direito à moradia somente efetivada com a edição da EC nº 26/2000 (BRASIL, 1988), a Constituição Federal de 1988, em sua redação originária, fazia menção expressa à moradia em diversas passagens, como se verifica ao estabelecer competência à União para fixar diretrizes para o desenvolvimento urbano, em que se inclui a habitação (art. 21, inciso XX²³¹); a competência comum²³² da União, Estado, Distrito Federal e municípios para realizar programas de construção de moradias e melhorias da condição habitacional (art. 23, inciso IX²³³); o salário-mínimo (art. 7º, inciso IV²³⁴), definindo que este deverá atender às necessidades vitais básicas como moradia, o condicionamento da usucapião especial urbano (art. 183²³⁵) e rural (191²³⁶) à utilização do bem para moradia e o reconhecimento da função social da propriedade (art. 5º, inciso, XXIII, 170, inciso, III e 182, parágrafo 2º).

²³⁰ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

²³¹ “Art. 21. Compete à União: [...] XX – instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”.

²³² “No âmbito da competência comum, todos os entes federativos podem atuar administrativamente. Assim, tanto a União quanto os Estados-membros, Municípios e Distrito Federal encontram-se aptos a realizar atividades quanto às matérias mencionadas” (TAVARES, 2010, p. 1138).

²³³ “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] IX – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”.

²³⁴ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”.

²³⁵ “Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”.

²³⁶ “Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade”.

Portanto, denota-se que a Constituição Federal é rica em manifestações do Poder Constituinte, originário e derivado, reconhecendo a moradia como um direito a ser tutelado, bem como é essencial agregar a essas manifestações os diplomas normativos internacionais, já mencionados na seção anterior, tendo em vista que a Constituição Federal²³⁷ reconhece a aplicabilidade direta dos diplomas normativos internacionais que asseguram direitos humanos²³⁸. Nesse sentido:

Por outro lado, por força do art. 5º, parágrafo 2º, da nossa Constituição, tendo em conta ser o Brasil signatário dos principais tratados internacionais em matéria de direitos humanos, notadamente (e isto por si só já bastaria) do Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966, já formalmente incorporado ao direito interno, e partindo-se da premissa largamente difundida pela melhor doutrina (embora repudiada pelo nosso Supremo Tribunal Federal, que, a despeito de já avançando na matéria, reconhece apenas uma hierarquia supralegal dos tratados de direitos humanos) da hierarquia constitucional destes tratados, poder-se-á sustentar que o direito à moradia já era até mesmo expressamente consagrado na nossa ordem interna, pelo menos na condição de materialmente fundamental (SARLET, 2008, p. 3).

Importante destacar que o direito à moradia pode ser reconhecido como direito fundamental implícito, nos termos do art. 5º, § 2º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), porquanto se apresenta como materialização do fundamento da República da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III).

Sarlet (2008, p. 3), analisando a jurisprudência francesa, destaca decisão do Conselho Constitucional (Decisão nº 94-359, de 19.01.95) “[...] reconhecendo que a possibilidade de toda pessoa dispor de um alojamento decente constitui um valor de matriz constitucional, diretamente fundado na dignidade da pessoa humana, isto mesmo sem que houvesse previsão expressa na ordem constitucional”.

7.4 Noção de direito à moradia: análise da moradia como manifestação do mínimo existencial

O direito à moradia no cenário constitucional hodierno, bem assim nas manifestações internacionais, qualifica-se como direito fundamental social, cuja implementação exige, no

²³⁷ “§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

²³⁸ É importante destacar que os diplomas normativos internacionais que reconhecem direitos humanos introduzidos nos termos no § 3º do artigo 5º da Constituição Federal têm *status* de emenda constitucional. Por sua vez, aqueles anteriores à introdução do dispositivo normativo constitucional ou que internalizado sem atender a quorum qualificado, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal (RE 466.343-1/SP), tem natureza de norma supralegal e infraconstitucional.

seu aspecto positivo, prestação material. Tais características foram abordadas nas seções anteriores quando analisados os direitos sociais de cunho prestacionais, incumbindo, neste momento, refletir e delimitar sobre a noção de direito à moradia.

A promoção efetiva de todas as necessidades humanas é impossível tendo em vista que tais são infinitas, dessa maneira, resta ponderar os limites impostos à promoção destes de modo a racionalizar as escolhas e assegurar a todos os indivíduos os bens essenciais para a promoção de uma vida plenamente livre, cujo desenvolvimento pessoal não seja obstado em razão de obstáculos materiais.

O conceito normativo de moradia não pode ser depreendido unicamente do estabelecido no artigo 6º da Constituição Federal (BRASIL, 1988): sua construção demanda hermenêutica sistemática, partindo dos dispositivos inseridos na Constituição Federal relativos à moradia (art. 5º, inciso, XXIII, art. 7º, inciso IV, art. 21, inciso XX, art. 23, inciso IX, art. 170, inciso, III, 182, parágrafo 2º, art. 183, art. 191 etc.), associado aos diversos documentos preceitos extraídos dos diplomas internacionais relativos à moradia.

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos e Sociais (Pidesc) é importante documento normativo cuja contribuição essencial foi estabelecer os elementos essenciais do direito à moradia, contribuindo, decisivamente, para fixar o conteúdo e identificar as obrigações (Cf. FRANZONI; LUFT, 2014, p. 978).

Antes de prosseguir no desenvolvimento do estudo, é essencial, seguindo a preocupação metodológica de esclarecer/minimizar os efeitos da ambiguidade e vagueza dos termos, ponderar se direito à moradia, à habitação e à propriedade podem ser acolhidos como sinônimo.

Direito à moradia é direito fundamental autônomo e não se confunde com o direito à habitação nem com o direito à propriedade, manifestações diversas, como âmbitos de proteção próprios que não podem ser confundidos.

O direito à moradia não se limita a assegurar ao indivíduo um local para habitar, trata-se de direito particular, cuja essência, como disposto quando da análise dos documentos internacionais, é a proteção da moradia de forma abrangente, fixando parâmetros mínimos para assegurar uma moradia adequada, o que transcende a simples previsão a uma habitação.

De igual forma o direito de propriedade não se assemelha ao direito à moradia, cada qual tem seu âmbito autônomo de proteção, porquanto aquele visa à manutenção do titular como detentor do bem – visão individualista – enquanto este é destinado a assegurar ao indivíduo um local digno para residir só ou com sua família, local em que lhe é assegurado desenvolver com plenitude suas capacidades (Cf. SARLET, 2008, p. 9).

Assegurar o direito à moradia não demanda, obrigatoriamente, reconhecer a propriedade sobre o bem, como se tem verificado no caso dos programas que asseguram o aluguel social, forma que prove de forma digna a moradia sem, no entanto, reconhecer a propriedade ao beneficiário. É importante destacar que a propriedade, quando exercida de forma a assegurar o bem-estar de todos, atendendo à função social, na seara urbana ou rural, promove, de igual forma, o direito à moradia, pois o titular fica imune ao desapossamento involuntário do bem²³⁹.

Com relação à aplicabilidade do direito social à moradia, não obstante figurar como norma de cunho programático, é essencial pontuar, retomando o já delineado em seção anterior, que essas normas têm aplicabilidade imediata²⁴⁰ (Cf. SOUZA, 2013, p. 112). Portanto, o direito à moradia, tanto no seu aspecto negativo²⁴¹ como positivo²⁴², possui aplicabilidade imediata, atendendo suas particularidades, de modo que seus destinatários deverão:

- (i) evitar medidas deliberadamente regressivas em matéria habitacional; (ii) dedicar o máximo de esforços e o máximo de recursos disponíveis para que o direito seja efetivado no menor prazo possível, sendo dada prioridade para os casos mais urgentes; (iii) sempre satisfazer ao menos o conteúdo mínimo do direito, mesmo nos momentos de recessão ou crise (FRANZONI; LUFT, 2014, p. 982).

O direito à moradia manifesta-se como um complexo de posições jurídicas negativas de orientação defensiva e aquelas positivas de cunho prestacional, manifestações que visam a

²³⁹ “Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

I – a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;
II – a propriedade produtiva.

Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social”.

²⁴⁰ “A partir dessa premissa tem-se que o exercício do direito à moradia independe de normas criadoras de instituições ou de sistemas que facilitem a aquisição da casa própria, da locação, do consórcio, entre outros instrumentos, para a facilitação, proteção e exercício desse direito, pois a mera omissão do Estado (ex: abusiva omissão legislativa) quanto ao proclamado direito gera sua responsabilidade” (SOUZA, 2013, p.112-113).

²⁴¹ “No que diz com o significado do art. 5.º, § 1.º, da CF (LGL\1988\3), para os direitos de defesa (negativos), estes, por reclamarem (em princípio) uma atitude de abstenção por parte dos destinatários, virtualmente não costumam ter sua plenitude eficaz e, portanto, sua imediata aplicabilidade questionada seriamente. Na medida em que se dirigem a um comportamento em geral omissivo, exigindo o respeito e a não ingerência na esfera da autonomia pessoal ou no âmbito de proteção do direito fundamental, não se verifica, em regra, a dependência da realização destes direitos de prestações fáticas ou normativas por parte do destinatário” (SARLET, 2011, p. 14).

²⁴² “Tomando-se agora o direito a moradia na sua condição de um direito a prestações materiais (fáticas) que viabilizem o acesso efetivo a uma moradia digna e desde logo cientes de que também (e compreensivelmente) os tratados internacionais que versam sobre o tema não impõe aos Estados a obrigação de disponibilizar a todos uma moradia, apenas (como de resto já frisado) determinando que sejam empreendidos esforços concretos e efetivos neste sentido, não há, todavia, como deixar de considerar, mesmo que sem o desenvolvimento desejável, a eventual possibilidade de se admitir, diretamente com base na previsão constitucional e mesmo sem uma opção legislativa neste sentido (que, ademais, não teria o condão de afastar todos os obstáculos, especialmente no que diz com a carência de recursos), um direito subjetivo a prestações fáticas, que possa ser objeto de reconhecimento pelos órgãos do Poder Judiciário” (SARLET, 2011, p. 19).

materializar o direito à moradia, conforme disposto hodiernamente no artigo 6º da Constituição Federal. Com fundamento nas reflexões apresentadas na seção 4.3.2 do presente trabalho, cabe esclarecer que, partindo de determinado enunciado normativo – texto –, poder-se-á construir várias normas jurídicas, como se verifica no caso em análise, pois, a partir do artigo 6º da Constituição Federal (BRASIL, 1988) que assegura o direito à moradia, constrói-se uma norma de cunho negativo e outra prestacional.

No aspecto negativo, direito de defesa, assegura-se a moradia em face a restrições irrazoáveis ao direito provocadas por ação do Estado ou por terceiros, no intuito de assegurar o respeito e a proteção à moradia. Portanto, a moradia está protegida contra atos indevidos dos destinatários (Estado ou terceiros) que possam vilipendiar o interesse protegido, de modo que “[...] o Estado, assim como os particulares, tem o dever jurídico de respeitar e de não afetar a moradia das pessoas, de tal sorte que toda e qualquer medida violadora do direito à moradia é passível de ser impugnada em Juízo” (FRANZONI; LUFT, 2014, p. 983).

Como todo direito fundamental, não tem natureza absoluta e, por isso, é passível de limitação estabelecida no ordenamento jurídico (Constituição e Leis), assegurando, no entanto, a preservação do núcleo essencial do direito tutelado (Cf. FRANZONI; LUFT, 2014, p. 983-984)

Em sua manifestação positiva, é necessário ponderar o direito subjetivo à moradia, seu conteúdo e limite, tendo em vista que a satisfação integral de todos os interesses particulares é inadmissível, como já pontuado.

A promoção do direito à moradia²⁴³ deve ser efetivada visando a prover o mínimo existencial, ou seja, o necessário para o indivíduo desenvolver suas capacidades de forma livre, assegurando a tutela meio de prestação material destinada a garantir moradia àqueles que estão sujeitos a condições de pobreza que lhe afastam a própria dignidade²⁴⁴. Desse modo, “[...] tem-se, pois, que o direito à moradia tem por finalidade garantir uma vida digna ao indivíduo, pois não se pode conceber uma vida digna sem um local adequado para a moradia do indivíduo” (PFLUG, 2014, p. 40).

Como bem esclarece Sarlet (2008, p. 7) ao ponderar o direito à moradia à luz do mínimo existencial, “[...] direito à moradia, a íntima e indissociável vinculação com a dignidade da pessoa humana resulta inequívoca pelo menos no âmbito daquilo que se tem

²⁴³ "Evidencia-se que, desde os primórdios, a sociedade encontra na habitação um dos elementos essenciais para a preservação do homem, e, com o evoluir da história, esta necessidade passou a ser reconhecida como direito inerente à própria condição humana. Contudo, lamentavelmente, mesmo com o notável evoluir da civilização persiste um imenso abismo entre este direito essencial e boa parte da sociedade" (MONTEIRO, 2013, p. 187).

²⁴⁴ Conforme abordado no capítulo 3, seção 3.2, do presente trabalho.

designado de um direito às condições materiais mínimas para uma existência digna e na medida em que a moradia cumpre esta função”.

E prossegue o autor pontuando:

De fato, sem um lugar adequado para proteger a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem-estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, a depender das circunstâncias, por vezes não terá sequer assegurado o direito à própria existência física, e, portanto, o seu direito à vida.

Ter um local para morar só ou com sua família é essencial para que a pessoa possa desenvolver de modo digno sua capacidade e demais direitos fundamentais, pois não há direito à intimidade e privacidade²⁴⁵ sem que o indivíduo detenha local reservado para viver e desenvolver sua esfera privada. Destarte não há liberdade plena sem moradia²⁴⁶.

Franzoni e Luft (2014, p. 984) destacam exemplo da promoção do direito à moradia como manifestação do mínimo existencial:

Quando a efetivação do direito à moradia for imprescindível, portanto, ao princípio da liberdade fática, por exemplo, ele será exigível no tocante ao seu mínimo existencial. É o caso da possibilidade de se exigir ‘aluguéis sociais’ para vítimas de enchentes ou desastres naturais, temporariamente sem moradia ou, segundo doutrina minoritária, o reconhecimento do direito subjetivo à concessão de uso especial para fins de moradia.

O direito à liberdade e à intimidade é um de tantos outros direitos que exigem para sua salvaguarda a existência de uma moradia adequada, elemento material essencial ao desenvolvimento do indivíduo. Assim como pontua Osório (2014, p. 44):

Morar constitui um existencial humano, de acordo com Lima Lopes, porque engloba o direito de ocupar um lugar no espaço e as condições que tornam adequadas tal lugar para moradia. É neste contexto que o vínculo direto entre direito à moradia e garantia de um mínimo existencial materializam-se, constituindo-se, para tanto, como conteúdo existencial de outros direitos fundamentais, tais como o direito de propriedade.

A moradia apresenta-se como parcela indissociável da dignidade da pessoa humana, compondo parcela do estabelecido mínimo necessário vital – mínimo existencial – parcela

²⁴⁵ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

²⁴⁶ “[...] morar sob um teto, em um local determinado, tem-se também direito a outros direitos, como o direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, ao sigilo de correspondência de sua residência, ao segredo doméstico, ao sossego, à educação, à saúde, pois não há como admitir o exercício de um direito sem o outro, porquanto são tão essenciais que se unem em um só indivíduo, de forma que não se pode separá-los integralmente ou definitivamente. Não há como obter vida digna dentro de situações subumanas, como aquelas em que falta, por exemplo, saneamento básico” (SOUZA, 2013, p. 110).

cuja implementação efetiva o Estado não pode negar (Cf. PFLUG, 2014, p. 40), sob pena de negar ao indivíduo sua plena existência.

É importante acrescentar que o direito à moradia é manifestação do direito da personalidade inerente à condição de homem, a qual exige que este possua um local adequado para desenvolver-se plenamente. Nesse sentido, Souza (2013, 126, grifo do autor) destaca:

O direito à moradia é concebido como inerente ao ser humano, que faz jus à sua morada, ao seu local, à sua pousada, enfim, ao seu *habitat*. A moradia constitui-se como essência do indivíduo, de modo que sem ela a existência digna de outros direitos, como o direito à vida e à própria liberdade, não é exercida de forma satisfatória e plena. [...]

Ante as diversas manifestações do direito à moradia, no caso da integridade física, psíquica ou moral, é ele um dos direitos da personalidade atrelados à *integridade pessoal*, de forma que toda pessoa tem direito que se respeite sua integridade física, psíquica e moral para o exercício do direito adequado de moradia.

Com fundamento nas obrigações assumidas pelo Estado nos termos dispostos na Constituição de 1988, desenvolver sociedade livre justa e solidária, promover o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza, entre outras obrigações, e nos compromissos internacionais firmados pelo Estado, em especial a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais²⁴⁷, é essencial reconhecer que o direito à moradia é uma obrigação²⁴⁸ do Estado de modo que a ele compete concretizá-lo, promovendo políticas públicas que viabilizem moradia adequada a todos aqueles que estejam aquém do limite do mínimo essencial, assegurando-lhes o palco necessário e essencial para o desenvolvimento pleno da pessoa humana.

Reforçando a conclusão, é importante destacar a lição de Sarlet (2011, p. 7-8):

Tendo em conta que no caso do direito à moradia a íntima e indissociável vinculação com a dignidade da pessoa humana resulta inequívoca, pelo menos no âmbito daquilo que se tem designado de um direito às condições materiais mínimas para uma existência digna, parece-nos dispensável, dadas as proporções deste estudo, avançar ainda mais na sua fundamentação. Aliás, provavelmente é ao direito à moradia – bem mais do que ao direito de propriedade – que melhor se ajusta a conhecida frase de Hegel, ao sustentar – numa tradução livre – que a propriedade constitui (também) o espaço de liberdade da pessoa (*Sphäre ihrer Freiheit*). Com efeito, sem um lugar adequado para proteger-se a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, por vezes não terá sequer

²⁴⁷ “ARTIGO 2º 1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas [...]”.

²⁴⁸ “Sem que se vá aqui examinar de modo mais detalhado cada obrigação a ser assumida pelos Estados na esfera internacional, o que se verifica, desde logo, é que tais compromissos apenas enrobustecem a constatação de que o direito à moradia apresenta uma face defensiva e prestacional, implicando um feixe complexo, conexo e diversificado de posições jurídicas fundamentais, com notas distintas até mesmo no âmbito interno da classificação em direitos negativos e prestacionais” (SARLET, 2011, p. 11-12).

assegurado o direito à própria existência física, e, portanto, o seu direito à vida. Não é por outra razão que o direito à moradia tem sido, também entre nós – e de modo incensurável incluído no elenco dos assim designados direitos de subsistência, como expressão mínima do próprio direito à vida.

Desse modo, para além de assegurar a moradia somente em casos excepcionais, em casos de intempéries naturais, como proposto no exemplo apresentado (FRANZONI; LUFT, 2014, p. 984), o Estado deve assegurar a promoção do mínimo essencial necessário para solidificar a dignidade da pessoa, o que engloba, como já pontuado, garantir moradia digna a todos que estejam alijados do acesso a esse bem essencial.

É importante destacar que o essencial para desenvolver uma vida com dignidade não pode limitar-se, como muitos doutrinadores vem professando, ao essencial à sobrevivência do indivíduo. O mínimo existencial é a parcela necessária para que o indivíduo possa desenvolver livremente sua plena capacidade, sem obstáculos econômicos, culturais etc. Desse modo:

Cumpra registrar que o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações não se deverá restringir às hipóteses nas quais a própria vida humana estiver correndo o risco de ser sacrificada, não obstante seja este o exemplo mais pungente a ser referido. O princípio da dignidade da pessoa humana assume, também no que diz com este aspecto, importante função demarcatória, podendo servir de parâmetro para avaliar qual o padrão mínimo em direitos sociais (mesmo como direitos subjetivos individuais) a ser reconhecido (SARLET, 2011, p. 20).

O direito à moradia deverá ser efetivamente assegurado pelo Estado e pelos demais destinatários de modo que seja concretizado progressivamente, assegurando a todos condições de viver dignamente, tendo local digno para desenvolver, de forma plena, as suas capacidades essenciais como pessoa humana, solidificando o baldrame de sustentação do Estado Democrático de Direito (art. 1^o, inciso III)²⁴⁹.

²⁴⁹ “Colocada em risco a democracia e enfraquecido o papel do Estado na sua condição de promover e assegurar os direitos fundamentais e as instituições democráticas, a própria noção de cidadania como direito a ter direitos encontra-se sob grave ameaça, implantando-se, em maior ou menor grau, aquilo que Boaventura Santos denominou de ‘fascismo societal’. Para além disso, o incremento assustador dos índices de exclusão social – em boa parte tributável aos efeitos negativos da globalização econômica – igualmente constitui fator de risco para a democracia” (SARLET, 2011, p. 3).

8 A PROMOÇÃO DO DIREITO À MORADIA E A ATUAÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA

A atuação do Estado deve pautar-se pela concretização da dignidade da pessoa humana, baldrame do Estado Democrático de Direito, artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, e finalidade da ordem econômica, nos termos do artigo 170 da Constituição Federal, buscando a construção de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social cujo objetivo é assegurar a todos os direitos sociais e individuais relacionados à liberdade, à segurança, ao bem-estar, ao desenvolvimento, à igualdade e à justiça.

O Estado tem como finalidade materializar os direitos fundamentais incorporados nos textos constitucionais, firmados em compromissos internacionais – direitos humanos – ou reconhecidos por meio da cláusula de aberta (art. 5º, § 2º da Constituição Federal), assegurado a todos os direitos fundamentais de primeira (liberdade), segunda (igualdade) e terceira (fraternidade) dimensões.

Com efeito, partindo do estabelecido na Constituição de 1988, é possível definir a linha de atuação dos poderes constituídos, porquanto estão vinculados aos compromissos constitucionais que se concretizam por meio de ações materiais visando a implementar os princípios, objetivos e fundamentos, como pondera Clève (2012, p. 4-5) ao analisar o papel dos poderes constituídos e a concretização dos direitos fundamentais:

Afirme-se, portanto, que sob a égide da Constituição Federal de 1988 o Estado, espaço político por excelência, haverá de ser compreendido como uma espécie de ossatura institucional desenhada pelo Constituinte para satisfazer os princípios, objetivos e direitos fundamentais através da atuação do Legislativo, buscando a concretização das disposições constitucionais, inclusive veiculando os direitos prestacionais, através da atuação do Judiciário, que deverá manifestar-se como sustentação numa hermenêutica comprometida com a principiologia constitucional, e em virtude da ação do Executivo ao qual incumbe desenvolver políticas públicas realizadoras de direitos e criar ou aprimorar os serviços públicos voltados à idêntica finalidade (saúde, educação, habitação etc.).

A opção de um Estado com viés social, cujo compromisso com a implementação de direitos fundamentais sociais é marca de destaque e distinção, particulariza o Estado Democrático de Direito constituído a partir da Constituição de 1988, em que a preocupação com o reconhecimento, a consolidação e a implementação dos direitos fundamentais sociais é compromisso basilar assumido, e sua omissão caracteriza afronta ao pacto firmado para o estabelecimento do Estado.

Desse modo, para assegurar dignidade à pessoa, é essencial garantir a todos condições mínimas ao incremento das capacidades individuais, de modo que as barreiras sociais,

econômicas e culturais não sejam entraves para o progresso da pessoa, assegurando que todos possam viver e se desenvolver pautados segundo suas próprias opções de vida.

Não cumprir os compromissos assumidos na consolidação do Estado Democrático de Direito, firmado com fundamento na Constituição Federal de 1988, é opção inadmissível aos poderes constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário), os quais têm o dever de consolidar, implementar e expandir as decisões políticas adotadas que se traduzem em direitos fundamentais inseridos na Carta Constitucional, bem assim reconhecer, consolidar e implementar os direitos humanos perfilhados em documentos internacionais de que o Estado é signatário. É dever do Estado implementar os compromissos políticos fixados na Carta Constitucional e nos tratados de direitos humanos.

Com efeito, no que tange à questão do direito fundamental social à moradia, é importante ressaltar o dever do Estado em efetivá-lo:

A concretização dos objetivos e dos princípios constitucionais pelo Estado brasileiro deve levar em conta, portanto a efetivação do direito à moradia como parte de sua estratégia de desenvolvimento econômico e social, pois esse direito integra, objetivamente, valores sociais escolhidos pela comunidade (FRANZONI; LUFT, 2014, p. 981).

Inserido no cenário hodierno, não há como retirar a obrigação do Estado de atuar como agente prestador, responsável pelo fornecimento de bens e serviços necessários para assegurar o mínimo essencial para o desenvolvimento pleno do indivíduo, tendo em vista os compromissos firmados na Constituição Federal de 1988, especialmente traduzidos nos direitos sociais assegurados expressa ou implicitamente no texto constitucional ou firmados em tratados de direitos humanos relacionados à moradia, cujo escopo é assegurar os bens essenciais para a vida e o desenvolvimento da pessoa humana.

A omissão na implementação dos direitos fundamentais sociais destinados a promover a igualdade material, em especial àqueles indivíduos fragilizados em razão de circunstâncias econômicas, culturais ou sociais, vilipendia sua condição de pessoa humana, uma vez que, sem a atuação estatal, não possuem os atributos essenciais para desenvolver com plenitude sua capacidade.

Dessa forma, a atuação do Estado promovendo a “desigualação” por meio de fornecimento de bens essenciais para assegurar a tutela de direito fundamental é essencial para o pleno desenvolvimento, pois “[...] não há negar-se que uma sociedade que não pode contar com serviços públicos de qualidade, em que os indivíduos não podem fruir dos seus direitos sociais, não logrará êxito e os seus indivíduos não vão exercer sua cidadania de forma plena” (PFLUG, 2014, p. 35).

A implementação efetivada da cidadania dar-se-á com a intervenção do Estado a fim de prover aos hipossuficientes o mínimo essencial para o desenvolvimento da pessoa, de modo que possam viver de forma efetivamente livre.

No Estado constituído a partir da Constituição Federal de 1988, notadamente voltado à consolidação dos valores da igualdade e liberdade materiais, a intervenção estatal é função imprescindível. Desse modo, a intervenção na sociedade e, em especial, na ordem econômica, é necessidade inerente e essencial para a efetivação integral do Estado Democrático e Social, opção adotada nos termos do art. 1º da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

A vinculação da promoção dos direitos sociais fundamentais reconhecidos no ordenamento e a consolidação do Estado Democrático de Direito têm sido reiteradas, ressaltando a dependência da condição existencial do indivíduo à ação promocional viabilizada pelo Estado.

Com efeito, a dependência das pessoas em relação ao Estado é evidente e realça na configuração que este assume na contemporaneidade (Estado Social, Estado providência). Porém todo o direito e todos os direitos podem reclamar o patrocínio do Poder Público para sua viabilização. Essa é uma contingência tanto dos direitos sociais quanto dos clássicos direitos de defesa, pois ‘o indivíduo não se encontra mais em condições de – sem o auxílio do Estado – exercer autonomamente sua liberdade’ (ROTHENBURG, 2014, p. 897).

No mesmo sentido, Sarlet (2009, p. 343) pontua, a partir do pensamento de Rüdiger Breuer, que:

Partindo da constatação de que no Estado prestacional moderno o indivíduo se encontra numa dependência existencial da atuação dos poderes públicos, Breuer sustenta que a plena realização da justiça social na condição de tarefa acometida ao Estado apenas pode ser aferida com base no parâmetro do grau de garantia das liberdades fundamentais, razão pela qual direitos subjetivos a prestações apenas podem ser reconhecidos à medida que indispensáveis à manutenção da (sic) liberdades fundamentais, pressupondo que o indivíduo não se encontra mais em condições de – sem o auxílio do Estado – exercer autonomamente sua liberdade.

A intervenção do Estado mirando a promoção dos direitos sociais reconhecidos não é uma opção conferida pela Constituição aos destinatários, trata-se, no entanto, de dever, cuja omissão é passível de correção e eventual responsabilização (Cf. SOUZA, 2013, p. 203-220).

E, por fim, necessário ressaltar, conforme abordado quando da análise sobre a eficácia dos direitos sociais na seção 7.2.1.3, a falta de implementação efetiva dos direitos fundamentais, em especial os sociais, entre os quais figura o direito à moradia, coloca em risco a democracia e o próprio Estado Democrático de Direito.

8.1 Política pública para implementação do direito fundamental à moradia

A implementação dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional, os quais demandam atuação positiva estatal destinada ao fornecimento de bem ou serviço, tal como verificado com o direito à moradia, deve ser realizada no mundo do ser, em regra, por meio de políticas públicas, ações materiais providas pelo Poder Executivo com o objetivo de fornecer aos interessados o bem essencial para satisfação do interesse fundamental tutelado. Nesse sentido:

[...] as políticas públicas destinadas a assegurar a todos o direito a uma moradia adequada constituem tema bastante atual e dotado de irradiações em campos tão diversos quanto saúde, saneamento básico, segurança pública, mobilidade urbana, etc. Entre elas, possuem especial relevo os financiamentos habitacionais destinados ao público carente de moradia, cumprindo a um só tempo um papel de promoção social e dinamização econômica (PINHEIRO, 2014, p. 21).

É importante pontuar, preliminarmente, que o direito à moradia não é tutelado somente por meio de ação de cunho prestacional – ação positiva –, pois, como já disposto quando analisada a eficácia dos direitos sociais fundamentais, há “[...] direito subjetivo negativo, já que sempre possibilita ao indivíduo que exija do Estado que este se abstenha de atuar de forma contrária ao conteúdo da norma que consagra o direito fundamental” (SARLET, 2009, p. 297). O Estado e os demais destinatários não podem agir de modo a contrariar o interesse tutelado, em especial, esvaziando seu conteúdo.

Apesar da importância da faceta negativa do direito à moradia, por uma opção metodológica de contingenciamento do objeto de estudo, a presente seção enfocará, de forma destacada, a parcela positiva do direito à moradia, não obstante reconhecer a importância do seu sentido negativo, como parâmetro normativo (bloco de constitucionalidade) para controle de constitucionalidade de eventual lei, baliza interpretativa para aplicação de leis relacionadas à moradia e limites à ação estatal executiva que conspurque o direito fundamental à moradia.

Em primeiro plano, é essencial analisar a questão do direito subjetivo à implementação de uma política pública destinada a promover a concretização do direito à moradia, porquanto a mera declaração do direito na Constituição não é eficaz para a tutela do direito protegido.

A implementação dos direitos fundamentais de segunda dimensão, de cunho prestacionais, exigem a intervenção do Estado na sociedade que se efetiva por meio da criação de políticas públicas, instrumentos de ação estatal que visam a racionalizar a distribuição dos recursos disponíveis de modo a satisfazer com maior intensidade e de forma mais ampla esses interesses a maior gama de interessados possível. Desse modo, é possível vislumbrar um

direito subjetivo público à promoção de política pública essencial para a concretização do direito fundamental social à moradia²⁵⁰.

Canotilho (2003, p. 408-409, grifo do autor), com fundamento na Constituição Portuguesa de 1976, avalia que as normas de direitos sociais têm eficácia vinculativa aos poderes públicos de modo a exigir ação ativa na busca da promoção do interesse, destacando, com o brilhantismo que lhe é peculiar, que “[...] é líquido que as normas consagradas de direitos sociais, económicos e culturais da Constituição Portuguesa de 1976 individualizam e impõem *políticas públicas* socialmente activas”.

Partindo da Constituição Federal de 1988, no qual o direito social fundamental à moradia está consagrado, formal e materialmente, é possível extrair os fundamentos para a construção de um direito subjetivo à política pública essencial para a promoção efetiva do direito à moradia, em especial para os hipossuficientes, aqueles que não dispõem de condições para prover, por seus próprios meios, a satisfação desse interesse fundamental, que se apresenta como exteriorização do mínimo vital para o desenvolvimento da pessoa.

Uma segunda abordagem necessária na presente seção diz respeito à possibilidade de exigir do Estado, principal destinatário do direito à moradia²⁵¹, a tutela como direito subjetivo individual, assegurando ao interessado pretensão em face do Estado buscando efetivar materialmente o direito à moradia.

Com fundamento nos dispositivos inseridos na Constituição Federal de 1988 pertinentes aos direitos sociais e, em especial, ao direito à moradia, é possível o reconhecimento de uma pretensão, direito público subjetivo, da pessoa hipossuficiente, a ser exercida em face do Estado, buscando a implementação da tutela do direito social assegurado. Assim sendo, aquele que está em situação de vulnerabilidade, cuja dignidade está vilipendiada em razão na inexistência de moradia adequada, poderá pugnar, em face do Estado, a implementação do direito à moradia, buscando assegurar o fornecimento de imóvel digno para a moradia própria e da família, assegurando condições mínimas para o desenvolvimento da

²⁵⁰ Sarlet (2009, p. 298) apresenta importante exemplo do dever do Estado de promover políticas públicas necessárias à implementação de direito fundamental social ao analisar o direito social ao trabalho, ressaltando que “[...] também no direito pátrio – para nos atermos ao exemplo referido – poderia argumentar-se que existe, no âmbito mais elástico do direito ao trabalho (art. 6º da CF) um direito fundamental a uma política de pleno emprego, já que esta constitui um dos princípios fundamentais da ordem econômica na nossa Constituição (art. 170, inc. VIII)”.

²⁵¹ Não se quer restringir de modo absoluto que o destinatário do direito à moradia é, unicamente, o Estado, entretanto, por uma opção de limitação do objeto de análise, não será abordada a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais sociais que, no caso do direito à moradia, representaria a tutela desse direito em face dos particulares. O tema apresenta-se de importância ímpar tendo em vista a atuação efetiva de muitos agentes financeiros privados visando a suprir necessidades tuteladas como direitos fundamentais, no entanto, a limitação do presente trabalho não comporta a profundidade da discussão que o tema merece.

pessoa, que somente se concretizará quando possuir elementos mínimos essenciais que lhe assegurem igualdade material para agir em sociedade e, portanto, para desempenhar livremente seu papel social.

Cumprido ressaltar, no entanto, que a posição apresentada não possui respaldo na doutrina majoritária e na jurisprudência sobre o tema, porquanto estas refutam a ideia da existência de um direito subjetivo à tutela da moradia.

Tais manifestações, contudo, de forma tímida, têm assegurado o direito geral à política pública habitacional sem ponderar, por outro lado, em relação à extensão e a necessidade de inclusão plena dos indivíduos assegurando-lhes acesso ao mínimo vital, de modo que ações estatais apresentam-se, em muitos casos, como políticas de segregação que não atingem a finalidade de promover a igualdade material, uma vez que excluem grande parte dos indivíduos que necessitam da intervenção do Estado para assegurar o provimento do interesse.

A promoção dos direitos fundamentais é, como já pontuado no desenvolvimento do presente trabalho, um dever do Estado, o qual necessita atuar de forma ativa, intervindo na esfera social e/ou econômica, de modo a assegurar àqueles alijados de seus direitos fundamentais básicos o fornecimento de prestação essencial para prover a todos o mínimo essencial ao desenvolvimento.

Convém frisar que “[...] é imprescindível também que o Estado promova políticas públicas de moradia possibilitando ao indivíduo a aquisição de moradias a custo acessível, de forma a não prejudicar o orçamento familiar, e possa, assim, garantir uma vida digna” (PFLUG, 2014, p. 39).

É importante destacar ainda que o déficit habitacional na realidade social hodierna demonstra que a política pública habitacional desenvolvida não se apresenta como suficiente para a proteção do direito fundamental à moradia²⁵², representando violação à proibição da ineficácia do direito fundamental²⁵³, de modo que é obrigação do Estado tutelar, de forma adequada, os direitos fundamentais.

²⁵² "As políticas de habitação no Brasil, sobretudo para famílias de baixa renda, não possuem um histórico muito animador. As primeiras tentativas de executá-las datam da metade do século XX, como a criação de entidades como a Fundação da Casa Popular de 1946 e o Banco Nacional de Habitação (BNH) de 1964. Este último foi o exemplar mais importante, mas ele não conseguiu atingir as famílias de baixa renda que deveriam ser seu foco principal. Com a extinção do BNH em 1986, a habitação passou a ser alvo de políticas pontuais e desarticuladas entre os entes da federação" (FRANZONI, 2014, p. 968).

²⁵³ "Com efeito, a partir de desenvolvimentos teóricos formulados especialmente por Claus-Wilhelm Canaris e Josef Isensee, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, por ocasião da sua segunda decisão sobre o aborto, em maio 1993, considerou que o legislador, ao implementar um dever de prestação que lhe foi imposto pela Constituição (especialmente no âmbito dos deveres de proteção), encontra-se vinculado pela proibição de insuficiência, de tal sorte que os níveis de proteção (proteção, as medidas estabelecidas pelo legislador) deveriam ser suficientes para assegurar um padrão mínimo (adequado e eficaz) de proteção

Tutelar a promoção do direito à moradia não é opção do Estado: é dever que impõe a obrigação de materializar o direito assegurando moradia adequada a todos que estiverem alijados deste e que não tenham condições efetivas de promover, *sponte propria*, a satisfação desse interesse. Como pontua Sarlet (2011, p. 18) ao dissertar sobre as formas de tutela do direito à moradia:

Já na esfera de um direito à moradia como direito de acesso a uma habitação, igualmente existe um leque amplo de possibilidades, como demonstra a criação de linhas de financiamento específicas facilitando a aquisição ou construção de residências especialmente para pessoas de baixo poder aquisitivo, o estabelecimento de um sistema de mutirões, ou mesmo a criação de uma rubrica específica na esfera da assistência social (como ocorre em diversos países industrializados) destinada a cobrir – em caráter temporário e em montante variável de acordo com as circunstâncias do caso concreto – despesas com habitação (pagamento de alugueres), nesta hipótese com a vantagem de que com isto estarão sendo estimulados investimentos na construção de habitações, por sua vez refletindo no incremento dos níveis de emprego e fomento da economia.

Delineados os contornos básicos sobre a forma de assegurar a tutela do direito à moradia é importante analisar as formas de implementação, o modo de materialização, no mundo do ser, desse importante direito fundamental social.

8.1.1 A implementação da política habitacional: reflexão sobre as formas de promoção do direito à moradia

A relevância do déficit de moradia no Brasil verifica-se com o incremento do desenvolvimento manufatureiro-industrial iniciado no final do século XIX e início do século XX, tendo em vista que, em período pretérito, em que economia estava sedimentada no sistema de produção agrícola escravocrata, a questão da habitação era de cunho eminentemente privado²⁵⁴, considerando que a tutela desse direito visava à preservação da propriedade, materializada nos escravos e na manutenção da produção (Cf. SOUZA, 2013, p. 42-43).

Com a expansão industrial, a consolidação de uma massa de trabalhadores e o desenvolvimento das cidades, a preocupação com a questão da moradia foi transferida ao

constitucionalmente exigido. A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do Poder Público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção [...]” (SARLET, 2011, p. 17).

²⁵⁴ "Nessa época, é forçoso reconhecer que a natureza da temática *habitação* era meramente provada. A preocupação governamental praticamente inexistia, não obstante os problemas presentes, pois não havia massa de trabalhadores para acomodar, uma vez que os escravos estavam instalados na zona rural ou viviam na cidade, a expensas de seus senhores" (SOUZA, 2013, p. 43, grifo do autor).

Poder Público²⁵⁵ ao qual coube intervir buscando auxiliar na construção de moradias destinadas à população que migrava para as cidades em busca de novas oportunidades. Como estabelece Souza (2013, p. 45) ao dissertar sobre a ampliação do problema habitacional no final do período imperial e início da República, “[...] os incentivos concedidos pretendiam estimular a produção de moradias salubres para a acomodação de, pelo menos, trinta e quatro mil pessoas, numa média de duas mil por concessão, o que correspondia à época a setenta e três por cento da população residente em cortiços na cidade do Rio de Janeiro em 1988”.

A intensificação do desenvolvimento industrial, em especial na década de 1920, sobretudo na região sudeste, consolidou a formação de grandes centros urbanos em que o problema da moradia intensificou-se, exigindo uma intervenção efetiva do Estado para a solução. Tendo em vista a necessidade de suprir o déficit habitacional, o Estado, em especial no Estado Novo – compreendido entre 1937 e 1945 –, atuando decisivamente para a solução da questão, promoveu a construção de conjuntos habitacionais de grande porte e a reorganização urbana (Cf. SOUZA, 2013, p. 46).

O Sistema Financeiro Habitacional – SFH foi criado na década de 1960, durante o período do governo militar²⁵⁶, cujo objetivo era “[...] uma forma de atuação conjunta entre o Estado e os agentes financeiros e a sociedade civil para a solução da questão” (SOUZA, 2013, p. 47).

É importante ressaltar, dentro do cenário do surgimento do SFH, que sua implantação teve importante papel no desenvolvimento da política econômica necessária para a superação da crise econômica instaurada, tendo em vista que o desenvolvimento do mercado imobiliário visou a absorver a multiplicidade de mão de obra ociosa, promovendo aumento de renda do

²⁵⁵ “A construção de moradias no Brasil foi de responsabilidade da iniciativa privada durante todo o período anterior à década de 1930. Com a intensificação do processo de industrialização e urbanização, o Estado brasileiro passou a intervir diretamente na infra-estrutura e na construção dos primeiros conjuntos habitacionais.

Com o crescimento do número de pessoas que viviam em subúrbios e o aumento no número de assentamentos irregulares nas cidades, o processo de industrialização veio acompanhado da consolidação das periferias como local de moradia da população de baixa renda” (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2007, p. 4).

²⁵⁶ O SFH originou-se quando da fundação do BNH (Banco Nacional da Habitação), em agosto de 1964, logo após a deposição do Presidente João Goulart. Esse novo programa foi concebido como parte de uma revisão geral do sistema financeiro, do qual participaram os ministros da Fazenda e do Planejamento, Octávio Gouvêa de Bulhões e Roberto de Oliveira Campos, respectivamente. Os sucessivos governos militares, durante esta última década, enfatizaram a remodelação e expansão do sistema financeiro, como elemento básico da estratégia de desenvolvimento econômico do Brasil, tendo sido reservado ao BNH, em todo o processo, um papel relevante. Essa alta prioridade é evidenciada pela gama e diversidade e atividade que o governo deixou ficar agrupadas sob o manto financeiro e administrativo do BNH (CARPENTER, 1977, p. 44).

povo.²⁵⁷ Como pondera Oliveira (2014b, p. 38) ao analisar o contexto da origem do Sistema Financeiro Habitacional:

Sua criação está inserida em um contexto de crise política e econômica, com a qual se defrontava o ‘novo regime’ instaurado com o golpe militar de 1964. Além da crise no setor imobiliário, o período é marcado pela contenção das massas, que eram visualizadas como possíveis focos de tensão. Com o novo regime instaurado, há o estímulo à mão de obra na construção civil para tentar reduzir o déficit habitacional, e também para absorver grande parte dos trabalhadores como alternativa de superação da crise econômica.

Cumprir pontuar que o desenvolvimento do Banco Nacional da Habitação, ação integrada ao Sistema Financeiro da Habitacional, cujo objetivo era proporcionar recursos para o mercado imobiliário, assegurando financiamento para aquisição da casa própria, teve papel fundamental para a efetivação da política de promoção habitacional, considerando o incremento de grande quantidade de capital à disposição dos negócios imobiliários.

Para além do desenvolvimento econômico incrementado em razão do fomento à política habitacional implementada pelo SFH, é essencial destacar que o escopo era promover a melhora das condições de vida das populações menos abastadas, as quais não detinham habitação ou eram de condições precárias.

A promoção de moradia dentro do SFH era estruturada em faixa de renda salarial, de modo que as populações de baixa renda, de três salários-mínimos, posteriormente ampliada para cinco salários-mínimos, eram atendidas pelas Cohabs, entidades estaduais ou municipais destinadas à promoção de moradia para essa faixa de renda. Para famílias com renda de três a seis salários, posteriormente aumentada, a promoção era realizada por cooperativas habitacionais. Já as famílias que superavam o teto fixado eram atendidas por agentes privados que formavam o Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo, cujo objetivo era atender à classe média e aos setores abastados da população (Cf. OLIVEIRA, 2014b, p. 38).

O Sistema Financeiro de Habitação, na sua evolução, afastou-se de seu objetivo primordial, promoção de política social destinada ao acesso à moradia de populações de baixa renda, atuando mais como agente fomentador do desenvolvimento econômico, estimulando o desenvolvimento do mercado de imóveis e financiando empreendimentos de luxo ou destinados às classes mais abastadas, a fim de desenvolver cenário adequado para a absorção de mão de obra e para o desenvolvimento da economia. Deixou de lado, portanto, o escopo inicial: inclusão dos hipossuficientes por meio do fornecimento de recursos necessário à

²⁵⁷ Como bem destaca Souza (2013, p. 47) ao dissertar sobre o escopo do desenvolvimento da política habitacional do governo militar: “A intenção política de *pacificação de massas* foi levada a efeito como a implementação de uma política de desenvolvimento urbano que deu trabalho às firmas de construção civil e à indústria da construção, estimulando a construção de casas, abrindo oportunidade de empregos, o que mobilizou escritórios de engenharia e de planejamento de projetos”.

aquisição de moradia adequada. Sendo assim, “[...] o BNH, que de início era voltado a um política social com intuito de reduzir o déficit habitacional existentes, passou a assumir funções econômicas de estímulo ao capital privado” (OLIVEIRA, 2014b, p. 39).

É importante destacar que a alteração do escopo do SFH, que na origem visava à implementação de moradia à população de baixa renda, foi decisiva para a sua derrocada. Apesar de seu importante papel como promotor do desenvolvimento econômico do país, a questão social da moradia não foi minimizada, permanecendo a exclusão dos menos favorecidos do acesso à moradia adequada. Confirmou-se, assim, que o mero desenvolvimento econômico sem a preocupação com a reversão das benesses positivas em favor dos menos favorecidos incrementa a exclusão social, distanciando cada vez mais os ricos e pobres e fomentando a dominação destes para com aqueles, tendo em vista a falta de plena liberdade, conforme já abordado no capítulo 3 do presente trabalho.

Em estudo realizado pela Fundação Getúlio Vargas (2007, p. 7) sobre o crédito imobiliário, verificou-se, ao analisar os empréstimos efetivados pelo BNH entre 1964 e 1980, que:

Durante a fase de expansão e implantação das companhias habitacionais – 1964 a 1969 –, o número de unidades habitacionais para as classes de baixa renda, com empréstimos aprovados pela COS-BNH, cresceu continuamente, passando de 8,6 mil para 51 mil unidades. No entanto, desde 1968, esses contratos passaram a representar menos da metade do total de empréstimos do SFH. Nos anos 1970 até 1974, os contratos da COS-BNH representavam, em média, 12% do total do SFH, tendo uma ligeira recuperação entre 1975 e 1978, ano em que a COS-BNH chegou a financiar quase 200 mil unidades. Vê-se, portanto, que mesmo no auge de operação do sistema, a cobertura para a população de baixa renda foi reduzida.

Marco fundamental para o enfraquecimento do SFH foi a extinção do BNH, promovida pelo Decreto nº 2.291/1986, em que os direitos e responsabilidades deste foram incorporados pela Caixa Econômica Federal; a política habitacional e o desenvolvimento urbano passaram a ser providos pelo Ministério do Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente; a fiscalização dos agentes econômicos atuantes passou ao Banco Central do Brasil e ao Conselho Monetário Nacional competiu a função de orientar, disciplinar e regular o SFH.

A partir da extinção do BNH, as políticas públicas para a implementação da moradia foram desarticuladas e centralizadas, em especial, nos estados e municípios²⁵⁸, como ênfase

²⁵⁸ “Para fazer frente à situação, vários municípios e estados lançaram programas habitacionais financiados com fontes alternativas, em particular recursos orçamentários, adotando princípios e pressupostos diversos dos adotados anteriormente pelo BNH. No entanto, diante da crise fiscal do Estado, esses investimentos ficaram muito aquém das necessidades e, ademais, a ausência de um desenho financeiro impedia sua utilização como subsídio nos créditos concedidos pelos SFH.

Nesse período deixou de existir uma estratégia nacional para enfrentar a questão da habitação, vazio que foi ocupado de forma fragmentária, mas criativa, por municípios e estados. Ocorreu, assim, uma progressiva transferência de atribuições para os estados e municípios, tendo-se como marco a Constituição de 1988, que

para programas como o PAR – Programa de Arrendamento Residencial (Cf. OLIVEIRA, 2014b, p. 40), modelo adotado como mecanismo de implementação da política habitacional federal, conforme a Lei nº 10.188/2001 (BRASIL, 2001).

Na sequência foi instituído pela Lei nº 9.514/1997 (BRASIL, 1997) o Sistema Financeiro Imobiliário – SFI – como política complementar ao SFH, cuja atuação é desenvolvida diretamente no mercado, tendo como peculiaridade a securitização dos créditos – captação de recursos destinados ao financiamento no mercado, efetivada por meio da emissão de Certificados de Recebíveis Imobiliários, Letras de Crédito Imobiliário e Cédulas de Crédito Imobiliário – e a maior segurança jurídica no contrato – introdução da alienação fiduciária.

O SFI foi introduzido como política complementar no intuito de suprir o déficit habitacional, no entanto, diferencia-se do SFH, porquanto não tem como escopo fundamental a promoção de moradia à população de baixa renda, destinado para financiar todos os tipos de imóveis, residencial ou comercial. Aproxima-se mais a uma forma de mútuo simples, cuja peculiaridade é a vinculação de um bem em garantia, fator que influencia a definição dos encargos do financiamento (Cf. RIZZARDO, 2011, p. 217-218).

Trata-se de modalidade de mercado que não tem grande aceitação para o desenvolvimento da política habitacional, tendo em vista que está destinada ao financiamento, assim, os juros e demais consectários são expressivos, o que dificulta, sobremaneira, a sua utilização para aquisição de imóveis destinados à moradia, em especial para a população de baixa renda.

A introdução do SFI, como é possível verificar, demonstra uma opção política do governo em promover o afastamento do Estado desse setor, apostando que o mercado poderá satisfazer adequadamente a necessidade habitacional e refletindo nítida orientação destinada à construção de um Novo Estado mínimo, Estado neoliberal, em que ente estatal deixaria de ser o protagonista na promoção desses direitos, passando a figurar como regulamentador – fiscalizador da atividade desenvolvida pela iniciativa privada.

Importante ressaltar, no entanto, que a promoção de moradia deve ser diferenciada quando se analisa o fornecimento para pessoas hipossuficientes, cujo bem fornecido integra o mínimo essencial para o desenvolvimento digno da pessoa, das ações visando à promoção de

tornou a habitação uma atribuição concorrente dos três níveis de governo. Com a democratização e o crescimento da mobilização dos movimentos de moradias, ampliou-se a pressão por uma maior participação do poder local na questão da habitação, pois ele se tornou o principal interlocutor das organizações populares e o responsável pelo equacionamento das demandas sociais, estando em contato direto com os problemas da população carente” (BONDUKI, 2014, p. 296).

moradia para pessoas abastadas, como verificado no caso de financiamento de imóveis pelo SFI.

A partir de 2004, a política habitacional sofre alteração promovida pela introdução do Plano Nacional de Habitação, gerido pelo Ministério das Cidades, em que se inserem dois subsistemas destinados à implantação da política habitacional: o de Habitação de Interesse Social, concebido para prover subsídios destinados à aquisição de moradia pela população de menor renda, e de Habitação de Mercado, idealizado para introduzir novos agentes e promover o desenvolvimento do setor de imóveis (Cf. OLIVEIRA, 2014b, p. 41).

O programa Minha Casa Minha Vida²⁵⁹, introduzido em 2009, Lei nº 11.977/2009 (BRASIL, 2009), como uma das ações destinadas à promoção do crescimento do setor habitacional, destinado a superar os efeitos da crise econômica e promover política social de grande massa (Cf. OLIVEIRA, 2014b, p. 42), está inserido dentro do Plano Nacional de Habitação no subsistema de Habitação de Interesse Social.

Uma característica importante do programa é a inclusão da iniciativa privada como parceira no desenvolvimento das unidades habitacionais destinadas à promoção de moradia às pessoas de baixa renda, competindo aos agentes privados desenvolver o empreendimento seguindo a regulamentação definida pelo Estado, de modo que a construção e o fornecimento das unidades seguem mecanismo de autonomia regulada (Cf. OLIVEIRA, 2014b, p. 44).

A liberdade de empreendimento dos agentes privados, cuja lógica lucrativa motiva a ação, tem gerado importante questão a ser refletida em relação à forma de promoção do programa. Destarte, levando em conta a motivação econômica-lucrativa, motor da ação privada, as unidades habitacionais têm sido construídas em locais distantes dos centros urbanos, em áreas desprovidos dos serviços básicos (transportes, saúde etc.), sem falar na falta de qualidade da execução dos empreendimentos.

Importante ponto que não pode passar ao largo quando se analisa a efetivação do programa diz respeito à segregação social, tendo em vista a notória política de *apartheid*²⁶⁰, relegando às populações pobres destinatárias do programa viver em total separação,

²⁵⁹ "O programa Minha Casa Minha Vida pode ser qualificado como o responsável pelo maior financiamento público para a produção e/ou requalificação habitacional – seja na qualidade de empréstimos, seja na de subsídio" (FRANZONI, 2014, p. 974).

²⁶⁰ "A construção dos imóveis para a faixa de renda mais baixa nessas zonas representa, assim, a manutenção de um modelo de um verdadeiro *apartheid* social que vem de longa data, sem que se vislumbre em um horizonte próximo uma guinada que possa inaugurar uma nova era na questão da divisão justa do espaço urbano" (PINHEIRO, 2014, p. 26, grifo do autor).

considerando o local em que desenvolvidos os projetos destinados à população beneficiada como o programa²⁶¹. Como pontua Oliveira (2014b, p. 44):

As casas chilenas mencionadas pela autora, assim como as que estão sendo construídas atualmente no Brasil, com a segmentação das áreas de acordo com a faixa de renda, aliando estigmatização espacial e condições precárias de moradia, podem levar a um quadro de radicalização do processo de segregação socioespacial. Ou seja, a baixa diversidade diferenciando esses moradores das demais áreas, além da separação, seja por barreiras materiais ou mentais, no plano das representações sociais geram a segregação socioespacial. A decisão a cargo do mercado imobiliário sobre quais serão as áreas destinadas a cada segmento social pode contribuir ainda mais para o reforço desta.

Desse modo, as críticas à forma de desenvolvimento do programa, em especial à falta de integração com planejamento urbano e à forma de construção das unidades habitacionais, devem ser refletidas²⁶². No entanto, considerando o objeto do estudo e a essencial limitação, essas importantes questões não serão abordadas no presente trabalho²⁶³.

Abstraindo as críticas em relação à forma de execução do programa, é importante destacar como principal ponto positivo da política pública de promoção da moradia efetivada pela ação governamental o fomento da construção de novas unidades habitacionais essenciais para suprir o déficit habitacional, situação que não se verificava após a extinção do Banco Nacional da Habitação – BNH (Cf. OLIVEIRA, 2014b, 42).

Por fim, partindo da diferenciação entre direito à moradia e direito à propriedade, é essencial ponderar sobre a política pública destinada à satisfação do direito à moradia efetivada pelo aluguel social que, no caso da experiência brasileira, limita-se à concessão de benefício temporário às famílias que estão em situação de exclusão em razão de intempérie, desastres ou de populações excluídas da possibilidade de acessar a uma moradia digna.

²⁶¹ "Lamentavelmente, parece inexistir uma política efetiva sobre o uso consciente do solo urbano, numa perspectiva de planejamento inclusivo. Dessa forma, há o sério risco de que o crédito oriundo desses programas sociais esteja, na verdade, financiando a multiplicação de periferias desprovidas de infraestrutura e potencialmente geradoras de efeitos nefastos nas áreas urbanas que circundam, como degradação ambiental, violência, exclusão social, pobreza, impactos na mobilidade das pessoas, entre tantos outros" (PINHEIRO, 2014, p. 26).

²⁶² "O Minha Casa Minha Vida é apontado como extremamente positivo do ponto de vista de ser um programa que visa reduzir o déficit habitacional, visto que mesmo após décadas do fim do BNH nenhuma outra política exclusiva à construção de novas habitações foi implantada. Porém, algumas falhas, assim como no passado, continuam a se repetir, que é o fato do problema habitacional ser tratado resumidamente como casas a serem construídas, não levando em consideração outros fatores como a proximidade da malha urbana, acessibilidade, qualidade, infraestrutura, entre outros recursos que reconheçam o direito à cidade" (OLIVEIRA, 2014b, p. 42).

²⁶³ Para aprofundamento sobre a questão: OLIVEIRA, 2014.

A política desenvolvida na cidade de São Paulo²⁶⁴, que assegura o benefício do aluguel social a famílias com renda de até três salários mínimos, oriundas de habitações precárias (cortiços, favelas), tem abrangência significativa, como destaca Silva (2013, p. 204):

Criado em 2002, o Programa de Locação Social da Prefeitura Municipal de São Paulo é uma política inovadora como alternativa de acesso à moradia em nosso país. Esta experiência, que tem como meta atender famílias com renda de até três salários mínimos, oriundas de favelas e cortiços, foi incluída no Programa Morar no Centro. Esse programa articula um conjunto de ações integradas de intervenções municipais, coordenado pela Secretaria Municipal de Habitação e Desenvolvimento Urbano (SEHAB).

A política, nos moldes como proposta, não teve seguimento, permanecendo, no entanto, a promoção do aluguel social como programa destinado ao atendimento provisório de famílias que aguardam o atendimento da política pública destinada ao fornecimento de habitação, atuando como medida paliativa do problema e não se inserindo propriamente como uma política habitacional (Cf. SILVA, 2013, p. 107).

A experiência do aluguel social vem sendo utilizada em diversos países, como mecanismo efetivo de suprir o déficit habitacional, promovendo a efetivação do direito à moradia para a população que não possui condição suficiente para adquirir ou alugar imóvel adequado para fazer dele sua morada. Nessa hipótese, o governo assume a promoção de um benefício monetário ou o fornecimento direito de alojamento público adequado para aqueles que não possuam local para fixar sua residência.

No caso brasileiro, a experiência do aluguel social como política de implementação do direito à moradia vem sendo empregada por diversas cidades, no entanto, sua consolidação como mecanismo de concretização do direito à moradia não se sedimenta. Isso porque as manifestações pátrias divergem da experiência dos demais países em que tal política é consolidada e permanente, porquanto as famílias veem na habitação provida em razão do aluguel o local adequado para sua moradia, situação que não se verifica nas experiências em solo pátrio, seja em razão da vinculação ideológica entre moradia e propriedade ou da precariedade do benefício assegurado tendo em vista seu caráter temporário.

Por fim, é necessário destacar que, da análise das políticas públicas habitacionais desenvolvidas no Brasil, denota-se a ênfase como mecanismo econômico destinado a promover intervenção na economia a fim de minimizar os efeitos de crises econômicas,

²⁶⁴ "As iniciativas a este respeito, no âmbito do Ministério das Cidades, não foram levadas adiante, talvez, por falta de um arranjo institucional suficiente para levar as propostas. São Paulo é o único município com uma experiência concreta de locação social no Brasil, constituída durante o Governo da Prefeita Marta Suplicy. A Prefeitura incluiu a locação social em seu programa de habitação para Centro, configurando uma política municipal complementar à política de casa própria de *leasing*, disponíveis na época, possibilitando a oferta de unidades de aluguel compatíveis com as necessidades e capacidade de pagamento das famílias sem condições financeiras para a aquisição ou o aluguel como opção" (SILVA, 2013, p. 103).

deixando em segundo plano seu objetivo como mecanismo de implementação de direito social fundamental. Nesse sentido, Pinheiro (2014, p. 27) apresenta importante reflexão:

No entanto, a sucessão de leis e medidas no tempo dá um testemunho de que, no Brasil, os interesses das instituições financeiras, das grandes construtoras e do capital imobiliário especulativo sobrepõem-se à beleza do ideal emancipatório que fundamenta o discurso. As práticas de hoje só fazem perpetuar os mecanismos de outrora, relegando aos mais desafortunados as migalhas de um sistema excludente por natureza.

A falta de moradia, um dos problemas sociais mais importantes na sociedade contemporânea, somente será adequadamente enfrentada quando os governos deixarem de analisar a questão sobre o prisma econômico, como válvula de escape para a superação de intempéries econômicas (Cf. PINHEIRO, 2014, p. 25) e passarem a abordar a questão da maneira e com a importância que o tema merece, de modo a desenvolver planejamento a longo prazo visando ao enfrentamento do déficit, promovendo a inclusão efetiva das pessoas alijadas²⁶⁵ desse importante bem em razão de limitações de ordem econômica. Como pontua Pinheiro (2014, p. 27) ao analisar as políticas públicas brasileiras destinadas ao provimento do direito à moradia:

[...] na realidade brasileira, onde o aspecto econômico vem historicamente sobrepujando o social, o déficit habitacional quantitativo e qualitativo tende a continuar a ser apenas mitigado por políticas pouco efetivas para as camadas mais carentes da população, sem lograr alcançar um arrefecimento satisfatório das manifestas tensões que se patenteiam na permanente disputa pelo espaço urbano.

Fixadas essas premissas, advertindo que o estudo apresentado não tem a pretensão de esgotar o tema, essencial ponderar, com mais profundidade, sobre a promoção da moradia por meio do financiamento habitacional, tema a ser desenvolvido na próxima seção.

8.2 O Estado e a promoção do direito à moradia por meio de financiamento da casa própria

A aquisição de imóvel para a fixação de residência é anseio de difícil efetivação, tendo em vista o elevado valor das unidades imobiliárias, impondo às partes, na grande maioria, a efetivação de contrato de financiamento para aquisição de imóvel, modalidade de negócio jurídico civil que se apresenta, nessa seara, como uma das principais formas para a

²⁶⁵ "A distribuição das unidades por faixa de renda adotada no PMCMV não corresponde ao perfil do *déficit* habitacional. Na faixa até três salários mínimos em 2009, que recebe subsídio integral, concentram-se 91% do *déficit* habitacional acumulado, ou seja, cerca de 6,5 milhões de famílias, segundo a metodologia tradicional de cálculo, ou 9,5 milhões, se for considerado os ajustes do novo método" (BONDUKI, 2014, p. 311, grifo do autor).

implementação do direito fundamental à moradia, pois oportuniza àqueles que não teriam condições de comprar o bem adquiri-lo e pagá-lo de forma parcelada.

O contrato de financiamento habitacional não pode ser concebido como um simples contrato de mútuo tendo em vista o escopo de promover o acesso a imóvel destinado para fixação da moradia do adquirente e de sua família. Trata-se de negócio jurídico impregnado de conotação social, haja vista que, por meio desse contrato, se dá acesso a bem essencial destinado a concretizar direito fundamental social à moradia. Nesse sentido, é importante destacar que:

[...] as políticas públicas destinadas a assegurar a todos o direito a uma moradia adequada constituem tema bastante atual e dotado de irradiações em campos tão diversos quanto saúde, saneamento básico, segurança pública, mobilidade urbana, etc. Entre elas, possuem especial relevo os financiamentos habitacionais destinados ao público carente de moradia, cumprindo a um só tempo um papel de promoção social e dinamização econômica (PINHEIRO, 2014, p. 21).

A preocupação com o financiamento habitacional como política pública essencial à implementação do direito à moradia é tema sensível e em discussão, conforme é possível verificar na Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos – Habitat II –, que estabelece como dever dos Estados signatários assegurar políticas de crédito para acesso à moradia adequada, em especial para aqueles que não possam adquirir o imóvel à vista. Importante apartar da declaração:

8. Nós reafirmamos nosso compromisso com a total e progressiva realização do direito a moradias adequadas, conforme estabelecido em instrumentos internacionais. Com essa finalidade, deveremos procurar a participação dos nossos parceiros públicos, privados e não-governamentais, em todos os níveis, para a garantia legal de posse, proteção contra discriminação e igual acesso a moradias adequadas, a custos acessíveis, para todas as pessoas e suas famílias.

9. Nós trabalharemos para expandir a oferta de moradias a custos acessíveis permitindo que os mercados funcionem com eficiência e de maneira social e ambientalmente responsável, estimulando o acesso a terra e ao crédito e assistindo aqueles que não têm condições de serem atendidos pelo mercado imobiliário (DECLARAÇÃO DE ISTAMBUL SOBRE ASSENTAMENTOS HUMANOS, 1996).

Depreende-se da leitura da declaração uma preocupação com o fornecimento de moradia adequada com ênfase especial para as pessoas vulneráveis, para as quais o auxílio estatal é essencial para o acesso à moradia. Firma-se, assim, que o financiamento é fundamental para assegurar a implementação do direito à moradia, tendo em vista que, sem o acesso ao crédito em condições ajustadas, essa parcela da população não terá condições de acessar o bem por meio dos mecanismos de mercado.

Pinheiro (2014, p. 22), ao analisar a Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos, ressalta a importância do financiamento como política pública essencial para promoção do direito à moradia, averbando que:

Para atender à crescente demanda por linhas de crédito vinculadas a habitação, infraestrutura e serviços, nas áreas rurais e urbanas, foi percebida pelos governos participantes, portanto, a necessidade de se fortalecer e aperfeiçoar os mecanismos de financiamento existentes, criando-se, inclusive, metodologias de aferição de eficiência. As políticas habitacionais e, de modo especial, os sistemas de financiamento da habitação são formuladas com base em dados e premissas que, ao longo do tempo, sofrem transformações não raro significativas. Por isso, foi percebido ser aconselhável institucionalizar, no âmbito do próprio diploma legal, a aprovação da política habitacional, mecanismos e sistemas de avaliação periódica de resultados, determinando prazos para revisão e atualização como forma de melhor atender seus objetivos.

A importância do financiamento como política pública destinada à implementação do direito à moradia é notória, porquanto é por meio dele e, em muitos casos, somente com a sua utilização, que as pessoas têm acesso a imóvel em condições adequadas que atendam integralmente às condições mínimas, provendo dignamente o interesse (moradia) tutelado constitucionalmente como direito fundamental social.

O Sistema de Financiamento Habitacional (SFH), promovido pelo Banco Nacional de Habitação (BNH), tinha como uma das linhas de ação conceder crédito a taxas diferenciadas para a aquisição de imóveis, em especial, para pessoas de baixa renda, portanto, “[...] a concepção desse modelo assentou-se na constatação de que a oferta de crédito a taxas diferenciadas proporcionaria, a um só tempo, a inclusão social das camadas menos favorecidas e o dinamismo da indústria da construção civil [...]” (PINHEIRO, 2014, p. 24).

O artigo 1º²⁶⁶ da Lei nº 4.380/1964 (BRASIL, 1964), Lei do Sistema Financeiro Habitacional, estabelece que o Governo Federal incentivará a construção de unidades habitacionais de interesse social e a concessão de financiamento destinado à compra da casa própria, em especial pela pessoa de baixa renda²⁶⁷.

Com efeito, as políticas públicas destinadas a assegurar mecanismos de acesso à moradia, como no caso do financiamento habitacional, devem ser implementadas de forma concorrente entre os entes públicos, União, estado e município, nos termos do fixado no artigo 23, IX da Constituição Federal (BRASIL, 1988), tendo em vista a competência comum para promover ações destinadas à melhoria das condições habitacionais. Trata-se da

²⁶⁶ “Art. 1º O Governo Federal, através do Ministro de Planejamento, formulará a política nacional de habitação e de planejamento territorial, coordenando a ação dos órgãos públicos e orientando a iniciativa privada no sentido de estimular a construção de habitações de interesse social e o financiamento da aquisição da casa própria, especialmente pelas classes da população de menor renda”.

²⁶⁷ “Art. 8º O sistema financeiro da habitação, destinado a facilitar e promover a construção e a aquisição da casa própria ou moradia, especialmente pelas classes de menor renda da população, será integrado”.

possibilidade de uma ação autônoma ou integrada dos entes federados visando a tutelar de forma adequada o bem jurídico protegido constitucionalmente²⁶⁸.

A promoção do financiamento habitacional pelo poder Executivo Federal tem sido provida, hodiernamente, por meio do programa Minha Casa Minha Vida, o qual, não obstante severas e importantes críticas, tem sido o mecanismo para acesso de parcela da população de baixa renda à habitação. Desse modo, “[...] o programa Minha Casa, Minha Vida pode ser qualificado como o responsável pelo maior financiamento público para produção e/ou requalificação habitacional – seja na qualidade de empréstimo, seja na de subsídio” (FRANZONI; LUFT, 2014, p. 974).

8.2.1 Reflexões sobre o Sistema Financeiro Habitacional e pelo Sistema Financeiro Imobiliário

O Sistema Financeiro Habitacional introduzido pela Lei nº 4.380 de 1964 (BRASIL, 1964), em sua origem, foi construído como mecanismo de provimento de moradia à população menos abastada, conforme expressamente consignado no artigo 1º da referida lei. Entretanto, na sua evolução, foi utilizado como mecanismo econômico destinado a impulsionar o desenvolvimento econômico do setor imobiliário, deixando a conotação social em segundo plano, conforme já destacado na seção anterior.

Rizzardo (2011, p. 106), ao ponderar sobre o fornecimento de crédito pelo Sistema Financeiro da Habitação – SFH, reconhece a motivação social que originou a constituição desse mecanismo de financiamento como forma de garantir o acesso das populações de menor renda à moradia, estabelecendo que:

Foi tal propósito que inspirou a Lei 4.380, de 21.08.1964, a qual instituiu o Plano Nacional de Habitação no Brasil, através de uma programação inteiramente nova, que é o sistema da casa própria, dirigido outrora pelo Banco Nacional da Habitação (BNH).

Os principais determinantes vinham explícitos: facilitar e promover a construção e a aquisição da moradia, especialmente para as camadas sociais de menor renda.

Apesar do escopo social do SFH ter sido deixado em segundo plano, sua presença no mercado imobiliário se fez necessária como mecanismo de financiamento para aquisição de

²⁶⁸ “A implementação das políticas estaduais e municipais de habitação pode ocorrer a partir de dois formatos principais, seja por gestão local através de iniciativas próprias do ente – e consequente por financiamento exclusivo destes – ou por adesão a programas (quase sempre) nacionais que levam os entes locais ou regionais a formarem convênios com a União. A Gestão independente é possível em entes com alto grau de autonomia financeira. Todavia, mesmo os mais aprovacionados financeiramente, como as capitais dos Estados-membros, recorrem ao modelo da adesão estruturado no âmbito da política nacional de habitação” (FRANZONI, 2014, p. 971).

imóvel por pessoas de classe baixa e média que têm nesse mecanismo a única forma de acessar a esse bem imprescindível ao pleno desenvolvimento próprio e de sua família²⁶⁹.

A aquisição de imóveis destinados à moradia efetiva sob o regime jurídico estabelecido no Sistema Financeira da Habitação é promovida dentro de uma política pública visando à concretização do direito social à moradia, de modo que o mútuo destinado à compra do imóvel apresenta peculiaridades que o distinguem dos negócios jurídicos civis de mútuo, considerando a finalidade específica do contrato. Tendo em vista o objeto do estudo em desenvolvimento e a essencial limitação de abordagem, advertimos que as peculiaridades do contrato de mútuo ligado ao Sistema Financeiro Habitacional, matéria afeta às reflexões de direito civil, não serão aprofundadas neste trabalho²⁷⁰.

O grande problema verificado no SFH, alvo de severas críticas do sistema, é que este não atingiu seu principal objetivo, acesso das populações hipossuficientes à moradia, uma vez que os grandes beneficiados com os financiamentos promovidos pelo BNH eram da classe média da sociedade. O estudo desenvolvido pela Fundação Getúlio Vargas sobre o crédito imobiliário no Brasil pontua:

Outro ponto a ser destacado é o fato de que o SFH não obteve sucesso em destinar recursos à população de baixa renda, pelas próprias limitações de renda dessa parcela da sociedade. Os grupos de renda inferior necessitam de uma política específica para suprir suas necessidades habitacionais. [...]

Durante a fase de expansão e implantação das companhias habitacionais – 1964 a 1969 –, o número de unidades habitacionais para as classes de baixa renda, com empréstimos aprovados pela COS-BNH, cresceu continuamente, passando de 8,6 mil para 51 mil unidades. No entanto, desde 1968, esses contratos passaram a representar menos da metade do total de empréstimos do SFH. Nos anos 1970 até 1974, os contratos da COS-BNH representavam, em média, 12% do total do SFH, tendo uma ligeira recuperação entre 1975 e 1978, ano em que a COS-BNH chegou a financiar quase 200 mil unidades. Vê-se, portanto, que mesmo no auge de operação do sistema, a cobertura para a população de baixa renda foi reduzida (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2007, p. 7).

O reflexo da adoção da habitação como elemento para superação de crises econômicas apresenta-se quando analisados os números em relação aos financiamentos destinados a populações de baixa renda, as quais, em razão da limitação econômica, não eram privilegiadas nas políticas de financiamento, tendo em vista o risco em relação ao retorno dos valores vertidos para viabilizar o mútuo.

Considerado a vulnerabilidade dessa faixa da população e a falta de política pública efetiva e diferenciada considerando suas peculiaridades, essa grande massa de população

²⁶⁹ "O problema da habitação é de vital importância para a própria estabilidade social. Constitui uma das aspirações supremas da pessoa (art. 6º da CF/1988). O chileno Juan Valdivia Germain proclamava: La habitación propia es el más justo de los ahelos que debe tratar de satisfacer el Estado. Sin vivienda no hay paz social ni orden familiar" (RIZZARDO, 2011, p. 114).

²⁷⁰ Para maiores aprofundamentos sobre o tema: RIZZARDO, 2011; SOUZA, 2013.

excluída do acesso à moradia viveu e permanece residindo em condições degradantes, ocupando imóveis inadequados, muitos localizados em situação de risco – cortiços, favelas e outras formas de sub-residências –, sem qualquer salvaguarda por parte do Estado.

Apesar das críticas e dos defeitos apontados, o Sistema Financeiro Habitacional teve papel relevante como a primeira ação articulada que enfrentou o problema da moradia, visando, em tese, a materializar os anseios de promoção de moradia adequada a todos, em especial às populações de baixa renda, cujo acesso ao imóvel, por meio do mercado imobiliário, seria impossível.

Por meio da Lei nº 9.514/1997 (BRASIL, 1997), o Sistema Financeiro Imobiliário foi regulamentado, disciplinando as formas de acesso a financiamento para aquisição de imóveis, fixando em benefício do agente financeiro, além da possibilidade de capitalização do valor repassado no empréstimo, com a transferência ou cessão dos créditos decorrentes do financiamento a companhias de capitalização, instituindo novo mecanismo de garantia, a alienação fiduciária do crédito. Como estabelece Rizzardo (2011, p. 220) ao analisar o crédito imobiliário assegurado por meio do Sistema Financeiro Imobiliário:

Está-se, pois, diante de um novo mecanismo de financiamento, distinto daquele do Sistema Financeiro Habitacional, que nasceu com a Lei 4.380, de 1964, de profundo conteúdo social e decisiva participação do Poder Público na política e direção habitacional. Não mais se utilizam recursos públicos para o setor, nem aqueles formados através de depósitos em caderneta de poupança, ou reservas do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Trata-se, na realidade, de uma forma especial de contrato bancário que, não obstante integrar a política habitacional em sentido lato, não mantém semelhança com as relações travadas por meio do Sistema Financeiro Habitacional, cujo escopo social o caracterizava como mecanismo de implementação do direito à moradia (Cf. RIZZARDO, 2011, p. 219).

O Sistema Financeiro Imobiliário introduziu importante inovação em relação à forma de contratação de financiamento imobiliário buscando promover o incremento de investimentos privados na construção civil, facilitando a circulação dos valores necessários para financiar o setor imobiliário, de modo a impulsionar o setor, afirmando novos mecanismos tecnocráticos para incentivar o ingresso de investimentos no setor (Cf. RIZZARDO, 2011, p. 219).

A reflexão de Rizzardo (2011, p. 220) sobre o Sistema Financeiro Imobiliário é deveras importante e merece destaque, porquanto “[...] pode-se, pois, ver na sistemática uma terceirização do setor imobiliário, através de mecanismos que levam à captação de recursos destinados ao setor, favorecendo o investidor com garantias mais ágeis”.

Importante destacar que, ao analisar a ação do mercado, visando à concessão de financiamento para a aquisição de imóvel por pessoas de classe média e alta, cuja limitação de renda não é obstáculo para o acesso ao bem imóvel, é correta a posição do Estado como mero regulador da ação privada destinada à efetivação do financiamento. De outro lado, não é possível adotar a mesma lógica de afastamento estatal na promoção da moradia para as pessoas de baixa renda, as quais, em razão da limitação de recursos, não têm condições de adquirir moradia digna por meio do mercado livre, tendo em vista a elevada carga de juros e as exigências de garantias para o estabelecimento do contrato.

Desse modo, na promoção da moradia para população desfavorecida economicamente, a atuação do Estado não poderá ser limitada à mera regulação: é necessária ação positiva no intuito de assegurar o oferecimento do bem (imóvel) aos destinatários, fornecimento que poderá, no entanto, ser viabilizado materialmente por pessoas privadas responsáveis pelo fornecimento, tendo em vista a incapacidade notória do Estado de prover, por si, todas as necessidades públicas.

É necessário estabelecer, ademais, que o próprio financiamento pelo Sistema Financeiro Imobiliário, destinado às classes média e alta, desempenha importante papel no setor imobiliário, inclusive em relação às moradias destinadas a pessoas de baixa renda. Isso porque o desenvolvimento de política de acesso ao financiamento habitacional para classe média tem papel importante para aliviar a pressão sobre o mercado dos imóveis destinados a populações de classes média baixa ou baixa. Nesse sentido, destaca Bonduki (2014, p. 307) ao dissertar sobre papel do investimento privado no mercado de crédito habitacional:

Embora voltado para o segmento médio, essa oferta significativa de unidades habitacionais contribui para o enfrentamento do *déficit*, pois o mercado formal e informal de moradias funciona como vasos comunicantes. A falta de oferta no segmento médio tende a elevar o custo das moradias populares, mesmo se informais, e a ‘sugar’ as unidades de habitação social, produzidas com subsídio, para quem dele não tem necessidade, como aconteceu em toda a história da produção pública.

O financiamento imobiliário destinado à aquisição de moradia, provido pelo Sistema Financeiro Imobiliário, Sistema Financeiro Habitacional ou demais programas de financiamento imobiliário forma um sistema de vasos comunicantes em que a alteração em um destes implicará reflexo nas demais formas de “fomento” à moradia, tendo em vista a interligação do mercado e dos fatores econômicos relacionados.

8.2.2 Ponderações sobre o Programa de Subsídio à Habitação de Interesse Social (PSH) e ao Sistema Nacional da Habitação de Interesse Social (SNHIS)

O grande desafio da política habitacional no Brasil sempre foi e ainda é proporcionar o acesso das populações de baixa renda a imóveis em condições de habitabilidade adequada, que lhes assegure acesso aos serviços públicos básicos, integração plena ao ambiente urbano, garantindo moradia que atenda às condições mínimas essenciais para o desenvolvimento pleno.

Conforme estabelecem os documentos internacionais relacionados à moradia, em especial o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pidesc), não basta proporcionar um local para residência – um teto – que não ofereça condições mínimas para o desenvolvimento da pessoa: é essencial garantir uma moradia adequada.

O desafio de promover o direito à moradia é grande, uma vez que sua promoção à parcela vulnerável da população exige maciço investimento do Poder Público. A barreira econômica imposta retira dessa parcela significativa da população a possibilidade de acesso à habitação adequada, restando, como única e última oportunidade para prover sua plena dignidade, alcançar à moradia por meio de programas governamentais. Nesse sentido, convém destacar estudo desenvolvido pela Fundação Getúlio Vargas (2007, p. 12) sobre o crédito imobiliário no Brasil, em especial, quanto ao acesso das pessoas de baixa renda:

Do ponto de vista social, o maior problema é o déficit por inadequação, em que a relação entre as carências habitacionais e renda domiciliar é mais nítida. O gráfico 2.3.1 mostra o déficit habitacional por inadequação nas faixas de rendimento domiciliar. Dos 3,3 milhões de domicílios inadequados no país, 77% estavam em domicílios com renda mensal de até 3 salários mínimos e 92%, nos domicílios com rendimento até 5 salários mínimos. Outra estatística reforça essa idéia: considerando as famílias brasileiras que ganham até 1 salário mínimo por mês, quase 13% estavam no déficit habitacional por inadequação em 2005.

O perfil das famílias que compõem o déficit habitacional permite entender os caminhos opostos que têm seguido o crédito e os números do déficit. De um lado, há pessoas com baixo poder aquisitivo e, na outra ponta, bens de elevado valor final. Tornar a prestação do imóvel compatível com a renda dessas famílias tem sido o desafio dos agentes públicos.

Alguns programas voltados para esse público foram criados nos últimos anos. Merecem menção o Programa de Subsídio à Habitação de Interesse Social (PSH) e Sistema Nacional da Habitação de Interesse Social (SNHIS).

Nesse cenário de inadequação da distribuição de imóveis, com destaque para as populações vulneráveis, é que se insere a criação do Ministério das Cidades²⁷¹ – instituído em 2003 – e o estabelecimento da Política Nacional de Habitação, fixada em 2004, cujo propósito é retomar o processo de planejamento do setor habitacional a fim de garantir o acesso à moradia digna a todas as parcelas da população (Cf. FRANZONI; LUFT, 2014, p. 972).

²⁷¹ "A criação do Ministério das Cidades no ano de 2003 sinalizou uma preocupação maior do governo federal com o tema, integrando a transdisciplinariedade existente entre habitação, saneamento básico e transportes. A nova pasta foi dada a incumbência de agir para assegurar coerência e coordenação entre as políticas macroeconômicas e habitacionais" (PINHEIRO, 2014, p. 25).

A Política Nacional de Habitação deve ser promovida por meio de uma rede integrada de programas e ações relacionadas a habitação, saneamento, transporte etc.²⁷², com destaque especial para a política habitacional tutelada pela Secretaria Nacional de Habitação, órgão responsável por implementar a Política Nacional de Habitação²⁷³.

Dentro da Política Nacional de Habitação, considerando a importância para o enfrentamento do problema do déficit habitacional das pessoas de baixa renda, destaca-se o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (SNHIS), cujo objetivo principal é implementar políticas públicas e programas destinados à promoção de moradia digna à população de baixa renda²⁷⁴, e o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS), cuja função é centralizar os recursos a serem aplicados na concretização das ações do SNHIS que visam a assegurar moradia digna²⁷⁵. Conforme estabelecem Franzoni e Luft (2014, p. 972):

O SNHIS é o arranjo nacional que agrupa programas e projetos destinados à habitação de interesse social (art. 3º) e é integrado por órgãos, conselhos e entidades que atuam na área da habitação (art. 4º). O FNHIS agrupa os recursos orçamentários que são aplicados para os programas inseridos no SNHIS, centralizando sua gestão.

A execução em relação aos estados e municípios de programas vinculados ao SNHIS deve seguir, nos termos do artigo 12 da Lei nº 11.124/2005²⁷⁶, organização simétrica à

²⁷² BRASIL. Ministério das Cidades. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/>>. Acesso em: 24 out. 2015.

²⁷³ "A Secretaria Nacional de Habitação – SNH é responsável por acompanhar e avaliar, além de formular e propor, os instrumentos para a implementação da Política Nacional de Habitação, em articulação com as demais políticas públicas e instituições voltadas ao desenvolvimento urbano, com o objetivo de promover a universalização do acesso à moradia" (BRASIL, 2014).

²⁷⁴ "O Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS foi instituído pela Lei Federal nº 11.124 de 16 de junho de 2005 e tem como objetivo principal implementar políticas e programas que promovam o acesso à moradia digna para a população de baixa renda, que compõe a quase totalidade do déficit habitacional do País. Além disso, esse Sistema centraliza todos os programas e projetos destinados à habitação de interesse social, sendo integrado pelos seguintes órgãos e entidades: Ministério das Cidades, Conselho Gestor do Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social, Caixa Econômica Federal, Conselho das Cidades, Conselhos, Órgãos e Instituições da Administração Pública direta e indireta dos Estados, Distrito Federal e Municípios, relacionados às questões urbanas e habitacionais, entidades privadas que desempenham atividades na área habitacional e agentes financeiros autorizados pelo Conselho Monetário Nacional" (BRASIL, 2015).

²⁷⁵ "A Lei nº 11.124 também instituiu o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS, que em 2006 centraliza os recursos orçamentários dos programas de Urbanização de Assentamentos Subnormais e de Habitação de Interesse Social, inseridos no SNHIS. O Fundo é composto por recursos do Orçamento Geral da União, do Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Social – FAS, dotações, recursos de empréstimos externos e internos, contribuições e doações de pessoas físicas ou jurídicas, entidades e organismos de cooperação nacionais ou internacionais e receitas de operações realizadas com recursos do FNHIS. Esses recursos têm aplicação definida pela Lei, como, por exemplo, a aquisição, construção, conclusão, melhoria, reforma, locação social e arrendamento de unidades habitacionais, a produção de lotes urbanizados para fins habitacionais, a regularização fundiária e urbanística de áreas de interesse social, ou a implantação de saneamento básico, infra-estrutura e equipamentos urbanos, complementares aos programas de habitação de interesse social" (BRASIL, 2015).

²⁷⁶ "A União transfere essas verbas aos Estados e Municípios aderentes do SNHIS, mas demanda uma concomitante prestação material de iniciativa destes, ou seja, o aporte financeiro mais significativo é da União, mas ela exige investimentos provenientes também do patrimônio dos Estados e Municípios. O art. 12

estabelecida na esfera federal, bem como aos estados é atribuída importante função de integração das ações de planejamento habitacional unificando o planejamento regional ao dos municípios. Resta consolidada a responsabilidade solidária dos entes da federação na promoção da moradia adequada a todos (Cf. FRANZONI; LUFT, 2014, p. 972-973).

No desenvolvimento da Política Nacional de Habitação se apresenta como essencial na estrutura de ação articulada entre os órgãos públicos e privados envolvidos na concretização dos programas e das políticas públicas o Plano Nacional de Habitação – Plan Hab, o qual visa o estabelecimento de metas de longo prazo destinado à “[...] implementar um conjunto de ações capazes de construir um caminho que permita avançar no sentido de atingir o principal objetivo da PNH: universalizar o acesso à moradia digna para todo cidadão brasileiro”²⁷⁷.

Um dos eixos estratégicos de ação definido no Plano Nacional de Habitação é o fornecimento de financiamento e subsídios destinados à aquisição de moradia adequada, ação governamental necessária para assegurar, em especial à população vulnerável economicamente, acesso à imóvel em condições adequadas para satisfazer o direito à moradia.

Como forma de materializar o eixo estratégico destinado à consolidação do Plano Nacional de Habitação, em 2009 foi aprovada a Medida Provisória nº 459/2009, convertida na Lei nº 11.977/2009, estabelecendo o programa nacional Minha Casa Minha Vida, cuja finalidade é a produção, aquisição e requalificação de imóveis urbanos e rurais²⁷⁸ destinados a prover imóveis para o exercício pleno do direito à moradia, direito fundamental social assegurado no artigo 6º da Constituição Federal²⁷⁹.

da Lei 11.124/2005 estabelece a necessidade de contrapartida relacionada ao programa em questão, desse modo, consolidava-se a responsabilidade relacionada ao programa em questão, desse modo, consolida-se a responsabilidade solidária dos entes da federação, tanto nos aspectos operacionais como em questões financeiras" (FRANZONI, 2014, p. 973).

²⁷⁷ Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/habitacao-cidades/plano-nacional-de-habitacao-planhab>>. Acesso em: 24 nov. 2015. Convém destacar ainda a função e o escopo do Plano Nacional de Habitação, um dos instrumentos de concretização da Política Nacional de Habitação: A Secretaria Nacional de Habitação do Ministério das Cidades coordenou a elaboração do Plano Nacional de Habitação – PlanHab, um dos mais importantes instrumentos para a implementação da nova Política Nacional de Habitação – PNH, previsto na Lei 11.124/05, que estruturou o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS. Nesse sentido, o PlanHab é parte de um processo de planejamento de longo prazo para o setor habitacional, que pressupõe revisões periódicas e articulação com outros instrumentos de planejamento orçamentário-financeiro do Governo Federal, como os planos plurianuais, permitindo que suas metas de produção física e de avanços institucionais possam estar associadas ao planejamento dos recursos necessários para sua cobertura e tendo o ano de 2023 como horizonte final para a elaboração de estratégias e de propostas.

²⁷⁸ “Art. 1º O Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV tem por finalidade criar mecanismos de incentivo à produção e aquisição de novas unidades habitacionais ou requalificação de imóveis urbanos e produção ou reforma de habitações rurais, para famílias com renda mensal de até R\$ 4.650,00 (quatro mil, seiscentos e cinquenta reais) e compreende os seguintes subprogramas: [...]”.

²⁷⁹ “Seguindo a mesma diretriz, a Lei nº 11.977, de 07.07.2009, criou o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e ainda dispôs sobre a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas.

O programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV) é de importância ímpar para a implementação do direito à moradia, pois se apresenta como o maior programa de financiamento público destinado à aquisição da casa própria, concretizando, pois, os baldramas estabelecidos na Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos, firmada em 1966, itens 8 e 9, diploma internacional de que o Brasil é signatário.

O PMCMV não está isento de severas e importantes críticas, já que, como destaca Bonduki (2014, p. 310) ao analisar a crise econômica de 2008 e os reflexos na política habitacional:

Essa conjuntura foi determinante para a decisão governamental de investir com vigor no setor habitacional, criando o Programa Minha Casa Minha Vida, com a meta de viabilizar a construção de um milhão de casas até o final de 2010. A proposta, maturada inicialmente no Ministério da Fazenda, teve origem como uma ação emergencial anticíclica de apoio ao setor privado para evitar o aprofundamento do desemprego, ameaça concreta na virada de 2009. A intervenção da Secretaria Nacional da Habitação, lastreada no processo de elaboração do Plano Nacional de Habitação (PlanHab), possibilitou que essa ação anticíclica ganhasse um conteúdo mais social, incorporando parte da sua estratégia.

Novamente verifica-se o erro já apontado quando da abordagem sobre o problema habitacional brasileiro, porquanto se utiliza a questão da moradia como mecanismo para solucionar a crise econômica. Situação semelhante também é verificada na Espanha²⁸⁰. Não obstante a notória importância do fomento do setor imobiliário como mecanismo de contenção da crise econômica, a principal questão, promoção de imóveis adequados para as populações economicamente vulneráveis, é deixada em segundo plano, dando maior ênfase ao ponto de vista econômico em detrimento da importante questão social envolvida²⁸¹.

Logo em seu artigo 1º, é declinado o seu objetivo: criar mecanismos de incentivo à produção e aquisição de novas unidades habitacionais ou requalificação de imóveis urbanos e produção ou reforma de habitações rurais, para famílias com renda mensal de até R\$ 4.650,00 (quatro mil, seiscentos e cinquenta reais). A implementação do programa ocorre por meio de parcerias do governo federal com Estados, Municípios, empresas e entidades sem fins lucrativos" (PINHEIRO, 2014, p. 26-27).

²⁸⁰ “De manera bien explícita en todas las ocasiones en que ha actuado al respecto, el Legislador español ha blandido la política de vivienda como un instrumento de política económica, de lucha contra el paro y de estímulo a una industria edificatoria que hoy precisa de una reconversión. Aunque retóricamente se hallaban presentes, los motivos de auxilio a las clases y a las personas desfavorecidas para satisfacer sus necesidades de vivienda han quedado a la zaga del objetivo principal de la legislación española de vivienda” (LATRE, 2010, p. 193).

²⁸¹ A forma de implantação dos conjuntos habitacionais provenientes de recursos do Minha Casa Minha Vida vem sendo alvo de muita discussão entre os arquitetos, urbanistas, geógrafos e economistas do país. Assim como na década de 1960, estes continuam sendo construídos em áreas distantes, com casas ainda menores. O que se vê novamente é o problema habitacional brasileiro sendo tratado como meramente produção de casas, sem um planejamento que adeque localização, infraestrutura e padrão de moradia. Se não houver um planejamento coerente, com a instalação das habitações em lugares adequados, o que ocorrerá “[...] é uma condição de deseconomia e de insustentabilidade, que no mínimo gera muitas viagens. O contrário do que o urbanismo atualmente preconiza” (MARICATO, 2009, p. 63). “O Minha Casa Minha Vida é apontado como extremamente positivo do ponto de vista de ser um programa que visa reduzir o déficit habitacional, visto que mesmo após décadas do fim do BNH nenhuma outra política exclusiva à construção de novas habitações foi implantada. Porém, algumas falhas, assim como no passado, continuam a se repetir, que é o fato do problema

8.3 A política pública habitacional popular como serviço público

Como já abordado no capítulo 6 do presente trabalho, atividade econômica é gênero do qual é espécie a atividade econômica em sentido estrito e o serviço público. A atividade econômica em sentido estrito materializa-se pela produção e circulação de bens e serviços promovida em regime empresarial, cuja força motriz é a obtenção de lucro. O serviço público é atividade típica estatal de fornecimento de bens e serviços necessários ao atendimento de direito fundamental, cujos mecanismos de mercado não são suficientes para a satisfação adequada do interesse, sendo necessária a atuação do Estado ou de entidade privada para a qual o exercício dessa competência é delegado.

Prestar serviço público, em especial à população hipossuficiente, é mecanismo essencial para efetivação dos direitos fundamentais assegurando-lhe as condições suficientes para manter vida digna e, por consequência, promover a consolidação de uma sociedade livre, justa e solidária.

A moradia, como destacado anteriormente, é direito fundamental social reconhecido no artigo 6º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), como direito fundamental implícito (art. 5º, § 2º da Constituição Federal) e assegurado em diversos diplomas internacionais (art. 5º, § 3º da Constituição Federal) cuja materialização é atribuição – dever – do Estado, especialmente no cenário hodierno – pós-Constituição de 1988, em que a opção pela consolidação do Estado Democrático de Direito – artigo 1º da Constituição Federal – é eixo central de sustentação da própria estrutura estatal, porquanto o Estado surge e se mantém para assegurar, promover e desenvolver os direitos fundamentais da pessoa, materializações da dignidade da pessoa humana.

Tendo em vista que o Estado deve implementar os direitos fundamentais, consolidando a opção humanista adotada na Constituição Federal de 1988²⁸², é essencial que desenvolva ações necessárias para concretizar esses direitos, adotando medidas legislativas e executivas – políticas públicas – cujo escopo seja assegurar qualidade de vida digna à pessoa, sedimentando os baldramas do Estado.

habitacional ser tratado resumidamente como casas a serem construídas, não levando em consideração outros fatores como a proximidade da malha urbana, acessibilidade, qualidade, infraestrutura, entre outros recursos que reconheçam o direito à cidade” (OLIVEIRA, 2014, p. 42).

²⁸² Para aprofundamento, analisar seção 3.3 do presente trabalho.

A análise da experiência espanhola acerca da política habitacional é essencial para o aprofundamento do tema em debate, levando em consideração a proximidade dos mecanismos espanhóis com os efetivados para a implementação do direito na realidade nacional.

8.3.1 A experiência espanhola da moradia como serviço público: reflexão crítica sobre os mecanismos de implementação em relação aos mecanismos aplicados no Brasil

O exemplo espanhol demonstra bem o papel do Estado na implementação da política pública destinada a assegurar moradia às pessoas de baixa renda. No desenvolvimento das políticas públicas destinadas à promoção da moradia popular, o Estado espanhol, em especial nos anos 1950 do século passado, protagonizou intervenção direta no setor²⁸³ visando à construção de moradias sociais, necessárias para suprir o déficit habitacional em razão da falta de promoção pela iniciativa privada²⁸⁴. Para sedimentar a fase de progresso na política habitacional, em 25 de fevereiro de 1957, fruto da reforma administrativa, foi criado o Ministério da Moradia, cujo objetivo foi agrupar órgãos destinados a solucionar os problemas de moradias e urbanismo (Cf. CABALLERÍA, 2011, p. 95).

A política habitacional da década de 1970 foi marcante, destacando, em especial, a crise econômica mundial²⁸⁵ e a alteração no regime do Estado conferido pela Constituição de 1978 (ESPAÑA, 1978), a qual fixou no artigo 47 a garantia a uma moradia digna.

Para fazer frente ao problema da moradia em um período de crise econômica, sedimentou-se o Decreto-lei nº 31/1978, política de financiamento destinado à aquisição da moradia com a constituição de um mercado de hipotecas, consolidado pelo Decreto-lei nº 2/1981, que regulamenta o mercado hipotecário. A política de financiamento, estabelecida nessa fase, fundamenta até os dias atuais a política habitacional espanhola, fixando como pilares “[...] las ayudas o subvenciones directas a la vivienda protegida con cargo a los

²⁸³ “Puede decirse que esos años consolidaron la intervención directa del Estado en materia de vivienda, en torno a dos protagonistas: el Instituto Nacional de Vivienda y la Obra Sindical del Hogar. El primero asumió la función de dirección de la política de vivienda con las potestades de planificación, financiación y autorización de los proyectos, y la segunda el liderazgo en la promoción pública” (CABALLERÍA, 2011, p. 94).

²⁸⁴ O próprio Instituto Nacional da Moradia provia e mantinha muitas unidades habitacionais, tanto que em 1955 foi regulamentado o mecanismo de arrendamento das unidades aos beneficiários do programa, como contrato de longo prazo, visando alienar as unidades de titularidade do Instituto (Cf. CABALLERÍA, 2011, p. 95).

²⁸⁵ “La reacción del Estado a la crisis tomó cuerpo en los pactos de la Moncloa de octubre de 1977, que contenían un capítulo específico sobre urbanismo, suelo y vivienda. Según rezaba el acuerdo firmado, ‘En lo referente a vivienda, la actuación del Gobierno se orientará en una doble vertiente: de una parte, hacia el establecimiento de mecanismos que garanticen la financiación de la vivienda dentro de plazos adecuados, y, de otra, hacia el aumento de la construcción de viviendas para los sectores más necesitados de la población’” (CABALLERÍA, 2011, p. 97).

presupuestos generales, la deducción por adquisición de vivienda en el IRPF y los préstamos otorgados por las entidades de crédito con garantía hipotecaria y posibilidad de refinanciarse en los mercados secundarios” (CABALLERÍA, 2011, p. 98).

Em 1980, entre outras medidas, o Decreto-lei nº 12/1980 introduziu na política de financiamento destinado à aquisição da moradia uma ajuda financeira estatal em relação aos empréstimos qualificados. Merece destaque em matéria de financiamento o Decreto-lei nº 1.494/1987, que assegurou a dualidade de regimes de proteção à política de financiamento em relação à moradia, um estatal, suportado com financiamento público, e o autônomo garantido com recursos privados (Cf. CABALLERÍA, 2011, p. 102). Nos anos que se seguiram, preocupação com a regulamentação e o fomento de financiamento para aquisição de moradia foram assuntos de sucessivos decretos-lei e leis (1.668/1991, 1.932/1991, Lei nº 29/1994, 2.190/1995 etc.) (Cf. CABALLERÍA, 2011, p. 102-104).

Fixado esse breve histórico das políticas públicas adotadas para provimento da moradia na Espanha, é essencial pontuar que o principal mecanismo utilizado para acesso à habitação é efetivado por meio de ajudas diretas providas pelo Poder Público, o qual assegura auxílio monetário integrado ao empréstimo hipotecário e o apoio para o pagamento das parcelas do financiamento²⁸⁶.

Antes de passar à análise das formas de promoção, é essencial pontuar que o provimento do direito à moradia na realidade espanhola segue o sistema de ação descentralizado, aos moldes do desenvolvido no Brasil, porquanto o Estado espanhol tem papel regulador, fomentador e interventor na promoção de moradias, cabendo às comunidades autônomas, em concorrência, igual competência para executar políticas públicas destinadas à implementação de moradia adequada à população.

Com relação às moradias protegidas – moradias populares – destinadas à população de baixa renda, que se distinguem das moradias livres – moradias acessíveis segundo as regras do mercado²⁸⁷ –, o Estado espanhol atua ativamente regulando o mercado, buscando consolidar a eficácia do direito fundamental à moradia, efetivando sua atividade por meio de

²⁸⁶ “Las ayudas directas, a su vez, han combinado las subvenciones a tanto alzado con las de carácter periódico, en forma de subsidiación de los préstamos hipotecarios. Como es muy infrecuente que los beneficiarios de los planes de vivienda tengan la suficiente capacidad de financiación ajena, las ayudas públicas, como decimos, de han dirigido no sólo a facilitar el pago inicial de la compra (la ‘entrada’), sino también el de las cuotas de los préstamos hipotecarios constituidos para financiarla” (CABALLERÍA, 2011, p. 107).

²⁸⁷ “Sus antecedentes históricos se remontan a la legislación de ‘casas baratas’ de principios de siglo XX, como ya sabemos, y desde entonces se ha consolidado en España una clara segmentación del mercado de vivienda habitual en dos productos, la vivienda libre y la protegida. Y como se acaba de destacar, ésta se caracteriza por una fuerte acción administrativa de regulación, fomento e intervención” (CABALLERÍA, 2011, p. 110).

fomento e intervenção administrativa direta e impondo alteração no regime jurídico que afasta as regras do direito privado (CABALLERÍA, 2011, p. 109).

Como abordado nas seções anteriores do presente estudo, no Brasil está sedimentada igualmente a cisão entre moradias populares – destinadas à pessoa de baixa renda – providas pelos Sistema Financeiro de Habitação, especial na época do Banco Nacional da Habitação, e pelo Programa Minha Casa Minha Vida, e aquelas destinadas a prover a necessidade habitacional de parcela da população – classes média e alta – cujo fornecimento será executado segundo as regras do mercado, como verificado no Sistema Financeiro Imobiliário.

Além da facilitação de acesso à moradia por meio da concessão de subvenções, a política promovida na Espanha tem como fundamento assegurar benefícios fiscais para as pessoas que adquirem imóvel destinado à moradia, assegurando aos adquirentes redução no IVA, no caso de aluguel como opção de compra, e dedução do valor gasto da base de cálculo do Imposto de Renda²⁸⁸.

Não há como deixar de consignar a omissão legal no ordenamento pátrio de mecanismos de concessão de benefícios fiscais àqueles que adquirem ou alugam imóveis destinados à moradia nos moldes propostos na legislação espanhola. Destaca-se como benefício fiscal destinado a promover indiretamente a satisfação do direito social à moradia a isenção de Imposto de Renda da pessoa física em relação ao ganho de capital decorrente da venda de imóvel destinado à moradia, cujo valor é aplicado para a aquisição de imóvel residencial no prazo de seis meses a contar da alienação²⁸⁹. É importante ressaltar que o benefício tem objetivo eminentemente patrimonialista, ou seja, a manutenção do patrimônio dos alienantes e não visa, em primeiro plano, a tutelar o direito existencial à moradia.

Com efeito, sem a pretensão de esgotar a matéria, é importante pontuar que outros direitos de igual *status* constitucional, direitos fundamentais sociais reconhecidos no artigo 6º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), têm proteção mais efetiva no mundo do ser, como se verifica na questão do direito à saúde²⁹⁰, cujo sistema tributário pátrio assegura a possibilidade de dedução dos valores despendidos da base de cálculo do Imposto de Renda da

²⁸⁸ Para aprofundamento sobre o tema: SORROSAL, 2009.

²⁸⁹ “Art. 39. Fica isento do imposto de renda o ganho auferido por pessoa física residente no País na venda de imóveis residenciais, desde que o alienante, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias contado da celebração do contrato, aplique o produto da venda na aquisição de imóveis residenciais localizados no País”.

²⁹⁰ “Art. 8º A base de cálculo do imposto devido no ano-calendário será a diferença entre as somas: [...]

II – das deduções relativas:

a) aos pagamentos efetuados, no ano-calendário, a médicos, dentistas, psicólogos, fisioterapeutas, fonoaudiólogos, terapeutas ocupacionais e hospitais, bem como as despesas com exames laboratoriais, serviços radiológicos, aparelhos ortopédicos e próteses ortopédicas e dentárias; (Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995)”.

pessoa física (IRPJ), situação que se verifica, de igual forma com o direito à educação²⁹¹ e à previdência social²⁹².

Como pontuado, o tema merece reflexão aprimorada que não se coaduna com a análise apresentada, tendo em vista a limitação do objeto da pesquisa, entretanto, fica o registro da importância da questão para desenvolvimento em futuro trabalho de pesquisa.

Na realidade espanhola, conforme estabelece Caballería (2011, p. 111-112), para acesso à moradia protegida (moradia popular), o beneficiário deve inscrever-se em registro administrativo. Os interessados em construir essas moradias, por sua vez, devem obter junto aos órgãos competentes, comunidades autônomas, a autorização prévia para construí-las, seguindo o regramento adotado pelo Estado. Este, ao final da construção, atestará se a unidade preenche as condições para ser qualificada como moradia protegida, o que proporcionará benefícios tanto ao construtor como à pessoa que usufruirá dessa moradia por meio de “aluguel social” ou de aquisição subsidiada. Há uma “parceria público privada” para sua promoção, uma vez que o interessado em prover os imóveis destinados à moradia protegida adere à regulação estabelecida pelo Poder Público, executando materialmente a obra, fornecendo, ao final, a moradia à parcela vulnerável da população.

Com efeito, a sistemática da política pública de promoção de moradia executada por meio do Programa Minha Casa Minha Vida tem muita semelhança com a experiência espanhola, uma vez que o Estado fomenta a construção por agente econômico privado de unidades habitacionais para a destinação de moradia popular à população menos afortunada. Entretanto, a crítica que se faz ao programa é a falta de regulamentação aos agentes privados executores fixando condições mínimas de qualidade dos imóveis, de padrões arquitetônicos condizentes e critérios de integração das unidades habitacionais com o planejamento urbanístico das cidades.

²⁹¹ “Art. 8º A base de cálculo do imposto devido no ano-calendário será a diferença entre as somas: [...]

II – das deduções relativas: [...]

b) a pagamentos de despesas com instrução do contribuinte e de seus dependentes, efetuados a estabelecimentos de ensino, relativamente à educação infantil, compreendendo as creches e as pré-escolas; ao ensino fundamental; ao ensino médio; à educação superior, compreendendo os cursos de graduação e de pós-graduação (mestrado, doutorado e especialização); e à educação profissional, compreendendo o ensino técnico e o tecnológico, até o limite anual individual de

²⁹² “Art. 4º. Na determinação da base de cálculo sujeita à incidência mensal do imposto de renda poderão ser deduzidas: [...]

IV – as contribuições para a Previdência Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
V – as contribuições para as entidades de previdência privada domiciliadas no País, cujo ônus tenha sido do contribuinte, destinadas a custear benefícios complementares assemelhados aos da Previdência Social;

VII – as contribuições para as entidades fechadas de previdência complementar de natureza pública de que trata o § 15 do art. 40 da Constituição Federal, cujo ônus tenha sido do contribuinte, destinadas a custear benefícios complementares assemelhados aos da Previdência Social (Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995)”.

Por fim, e não menos importante, é a atuação direta do Poder Público espanhol em promover a prestação material de moradias, por meio de empresa pública destinada a gerir conjunto de moradias destinadas à população de baixa renda. A entidade pública executa a urbanização do solo e construção de imóveis, comercialização de unidades habitacionais e intermediação de arrendamentos – ações destinadas à promoção de moradias aos destinatários (CABALLERÍA, 2011, p. 109).

Quando a Administração Pública se limita a vender unidades imobiliárias livres ou protegidas, está realizando atividade econômica de interesse geral, tipicamente de cunho empresarial, sujeitando-se a regras de livre mercado e os regulamentos do Direito Privado. Nesse sentido, assevera Caballería (2011, p. 115) ao comentar a diferença da atuação do Estado exercendo atividade econômica e prestando serviço público:

Cuando el sector público se limita a promover y vender viviendas, sean libres o protegidas, está realizando una actividad económica de interés general que es típicamente mercantil o empresarial y, como tal, sujeta a las reglas del Derecho privado, incluidas – claro está – las del Derecho de la competencia. Estas reglas no impiden el cumplimiento de su misión de interés general, que se contrae a garantizar una oferta suficiente, en el mercado, de un bien de primera necesidad. Lo mismo cabe decir si promueve o gestiona viviendas en alquiler a precios de mercado.

Situação distinta apresenta-se quando a Administração Pública regula, organiza e/ou financia o serviço de moradia social, impondo regras que estabelecem exceção à liberdade no mercado, nessa hipótese, o Estado presta serviço público destinado à prestação de um bem material necessário à satisfação de um direito social, por isso:

En ese caso, nos encontramos propiamente ante un servicio público, que se encuentra en la frontera de los tradicionalmente denominados sociales (para contraponerlos a los económicos) pero que aquí preferimos denominar servicios a la persona, como son la seguridad y asistencia sociales, la sanidad, la educación y la cultura, por ejemplo (CABALLERÍA, 2011, p. 117).

Caballería (2011, p. 117) destaca como característica do serviço público de moradia prestado: a) caráter interpessoal que exige um relacionamento com o usuário do serviço que se reflete na prestação deste²⁹³; b) inexistência de monopólio da prestação pelo Estado, sua atuação visa a afirmar níveis mínimos de implementação da garantia à moradia adequada, assegurando, no entanto, atuação de agentes privados destinados a exercer materialmente a finalidade – asseverar moradia adequada; c) intensa colaboração do Poder Público com a iniciativa privada e com entidades do terceiro setor.

²⁹³ “Así ocurre, sobre todo, en los caos en los que se gestiona el alojamiento de personas en situaciones de necesidad o de colectivos en riesgo de exclusión social, en los que la prestación de vivienda suele integrarse en una acción más amplia de acompañamiento social (asistencial, sanitario, ocupacional y/o educativo)” (CABALLERÍA, 2011, p. 117).

Em suma, na promoção do direito à moradia na Espanha, o Estado utiliza diversos mecanismos de atividade administrativa como regulação, planificação, fomento, intervenção – iniciativa pública no mercado, expropriação e serviço público visando a implementar o direito social fundamental à moradia a todos, respeitadas as particularidades de cada situação.

Delineada a realidade espanhola sobre a questão, essencial verificar sua compatibilidade em face do Tratado da União Europeia e da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

8.3.2 A moradia no contexto do Tratado da União Europeia e a posição da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

O Tratado da União Europeia, em seu artigo 3^{o294}, assegura e consolida os fins da União Europeia proclamando valores fundamentais a serem preservados, como a solidariedade, a coesão social, igualdade, proteção e progresso social, economia de mercado, desenvolvimento sustentável, proteção dos direitos do Homem, entre outros.

Por sua vez, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em seu artigo 34²⁹⁵ – destinado à segurança social e assistência social –, reconhece o direito à moradia como

²⁹⁴ “Artigo 3.o (ex-artigo 2.o TUE)

1. A União tem por objectivo promover a paz, os seus valores e o bem-estar dos seus povos.
 2. A União proporciona aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, de asilo e imigração, bem como de prevenção da criminalidade e combate a este fenómeno.
 3. A União estabelece um mercado interno. Empenha-se no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num crescimento económico equilibrado e na estabilidade dos preços, numa economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social, e num elevado nível de protecção e de melhoramento da qualidade do ambiente. A União fomenta o progresso científico e tecnológico.
- A União combate a exclusão social e as discriminações e promove a justiça e a protecção sociais, a igualdade entre homens e mulheres, a solidariedade entre as gerações e a protecção dos direitos da criança.
- A União promove a coesão económica, social e territorial, e a solidariedade entre os Estados-Membros.
- A União respeita a riqueza da sua diversidade cultural e linguística e vela pela salvaguarda e pelo desenvolvimento do património cultural europeu.
4. A União estabelece uma união económica e monetária cuja moeda é o euro.
 5. Nas suas relações com o resto do mundo, a União afirma e promove os seus valores e interesses e contribui para a protecção dos seus cidadãos. Contribui para a paz, a segurança, o desenvolvimento sustentável do planeta, a solidariedade e o respeito mútuo entre os povos, o comércio livre e equitativo, a erradicação da pobreza e a protecção dos direitos do Homem, em especial os da criança, bem como para a rigorosa observância e o desenvolvimento do direito internacional, incluindo o respeito dos princípios da Carta das Nações Unidas.
 6. A União prossegue os seus objectivos pelos meios adequados, em função das competências que lhe são atribuídas nos Tratados”.

²⁹⁵ “Artigo 34.o

Segurança social e assistência social [...]

3. A fim de lutar contra a exclusão social e a pobreza, a União reconhece e respeita o direito a uma assistência social e a uma ajuda à habitação destinadas a assegurar uma existência condigna a todos aqueles que não

direito fundamental essencial à existência digna a ser assegurado àqueles que não disponham de condições suficientes de conseguir local digno para moradia por meio dos mecanismos de mercado livre.

No cenário da União Europeia, nos termos do Tratado e da Carta de Direitos Fundamentais, inadmissível a omissão dos Estados membros na adoção de ações visando à concretização do direito fundamental à “ajuda à habitação” que se traduz como o direito à moradia, tendo em vista que “[...] ya no se trata de valores de los Estados miembros que el Derecho unitario europeo respete como excepciones, sino que los ha interiorizado como principios fundantes e inspiradores del propio Derecho europeo, lo que debería producir una evolución también en su interpretación y aplicación” (CABALLERÍA, 2011, p. 117).

O direito à moradia, direito social de interesse geral, destinado a assegurar a existência digna de todos os que não disponham de recursos necessários à satisfação é valor/fim do Direito Europeu, cujos Estados membros têm obrigação de concretizar, sob pena de afronta ao estabelecido nos diplomas regulamentadores da União Europeia.

O Tribunal de Justiça da União Europeia²⁹⁶, órgão que tem a missão de garantir o respeito e a interpretação do Direito da União Europeia, reconheceu em sentença proferida em 1 de outubro de 2009, assunto C-567/07, que a materialização do direito à habitação social por parte dos Estados membros é reconhecida como de interesse fundamental a ser tutelado²⁹⁷, bem assim a exigência relacionada com a política de habitação social e seu financiamento pode constituir razão imperiosa de interesse geral para justificar restrições impostas pelo Estado membro²⁹⁸.

disponham de recursos suficientes, de acordo com o direito da União e com as legislações e práticas nacionais”.

²⁹⁶ “Desde su creación en 1952, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene por misión garantizar ‘el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación’ de los Tratados. En el marco de esta misión, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea:
- controla la legalidad de los actos de las instituciones de la Unión Europea;
- vela por que los Estados miembros respeten las obligaciones establecidas en los Tratados;
- interpreta el Derecho de la Unión a solicitud de los jueces nacionales”.

(TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Apresentação Geral**. Disponível em: <http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_6999/. Acesso em: 26 nov. 2015).

²⁹⁷ “Ora, no que diz respeito, em primeiro lugar, às interrogações permitidas pelo artigo 58.º CE, basta verificar que, mesmo admitindo que a necessidade de um Estado-Membro promover a habitação social possa constituir um interesse fundamental da sociedade, a ordem pública não pode ser invocada no caso em apreço, na medida em que a hipotética violação das obrigações estatutárias que incumbem às entidades autorizadas e o eventual desvio de fundos que recebem, para actividades não sociais, não podem, contudo, representar uma ameaça real e suficientemente grave, susceptível de afectar esse interesse fundamental (v., neste sentido, acórdão de 14 de Março de 2000, Église de scientologie, C-54/99, Colect., p. I-1335, n.º 17 e jurisprudência referida)” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, 2009).

²⁹⁸ “Por analogia, há que considerar, portanto, que as exigências relacionadas com a política da habitação social de um Estado-Membro e com o seu financiamento podem também constituir razões imperiosas de interesse geral e, deste modo, justificar restrições como a que decorre da legislação nacional em causa no processo

De igual forma, a Comissão Europeia, em 28 de novembro de 2005, pela decisão 2005/842/CE, reconheceu o interesse geral do serviço de moradia social, bem como adotou a possibilidade de um tratamento especial em matéria de auxílio econômico para os gestores de serviços de interesse econômico geral, como destaca Caballería (2011, p. 117):

La Comisión Europea, por su parte, ya había aceptado año atrás no sólo el interés general de los servicios de vivienda social, sino incluso su singularidad para justificar un trato especial, menos estricto que el general en materia de ayudas de Estado establecido por la Decisión de la Comisión 2005/842/CE, de 28 de noviembre de 2005, relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 86, apartado 2, del Tratado CE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicio de interés económico general.

É importante destacar, com fundamento no Tratado da União Europeia, que o auxílio estatal para a promoção de moradia somente poderá ser conferido em relação a setor integrado por pessoas desfavorecidas socialmente, que, em razão de problemas econômicos, não poderão prover seu direito fundamental por meio das moradias oferecidas pelo mercado (Cf. CABALLERÍA, 2011, p. 117).

Após examinar a experiência espanhola da prestação de moradia como serviço público e a posição do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre o tema, é necessário ponderar se, na realidade jurídica, econômica e social vivenciada no Brasil hodierno, a prestação de moradia à população de baixa renda pode ser qualificada como hipótese de serviço público à luz da Constituição Federal de 1988.

8.3.3 A moradia popular como serviço público: uma reflexão à luz da Constituição de 1988

Conforme pontuado no estudo, o direito à moradia é direito fundamental social, cuja finalidade é assegurar bem essencial para o desenvolvimento da pessoa humana, porquanto se apresenta como necessidade essencial destinada a assegurar condições mínimas para o desenvolvimento da pessoa. Assim:

Nesse cenário adverso, o grande desafio que se coloca é propiciar às camadas mais pobres da população o acesso a moradias adequadamente localizadas, suficientemente espaçosas, construídas com materiais de qualidade satisfatória, seguras, bem iluminadas, bem arejadas, bem abastecidas de água, saneamento e integradas a redes de esgoto, objetivo que é buscado por meio de políticas públicas variadas, entre as quais se notabiliza um sistema de financiamento habitacional destacado do regime jurídico das linhas de crédito em geral, sujeito a monitoramento periódico [...] (PINHEIRO, 2014, p. 22).

principal. Como afirmou com razão o Governo neerlandês, estas considerações não podem senão ser reforçadas com certas especificidades que caracterizam a situação do mercado nacional em causa no processo principal, como uma penúria estrutural de habitações e uma densidade populacional especialmente elevada” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, 2009).

A promoção da moradia à população de baixa renda apresenta-se como atuação estatal destinada à promoção de direito fundamental social cujo mecanismo de mercado não é capaz de suprir, caracterizando, portanto, exercício de atribuição (dever) do Estado que se materializa, no mundo do ser, como atividade estatal qualificada como serviço público, em consonância com a noção de serviço público adotada no presente trabalho, conforme seção 6.3.4.

Desse modo, a Caixa Econômica Federal, ao atuar como executora da política pública destinada à materialização do direito social à moradia, age como se Estado fosse, executando parcela de atribuição deste, que, por conveniência administrativa, é delegada ao ente administrativo – empresa pública – que concretiza o direito fundamental dos indivíduos, assegurando acesso ao bem essencial à satisfação do interesse essencial.

Com efeito, ao executar o programa Minha Casa Minha Vida – MCMV, política pública destinada à implementação do direito à moradia – a empresa pública federal (CEF) presta serviço público essencial para assegurar a satisfação de interesse essencial para a promoção da dignidade da pessoa humana, traduzido em direito fundamental social à moradia, cujo dever de implementação é imposto ao Estado.

Ponderando a atuação da instituição financeira federal – CEF na execução do Programa de Arrendamento Residencial – PAR, política pública desenvolvida para a implementação do direito à moradia, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região²⁹⁹ (BRASIL,

²⁹⁹ A questão da natureza da atividade prestada pela empresa pública não passou sem análise na decisão proferida pelo juiz federal convocado David Diniz, o qual reconheceu a atuação da Caixa Econômica Federal na gestão do Programa de Arrendamento Residencial-PAR como serviço público. “EXECUÇÃO FISCAL. APELAÇÃO CÍVEL. COBRANÇA DE IPTU PELO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO EM FACE DA CEF. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. VIA PROCESSUAL ADEQUADA. ILEGITIMIDADE DA CEF AFASTADA. PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO PELA EMPRESA PÚBLICA. IMUNIDADE RECÍPROCA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. [...] - O Programa de Arrendamento Residencial-PAR destina-se ao atendimento da população de baixa renda, sob a forma de arrendamento residencial com opção de compra, conforme preceitua o artigo 1º da Lei nº 10.188/2001. - A gestão do programa está a cargo do Ministério das Cidades, e a operacionalização é destinada à CEF, sendo-lhe autorizada a criação e a administração de fundo financeiro privado com o fim exclusivo de segregação patrimonial e contábil dos haveres financeiros e imobiliários (artigos 1º, § 1º, 2º, caput e § 8º). Os bens e direitos integrantes do patrimônio do Fundo de Arrendamento Residencial - FAR não se comunicam com o patrimônio da Caixa Econômica Federal - CEF, mas são mantidos sob a propriedade fiduciária da instituição, a qual também compete efetivar, diretamente, a alienação dos referidos bens (artigo 2º, § 3º). - Outro dispositivo que reconhece a legitimidade passiva da empresa pública é o artigo 4º, incisos IV, VI e VII, ao definir que compete à CEF ‘definir os critérios técnicos a serem observados na aquisição, alienação e no arrendamento; representar o arrendador ativamente e passivamente, judicial e extrajudicialmente; e promover, em nome do arrendador, o registro dos imóveis adquiridos’. - A Caixa Econômica Federal detém a propriedade dos imóveis, em nome da União Federal, ainda não alienados nos termos da Lei nº 10.188/2001. Esse entendimento foi firmado pela E. Quarta Turma relativamente à preliminar em comento, por ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 0035286-20.2008.4.03.6182, na sessão de 16/08/2012. - Cuida, a hipótese, de saber se a imunidade recíproca alcança a cobrança de IPTU face à vinculação do bem ao Programa de Arrendamento Residencial - PAR, instituído

2012) reconheceu que a operacionalização do programa é atividade econômica, qualificada como prestação do serviço público, executada pela Caixa Econômica Federal:

Além da exploração da atividade econômica (artigo 173 da CF), as empresas públicas também se prestam à realização de serviços públicos e, neste caso, a sujeição será ao regime jurídico de direito público. – E é o que ocorre na espécie. No Programa de Arrendamento Residencial, criado pela Lei nº 10.188/2001, a Caixa Econômica Federal operacionaliza o cumprimento de direito social garantido pela Constituição no artigo 6º, para tanto, ao instituir referido programa, a União destacou recursos próprios, especializando-os a um Fundo Financeiro Privado, com fim exclusivo de segregação patrimonial e contábil dos haveres financeiros e imobiliários (artigo 2º, caput), destinando a operacionalização de todo o sistema à CEF, cuja atuação equipara-se à de gestora de negócios. Tanto que, ‘o saldo positivo existente ao final do Programa é integralmente revertido à União’ (artigo 3º, § 4º). Considerando que a atuação da instituição financeira no Programa de Arrendamento Residencial – PAR não trata, evidentemente, de operação comercial de compra e venda de imóveis em geral, como se participasse efetivamente de atividade econômica de direito privado ao responder pela operacionalização do programa, é de se reconhecer presente a prestação do serviço público, com a extensão dos efeitos da imunidade recíproca.

Portanto, ao atuar visando à promoção de direito fundamental à moradia em favor da população de baixa renda, a Caixa Econômica Federal executa atividade econômica qualificada como serviço público, situação que não se verifica quando atua no mercado livre, agindo como agente bancário, inclusive concede empréstimos bancários para aquisição de imóveis conforme o regime do Sistema Financeiro Imobiliário, ocasião em que o ente estatal estará exercendo atividade econômica em sentido estrito.

Desse modo, ao executar atividade econômica em sentido estrito, o ente público não poderá ser beneficiado com vantagem não extensível aos particulares, sob pena de afronta aos

pela Lei nº 10.188/01. - A Constituição Federal estabelece no artigo 150 algumas limitações ao poder de tributar, que representam verdadeiras cláusulas pétreas. Ainda que a imunidade recíproca seja exclusiva, segundo a Constituição Federal, aos entes políticos, autarquias e fundações, é possível estender esse benefício às empresas públicas, quando no exercício de prestação de serviço público. - Além da exploração da atividade econômica (artigo 173 da CF), as empresas públicas também se prestam à realização de serviços públicos e, neste caso, a sujeição será ao regime jurídico de direito público. - E é o que ocorre na espécie. No Programa de Arrendamento Residencial, criado pela Lei nº 10.188/2001, a Caixa Econômica Federal operacionaliza o cumprimento de direito social garantido pela Constituição no artigo 6º. para tanto, ao instituir referido programa, a União destacou recursos próprios, especializando-os a um Fundo Financeiro Privado, com fim exclusivo de segregação patrimonial e contábil dos haveres financeiros e imobiliários (artigo 2º, caput), destinando a operacionalização de todo o sistema à CEF, cuja atuação equipara-se à de gestora de negócios. Tanto que, ‘o saldo positivo existente ao final do Programa é integralmente revertido à União’ (artigo 3º, § 4º). - Considerando que a atuação da instituição financeira no Programa de Arrendamento Residencial - PAR não trata, evidentemente, de operação comercial de compra e venda de imóveis em geral, como se participasse efetivamente de atividade econômica de direito privado ao responder pela operacionalização do programa, é de se reconhecer presente a prestação do serviço público, com a extensão dos efeitos da imunidade recíproca. - A propósito, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que as empresas públicas e sociedades de economia delegatárias de serviços públicos de prestação obrigatória e exclusiva do Estado são abrangidas pela imunidade tributária recíproca prevista no artigo 150, inciso VI, ‘a’, da Constituição Federal. Precedentes.- Desse modo, resta ilegítima a cobrança do IPTU, em razão da imunidade recíproca, nos termos do artigo 150, inciso VI, ‘a’, da Constituição Federal [...]” (AC 0048872-61.2007.4.03.6182, REL. JUIZ FEDERAL CONVOCADO DAVID DINIZ, QUARTA TURMA, j. 08.11.2012, DE 22.11.2012).

princípios que regem a ordem econômica, entretanto, situação diversa ocorre quando presta serviço público, conforme se analisará nas seções seguintes.

8.4 A Caixa Econômica Federal e o direito fundamental à moradia: uma análise do regime jurídico na atuação como agente estatal

A Caixa Econômica Federal, com a extinção do Banco Nacional da Habitação pelo Decreto nº 2.291 de 21 de novembro de 1986 (BRASIL, 1986), passou a atuar de forma destacada na política habitacional, porquanto, nos termos o artigo 1º do referido decreto, incorporou esta, sucedendo-a em todos os direitos e obrigações.

Desse modo, além da sucessão de bens e direitos do Banco Nacional de Habitação, a Caixa Econômica Federal passa a atuar como gestora da execução do Sistema Financeiro Habitacional, nesse sentido, “[...] como agente financeiro, ela [CEF] é parte nos contratos, na maneira vigorante antes das mudanças introduzidas por aquele mandamento legal. Na forma de gestora, passou a exercer atribuições antes conferidas ao BNH, sem integrar a relação jurídica estabelecida pelo contrato de mútuo” (RIZZARDO, 2011, p. 178).

Ademais, é importante destacar que nem todas as competências afetas ao extinto Banco Nacional de Habitação foram transmitidas à Caixa Econômica Federal, uma vez que as atribuições como órgão central do SFH foram cominadas ao Conselho Monetário Nacional, nos termos do artigo 7º do Decreto nº 2.291/1986 (BRASIL, 1986) e a emissão de resoluções e normas para regulamentar o sistema e a fiscalização das entidades integrantes foi conferida ao Banco Central do Brasil, nos termos do artigo 8º do Decreto nº 2.291/1986 (BRASIL, 1986). Por sua vez, nos termos do artigo 6º do Decreto nº 2.291/1986, a formulação de propostas destinadas à implementação da política habitacional foi atribuída ao Ministério do Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente – MDU, competência que, posteriormente, como já disposto na seção 8.3.2, foi absorvida pelo Ministério da Cidades, o qual passa a estabelecer a definição das políticas públicas destinadas ao atendimento do direito à moradia.

Em suma, a Caixa Econômica Federal, com a extinção do Banco Nacional de Habitação, passa a exercer duplo papel no Sistema Habitacional, como gestora do Sistema Financeiro de Habitação e como agente financeira executora de políticas públicas voltadas à concretização do Plano Nacional de Habitação, cujo objetivo, ao fim e ao cabo, é a implementação do direito fundamental social à moradia.

A Caixa Econômica Federal foi instituída pelo Decreto nº 759/1969 (BRASIL, 1969) como instituição financeira federal com natureza de empresa pública e personalidade de

direito privado, com patrimônio próprio e autonomia administrativa, nos termos do estabelecido no artigo 1º³⁰⁰ do referido decreto. Trata-se de empresa pública federal destinada a atuar com instituição financeira, cujas finalidades estão elencadas no artigo 2º do decreto:

Art. 2º A CEF terá por finalidade:

- a) receber em depósito sob a garantia da União, economias populares, incentivando os hábitos de poupança;
- b) conceder empréstimos e financiamentos de natureza assistencial, cooperando com as entidades de direito público e privado na solução dos problemas sociais e econômicos;
- c) operar no setor habitacional, como sociedade de crédito imobiliário e principal agente do Banco Nacional de Habitação, com o objetivo de facilitar e promover a aquisição de sua casa própria, especialmente pelas classes de menor renda da população;
- d) explorar, com exclusividade, os serviços da Loteria Federal do Brasil e da Loteria Esportiva Federal nos termos da legislação pertinente;
- e) exercer o monopólio das operações sobre penhores civis, com caráter permanente e da continuidade;
- f) prestar serviços que se adaptem à sua estrutura de natureza financeira, delegados pelo Governo Federal ou por convênio com outras entidades ou empresas.
- g) realizar, no mercado financeiro, como entidade integrante do Sistema Financeiro Nacional, quaisquer outras operações, no plano interno ou externo, podendo estipular cláusulas de correção monetária, observadas as condições normativas estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional;
- h) realizar, no mercado de capitais, para investimento ou revenda, as operações de subscrição, aquisição e distribuição de ações, obrigações e quaisquer outros títulos ou valores mobiliários, observadas as condições normativas estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional;
- i) realizar, na qualidade de Agente do Governo Federal, pôr conta e ordem deste, e sob a supervisão do Conselho Monetário Nacional, quaisquer operações ou serviços nos mercados financeiro e de capitais, que lhe forem delegados, mediante convênio.

Tendo em vista que o veículo normativo instituidor da Caixa Econômica Federal foi editado em período anterior à Constituição de 1988, é necessário efetivar uma filtragem constitucional³⁰¹ no intuito de verificar a compatibilidade das atribuições com a Constituição

³⁰⁰ “Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a constituir a Caixa Econômica Federal – CEF, instituição financeira sob a forma de empresa pública, dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e autonomia administrativa, vinculada ao Ministério da Fazenda”.

³⁰¹ “Neste quadro, então, desenvolveu-se a idéia de filtragem constitucional, que tomava como eixo a defesa da força normativa da constituição, a necessidade de uma dogmática constitucional principialista, a retomada da legitimidade e vinculatividade dos princípios, o desenvolvimento de novos mecanismos de concretização constitucional, o compromisso ético dos operadores do Direito com a Lei Fundamental e a dimensão ética e antropológica da própria Constituição, a constitucionalização do direito infraconstitucional, bem como o caráter emancipatório e transformador do Direito como um todo. Assim, sustentou-se que a filtragem constitucional pressupõe a preeminência normativa da Constituição, projetando-a para uma específica concepção da Constituição enquanto sistema aberto de regras e princípios, que permite pensar o Direito Constitucional em sua perspectiva jurídonormativa em diálogo com as realidades social, política e econômica. Então, com a filtragem constitucional, falava-se da preeminência normativa da Constituição pressupondo também uma teoria da norma constitucional que compreendesse a sua dimensão normativo-lingüística e também material. Bem como, ainda, falava-se de uma teoria da norma englobante da esfera da pré-compreensão do intérprete, enquanto sujeito integrante da realidade e do contexto material do Direito e, de conseqüência, integrante da própria estrutura da norma (categoria que exige a existência de um caso concreto posto a resolver, não se confundindo com as regras e princípios em sua perspectiva puramente lingüística – o enunciado ou texto) existência de um caso concreto posto a

Federal de 1988, em especial, com a disciplina da intervenção do Estado no domínio econômico, nos termos do artigo 170 e seguintes da Constituição Federal (BRASIL, 1988), respeitando a opção pelo modo de produção capitalista, que, como ponderado no capítulo 3 do presente trabalho, não poder desbordar da finalidade humanista que visa a reconhecer, consolidar e implementar os direitos fundamentais da pessoa humana³⁰².

É importante destacar, como premissa metodológica, que a filtragem constitucional do decreto que institui a Caixa Econômica Federal será efetivada somente em relação a seu papel – finalidade – como agente destinado a promover o setor habitacional, nos termos estabelecidos no artigo 2º, alínea “b” e “c” do Decreto nº 759/1969 (BRASIL, 1969).

Uma premissa importante para iniciar a análise, conforme ponderado na seção 6.2.2, o exercício de uma atividade econômica em regime de monopólio não pode ser confundido com a prestação de serviço público, atividades econômicas em sentido lato que têm regime e pressupostos próprios do exercício.

De igual forma merece destaque que, à luz da Constituição de 1988, em que estabelecido o princípio da livre-iniciativa e livre concorrência, não há espaço para o estabelecimento de monopólio por meio de lei, porquanto somente a Constituição Federal poderá atribuir a uma determinada atividade econômica a condição de monopólio, tendo em vista a natureza excepcional e derogatória dos baldrames constitucionais.

A título de esclarecimento, sem pretensão de completude sobre o exame da questão apresentada, é relevante pontuar que a expansão das hipóteses de monopólio de atividade econômica não poderá ser efetivada por meio de emenda constitucional, tendo em vista os limites materiais estabelecidos no artigo 60, § 4º da Constituição Federal (BRASIL, 1988)³⁰³, que veda a edição de emendas tendentes a abolir direitos fundamentais, tal como pode ser classificado a livre-iniciativa e a livre concorrência, ambas sedimentadas no direito à

resolver, não se confundindo com as regras e princípios em sua perspectiva puramente lingüística o enunciado ou texto)” (SCHIER, 2005, p. 1).

³⁰² “Por fim, especificamente em relação à adoção de um conceito de sistema constitucional pressuposto à idéia de filtragem constitucional, ainda se defendia a possibilidade de extração de importantes conseqüências no plano da dogmática constitucional. Em primeiro lugar, falando-se de uma unidade formal inerente ao sistema, teriam os operadores do Direito que laborar na dogmática jurídica a partir da noção de unidade hierárquico-normativa da constituição, assumindo as conseqüências daí decorrentes (como a impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais, a não hierarquização dos princípios constitucionais etc.). Em seguida, seria necessário laborar-se a partir da idéia de unidade material, ou seja, unidade axiológica, unidade de sentido, de modo que não se poderia compreender um instituto qualquer do direito infraconstitucional a não ser sob a luz da constituição toda” (SCHIER, 2005, p. 2).

³⁰³ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I – a forma federativa de Estado;
II – o voto direto, secreto, universal e periódico;
III – a separação dos Poderes;
IV – os direitos e garantias individuais.”

liberdade, direito fundamental reconhecido conforme disposto no artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Ponderando a atribuição (finalidade) conferida à Caixa Econômica Federal como sociedade de crédito que visa a facilitar a promoção da aquisição da casa própria, em especial, às populações de baixa renda, alínea “c”, do artigo 2º do Decreto nº 759/1969 (BRASIL, 1969), com a Constituição Federal de 1988 e os diplomas internacionais relacionadas ao direito à moradia, disposições normativas que integram o bloco de constitucionalidade pertinente à filtragem, nos termos do disposto na seção 7.2.1 do presente trabalho, inexistente incompatibilidade entre as atribuições afetadas à empresa pública e os direitos e garantias constitucionalmente assegurados. Pelo contrário, a atribuição da Caixa Econômica Federal como agente financeiro destinado a promover o acesso à casa própria materializa, perfeitamente, os anseios de promover o pleno acesso à moradia a todos, visando à concretização do direito fundamental social estabelecido no artigo 6º da Constituição (BRASIL, 1988).

Reconhecida a compatibilidade das atribuições conferidas à Caixa Econômica Federal em face da Constituição de 1988, a questão que resta à reflexão diz respeito à sua posição na ordem econômica quando atua com o propósito de implementar direito fundamental social – direito à moradia –, ou seja, se opera no mercado, não podendo aferir benefício não previsto aos particulares, nos termos do artigo 173 da Constituição Federal (BRASIL, 1988)³⁰⁴, ou, caso contrário, reconhecida como extensão do Estado, poderão ser estendidos benefícios próprios deste, como a imunidade recíproca³⁰⁵.

³⁰⁴ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. [...]”

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”.

³⁰⁵ “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...]”

VI – instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros; [...]

§ 2º A vedação do inciso VI, ‘a’, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

§ 3º As vedações do inciso VI, ‘a’, e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel”.

8.4.1 *A Caixa Econômica Federal sua natureza híbrida: reposicionamento da Caixa Econômica Federal no mercado*

As empresas públicas³⁰⁶ são entidades da administração indireta – decorrente da descentralização administrativa – em que o Estado constitui pessoa jurídica autônoma, como patrimônio próprio e autonomia administrativa, transferindo-lhe parcela de atividade que era atribuída como dever para ser executada pelo ente administrativo, ou, preenchidos os requisitos estabelecidos na Constituição – imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo – art. 173 –, institui-se a empresa pública visando a intervir na ordem econômica.

É cediço que as empresas públicas têm natureza de pessoa jurídica de direito privado e seu regime jurídico está condicionado as funções exercidas, pois, se exercem atividade econômica, estarão submetidas, por imposição Constitucional, artigo 173 (BRASIL 1988), ao regime privado, não lhe sendo franqueados os benefícios assegurados ao Estado, entretanto, quando a empresa pública atua como prestadora de serviço público, ou seja, exerce uma atividade típica do Estado, as empresas públicas prestadores de serviço público “[...] são delegadas do Estado, criadas no bojo do movimento da descentralização administrativa, para fim específico. É o próprio Estado, então, quem através de uma sua extensão, dotada de personalidade jurídica privada, presta os serviços” (GRAU, 2012, p. 139/140).

Elementar a lição de Mello (2010, p. 190, grifo do autor) ao dissertar sobre o conceito de empresa pública fixado no Decreto-lei nº 200/1967 (BRASIL, 1967) ressaltando que:

Deveras, algumas empresas públicas efetivamente são concebidas como instrumento de atuação estatal no referido setor [exploração de atividade econômica]. Outras, entretanto foram criadas e existem para prestação de *serviços públicos*, serviços qualificados, inclusive pela Constituição em vigor, como privativos de entidade estatal ou da própria União, ou para realizar obras públicas ou ainda, para desenvolver atividades de outra tipologia, isto é, misteres eminentemente públicos. Donde, a atividade em que se substanciam apresenta-se, do ponto de vista jurídico (ainda que não o seja ou não o fosse sob perspectiva extrajurídica), como a *antítese da exploração da atividade econômica*, já que esta, *perante a Lei Magna*, é da alçada dos *particulares*, típica da iniciativa privada – e não do Poder Público. O Estado só pode protagonizá-la em caráter excepcional. E, ao fazê-lo, atua em campo alheio, e não na esfera que lhe é própria, como decorre do art. 170, *caput* e, particularmente, inciso II e IV, e parágrafo único, bem como do art. 173.

³⁰⁶ "Deve-se entender que *empresa pública federal* é a pessoa jurídica criada por força de autorização legal como instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes de ser coadjuvante da ação governamental, constituída sob quaisquer das formas admitidas em Direito e cujo *capital* seja formado *unicamente por recursos de pessoas de Direito Público interno ou de pessoas de suas Administrações indiretas, como predominância ocionária residente na esfera federal*" (MELLO, 2010, p. 187, grifo do autor).

Desse modo, o regime jurídico aplicável à empresa pública é definido pela atividade que desempenha, ou seja, se atua na prestação de serviço público, atividade típica do Estado, será conferido o regime jurídico público, assegurando ao ente condições como se Estado fosse. Entretanto, no caso de atuação no mercado, o regime será privado, sendo inválida qualquer vantagem de ordem civil, trabalhista ou fiscal, tendo em vista que deverá atuar em igualdade de condições com as demais empresas que atuam nesse seguimento econômico.

A Caixa Econômica Federal, em regra, conforme o decreto que a instituiu, tem a atribuição de desempenhar atividade de instituição financeira, ou seja, atividade tipicamente econômica, e submete-se, em regra, ao artigo 173 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), não podendo ser assegurada a ela benefícios não extensíveis aos privados.

Dentro das atribuições conferidas legalmente à Caixa Econômica Federal, é possível verificar a presença de atividades que deveriam ser diretamente executadas pelo Estado, no entanto, por conveniência administrativa, visando a otimizar sua prestação, tais serviços são transferidos a ente da administração indireta, como se verifica no caso da prestação de serviço público, conforme defendido na seção 8.3.3 do presente trabalho, destinado ao fornecimento de financiamento habitacional a populações de baixa renda ou em outros serviços públicos de responsabilidade da Caixa Econômica Federal, como a gestão do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, nos termos 8.036 de 11 de maio de 1990 (BRASIL, 1990)³⁰⁷, conforme entendimento consolidado³⁰⁸.

³⁰⁷ “Art. 7º À Caixa Econômica Federal, na qualidade de agente operador, cabe:

I – centralizar os recursos do FGTS, manter e controlar as contas vinculadas, e emitir regularmente os extratos individuais correspondentes às contas vinculadas e participar da rede arrecadadora dos recursos do FGTS;

II – expedir atos normativos referentes aos procedimentos administrativo-operacionais dos bancos depositários, dos agentes financeiros, dos empregadores e dos trabalhadores, integrantes do sistema do FGTS;

III – definir os procedimentos operacionais necessários à execução dos programas de habitação popular, saneamento básico e infra-estrutura urbana, estabelecidos pelo Conselho Curador com base nas normas e diretrizes de aplicação elaboradas pelo Ministério da Ação Social;

IV – elaborar as análises jurídica e econômico-financeira dos projetos de habitação popular, infra-estrutura urbana e saneamento básico a serem financiados com recursos do FGTS;

V – emitir Certificado de Regularidade do FGTS;

VI – elaborar as contas do FGTS, encaminhando-as ao Ministério da Ação Social;

VII – implementar os atos emanados do Ministério da Ação Social relativos à alocação e aplicação dos recursos do FGTS, de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Curador.

VIII – (VETADO)

IX – garantir aos recursos alocados ao FI-FGTS, em cotas de titularidade do FGTS, a remuneração aplicável às contas vinculadas, na forma do caput do art. 13 desta Lei.

Parágrafo único. O Ministério da Ação Social e a Caixa Econômica Federal deverão dar pleno cumprimento aos programas anuais em andamento, aprovados pelo Conselho Curador, sendo que eventuais alterações somente poderão ser processadas mediante prévia anuência daquele colegiado”.

³⁰⁸ “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ISENÇÃO DE CUSTAS E TAXAS JUDICIÁRIAS EM FAVOR DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. PESSOA JURÍDICA RESPONSÁVEL PELA ADMINISTRAÇÃO E REPRESENTAÇÃO DO FGTS (PARÁGRAFO ÚNICO

Ao desenvolver serviço público, a Caixa Econômica Federal deve ser considerada como o Estado em ação, fazendo jus, assim, aos benefícios a ele extensíveis, os quais são acessórios essenciais para a prestação do serviço de forma adequada a todos, ressaltando, ademais, que a competência por ela executada é de titularidade do Estado que a repassa por conveniência administrativa.

Por sua vez, quando a Caixa Econômica atua como instituição financeira, operando conta corrente, fornecendo mútuo bancário em geral ou mútuo bancário destinado à aquisição de imóvel pelo Sistema Financeiro Imobiliário, a entidade está atuando no mercado e, portanto, a ela não deve ser assegurado, sob pena de incorrer em afronta à Constituição Federal, qualquer prerrogativa de ordem civil ou tributária³⁰⁹.

Assegurar qualquer benefício em favor da Caixa Econômica Federal quando atua no mercado financeiro, cenário em que prevalecem os princípios da livre-iniciativa e livre concorrência, confere ao ente público benefício odioso que afronta a opção constitucionalmente adotada pelo modelo capitalista de produção, desequilibrando a equação

DO ART. 24-A, DA LEI Nº 9028/95, INTRODUZIDO PELA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.102-29 E SUAS REEDIÇÕES). POSSIBILIDADE. NÃO EXISTÊNCIA DE VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO DISPOSITIVO NORMATIVO EM QUESTÃO. NÃO OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. DELEGAÇÃO DE FUNÇÃO PÚBLICA. PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO. INCOMPETÊNCIA DO JUDICIÁRIO EM ANALISAR A EXISTÊNCIA, OU NÃO, DA RELEVÂNCIA OU DA URGÊNCIA QUE JUSTIFIQUE A EDIÇÃO DE UMA MEDIDA PROVISÓRIA. [...] 5. Embora a Caixa Econômica Federal – CEF seja uma empresa pública, sujeita a regime jurídico de Direito Privado, a isenção concedida decorre de lhe ter sido delegada a função de representante do Fundo de Garantia. Esta atividade não tem qualquer cunho privativo, tampouco, tem qualquer relação com a atividade econômica que a Caixa Econômica Federal – CEF desenvolve, não podendo esta isenção ser estendida a qualquer outro tipo de ação na qual ela seja parte. Esta é uma atividade atípica, de prestação de serviço público, que justifica o tratamento desigual, prevalecendo o interesse público. [...] (AG 200102010360396, Desembargador Federal ALBERTO NOGUEIRA, TRF2 - QUINTA TURMA., 21.10.2002)

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. SAQUE INDEVIDO DE FGTS. AÇÃO DE TERCEIRO. FRAUDE. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CEF. GESTÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. DANOS MORAIS E MATERIAIS CONFIGURADOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INAPLICABILIDADE ART. 29-C DA LEI 8036/90. ISENÇÃO CEF DAS CUSTAS PROCESSUAIS. FULCRO ART. 24-A, § ÚNICO LEI 9028/95. [...] 3- A CEF presta serviço público na gestão do FGTS, sujeitando-se, portanto, à norma esculpida no art. 37, §6º, da Constituição Federal de 1988. 4- A Caixa responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos correntistas do FGTS por falhas relativas à prestação dos serviços. [...] (AC 00194081520054036100, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, DATA:14/09/2012) RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. FGTS. SAQUE INDEVIDO. DANO MATERIAL COMPROVADO. 1.- A atividade de gestão dos recursos do FGTS constitui prestação de um serviço público, regulado pelo Direito Administrativo, de modo que aplicável a responsabilidade civil objetiva prevista no mencionado art. 37, § 6º, da CF/88. [...] (TRF4, AC 2004.71.00.015252-1, Terceira Turma, Relator Roger Raupp Rios, D.E. 21/01/2010)”.
³⁰⁹ PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CEF. ATO TÍPICO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS BANCÁRIOS. 1. A Caixa Econômica Federal, ao celebrar contratos de caderneta de poupança com seus correntistas, pratica ato típico de prestação de serviços bancários, não sendo, pois, o mandado de segurança a via adequada para impugná-lo, já que não está em posição de império, nem de delegatária da União Federal e nem de prestadora de serviço público típico do Estado, em nada influenciando o fato de o correntista ser representado pela Defensoria Pública. 2. Apelação a que se nega provimento. (AC 80293320074013200, DESa. FEDERAL MARIA ISABEL GALLOTTI RODRIGUES, TRF1 - SEXTA TURMA, e-DJF1 DATA: 22/09/2008).

econômica, assegurando prevalência no mercado não em razão da eficiência, mas sim em razão do odioso benefício afiançado.

Em resumo, a Caixa Econômica Federal tem natureza híbrida, pois no desenvolvimento de suas atividades presta tanto serviços públicos, financiamento bancário para aquisição de imóveis a pessoas de baixa renda, gestora do FGTS etc., como atividade econômica, exercida em regime de livre mercado.

Considerando a posição híbrida da Caixa Econômica Federal, prestadora de serviço público e atividade econômica, não é possível delimitar, de forma unívoca, o regime jurídico aplicável a essa empresa pública. Isso porque, a depender da sua atuação, haverá modificação e adaptação do regime jurídico aplicável, pois, como destacado, odiosa a concessão de benefícios não extensíveis aos particulares quando atuam no mercado, bem como a concessão das prerrogativas asseguradas ao Estado é essencial para viabilizar a prestação do serviço público.

É importante destacar que as prerrogativas concedidas não têm relação como a pessoa que presta a atividade qualificada como serviço público, mas com a natureza deste como fornecimento de bens essenciais à satisfação de direito fundamental, cujo mecanismo de livre-iniciativa – mercado – não é capaz de prover de forma adequada.

Por fim, é essencial destacar que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos possui características semelhantes à Caixa Econômica Federal, porquanto desempenha serviço público quando executa o serviço postal e realiza atividade econômica ao exercer as demais atividades, tais como entrega de encomendas, banco postal etc. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, julgando a ADPF 46, consolidou o entendimento da natureza híbrida dos Correios – ECT, reconhecendo que efetiva tanto serviço público, serviço postal, como atividade econômica, quando executa outros serviços diversos da distribuição de cartas³¹⁰.

³¹⁰ “ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. EMPRESA PÚBLICA DE CORREIOS E TELEGRÁFOS. PRIVILÉGIO DE ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIAS. SERVIÇO POSTAL. CONTROVÉRSIA REFERENTE À LEI FEDERAL 6.538, DE 22 DE JUNHO DE 1978. ATO NORMATIVO QUE REGULA DIREITOS E OBRIGAÇÕES CONCERNENTES AO SERVIÇO POSTAL. PREVISÃO DE SANÇÕES NAS HIPÓTESES DE VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL. COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA CONSTITUCIONAL VIGENTE. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 1º, INCISO IV; 5º, INCISO XIII, 170, CAPUT, INCISO IV E PARÁGRAFO ÚNICO, E 173 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E LIVRE INICIATIVA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. ARGÜIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO CONFERIDA AO ARTIGO 42 DA LEI N. 6.538, QUE ESTABELECE SANÇÃO, SE CONFIGURADA A VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL DA UNIÃO. APLICAÇÃO ÀS ATIVIDADES POSTAIS DESCRITAS NO ARTIGO 9º, DA LEI. 1. O serviço postal - conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado - não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público. 2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de

A posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento em relação à Empresa Pública de Correios e Telégrafos – ECT pode ser estendida à Caixa Econômica Federal, uma vez que se trata de situação semelhante de empresa pública que atua simultaneamente no mercado, quando presta serviços bancários em regime de livre mercado, e como agente estatal, quando presta atividade econômica qualificada como serviço público, atividades prestadas relacionadas à satisfação de direito fundamental.

8.4.2 Ponderação de caso concreto: a cobrança de tributo em face de imóveis retomados pela CEF e destinados a programas sociais de habitação para pessoas de baixa renda

Partindo da premissa do fornecimento de moradia para populações de baixa renda como serviço público, conforme discutido na seção 8.3.3, é essencial abordar uma questão que se tem verificado em diversos processos de execução fiscal em tramitação na justiça. Trata-se da (im)possibilidade de os municípios tributarem a Caixa Econômica Federal exigindo IPTU em relação aos imóveis retomados dos mutuários beneficiários de programas sociais, ou seja, da possibilidade de reconhecer a imunidade tributária em relação a imóvel destinado à promoção política pública habitacional destinada à população de baixa renda.

Em primeiro lugar, é essencial fixar que a Caixa Econômica Federal é a executora dos programas habitacionais destinados à população de baixa renda visando a implementar o direito fundamental à moradia, buscando assegurar o bem de todos e a concretização da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil. Nessa atividade, a Caixa Econômica Federal não está atuando no mercado em regime de competição, buscando a produção, circulação de bens e serviços, o que caracterizaria seu intuito empresarial. Ela

atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar. 3. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional [artigo 20, inciso X]. 4. O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo decreto-lei n. 509, de 10 de março de 1.969. 5. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado. 6. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal. 7. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade. 8. Argüição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente por maioria. O Tribunal deu interpretação conforme à Constituição ao artigo 42 da Lei n. 6.538 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º desse ato normativo” (ADPF 46, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-01 PP-00020 RTJ VOL-00223-01 PP-00011)”.

objetiva, no entanto, prestar atividade essencial à satisfação de direito fundamental, atuando como verdadeira mandatária, cujo escopo é atender ao fim conferido ao Estado de promover os direitos fundamentais.

Reconhecendo a posição da Caixa Econômica Federal como *longa manus* do Estado para a execução da política habitacional, é fundamental apreciar se aplicável a imunidade recíproca, reconhecida no artigo 150, inciso VI, alínea “a”, combinado com os parágrafos 2º e 3º desse artigo, ambos da Constituição Federal (BRASIL, 1988)³¹¹, a atuação do ente público na prestação do serviço, em especial no que diz respeito aos imóveis destinados à política habitacional popular revertidos à Caixa Econômica Federal.

Desse modo, na prestação de atividade visando à implementação de política pública habitacional, a Caixa Econômica Federal atua de forma análoga à autarquia ou fundação pública, entidades criadas para exercer parcela da competência do Estado. Nesse sentido, importante a lição de Grau (2012, p. 138) ao estabelecer que as empresas estatais prestadoras “[...] ocupam a situação de prestadoras de serviços público não em decorrência de manifestação de vontade própria, em aceitar atribuição de capacidade para o exercício da atividade, porém em decorrência de imposição legal. Para tanto foram criadas como extensões do Estado”.

A questão em análise tem sido frequentemente debatida nos tribunais regionais federais, inexistindo, no entanto, jurisprudência formada para solucioná-la. As decisões proferidas oscilam entre o reconhecimento da imunidade, fundamentando que a política habitacional está vinculada ao Ministério das Cidades – órgão do Poder Executivo Federal – o qual está ligado diretamente à União Federal e, portanto, reconhece a imunidade recíproca³¹²

³¹¹ “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...]”

VI – instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros; [...]

§ 2º A vedação do inciso VI, ‘a’, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

§ 3º As vedações do inciso VI, ‘a’, e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel”.

³¹² “TRIBUNÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL - PAR. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. IPTU. IMUNIDADE. TAXAS. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. 1. Os imóveis albergados pelo programa de arrendamento Residencial são “mantidos sob a propriedade fiduciária da CEF”, nos termos do § 3º do art. 2º da Lei nº 10.188/01. Legitimidade passiva da Caixa Econômica Federal reconhecida. 2. O programa vincula-se ao Ministério das Cidades, órgão desconcentrado do Poder Executivo Federal, e, portanto, intimamente ligado à União Federal que é a responsável tributária pelo recolhimento do IPTU. 3. O Superior Tribunal de Justiça já manifestou que é cabível o reconhecimento, de ofício, da imunidade tributária. [...] (AC

ou reconhecem que o bem faz parte do patrimônio da União e, por esse fundamento, reconhecem a imunidade³¹³. As decisões que negam a possibilidade do reconhecimento da imunidade recíproca estabelecem que a Caixa Econômica Federal é empresa pública federal submetida ao regime jurídico privado, devendo concorrer em igualdade com os demais agente privados³¹⁴.

Como o devido respeito, as decisões não analisam a questão com a importância que o tema merece, pois passam ao largo da questão nodal, qual seja, a natureza da atividade prestada pela Caixa Econômica Federal ao promover a política pública habitacional destinada à população de baixa renda, pois se limitam a analisar a natureza da pessoa jurídica prestadora (CEF), não se atentando que as empresas públicas podem prestar tanto atividade econômica quanto serviço público, como se verifica no caso da Caixa Econômica Federal e da Empresa Pública de Correios e Telégrafos.

00097454620134036105, Des. Fed. MARLI FERREIRA, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/09/2015).”.

³¹³ PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. JULGAMENTO NOS TERMOS DO ARTIGO 515, § 3º DO CPC. IMÓVEL AFETO AO PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL. CEF. IPTU. IMUNIDADE. TAXA DO LIXO E TAXA DE SINISTRO. CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF. [...] II. Legitimidade da Caixa Econômica Federal reconhecida pela Quarta Turma. III. Da análise da Lei n. 10.188/01, infere-se que o Ministério das Cidades, Órgão desconcentrado do Poder Executivo Federal, é o gestor do Programa de Arrendamento Residencial. Além disso, os bens imóveis afetos ao Programa integram o patrimônio da União. IV. Os bens e direitos da União são insuscetíveis de tributação, sendo esse o regramento aplicável quanto a tais recursos, ainda que revertidos na aquisição dos bens imóveis pela Gestora, a CEF, uma vez em nenhum momento haver seu destacamento do patrimônio da União, como expressamente disposto pela legislação reguladora do tema. V. Portanto, os imóveis destinados ao PAR constituem patrimônio da União, apenas destacado para afetação à finalidade pública preconizada pela citada Lei n.º 10.188/01, sendo ilegítima a cobrança posta quanto ao IPTU, face à imunidade prevista no artigo 150, VI, ‘a’, da CF/88. [...] (AC 00098546020134036105, Des. Fed. ALDA BASTO, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/08/2015).”.

³¹⁴ “TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL (CEF). PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL (PAR). LEI N.º 10.188/01. IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO (IPTU). SUJEIÇÃO PASSIVA DA CEF. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA NÃO CONFIGURADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. O Programa de Arrendamento Residencial (PAR) visa ao atendimento da necessidade de moradia da população de baixa renda, permitindo o arrendamento residencial com opção de compra ao final do contrato (Lei n.º 10.188/01, art. 1º). 2. A gestão do Programa foi atribuída ao Ministério das Cidades, e sua operacionalização coube à Caixa Econômica Federal (CEF), havendo previsão da criação de um Fundo destinado à segregação patrimonial e contábil dos haveres financeiros e imobiliários destinados ao PAR. 3. Muito embora os bens e direitos que integram o patrimônio do Fundo de Arrendamento Residencial (FAR) não integrem o ativo da CEF, e com ele não se comuniquem, há que se considerar que os mesmos são por ela mantidos sob propriedade fiduciária, enquanto não alienados, no que resulta em sua sujeição passiva relativamente ao IPTU e sua consequente legitimidade para figurar no polo passivo da execução fiscal. 4. Detendo a Caixa Econômica Federal natureza jurídica de empresa pública, não se pode pretender atribuir-lhe a imunidade recíproca a impostos prevista no art. 150, VI, alínea a, § 2º da Constituição da República, mormente considerando-se o disposto § 2º do art. 173 da Carta Magna, segundo o qual as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar dos privilégios fiscais não extensivos às do setor privado. 5. Apelação improvida. (AC 00023135220144036133, Des. Fed. CONSUELO YOSHIDA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/06/2015)”. Em sentido semelhante: AI 00049942720154030000, Des. Fed. JOHONSOM DI SALVO, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/06/2015; AC 00011506020144058500, Des. Fed. Lazaro Guimarães, TRF5 - Quarta Turma, DJE - Data: 29/01/2015 e AG 00052331120144050000, Des. Fed. Vladimir Carvalho, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data:29/08/2014.

Em situação semelhante, prestação de serviço público pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) – empresa pública federal –, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a aplicação da imunidade recíproca, reafirmando a necessidade e vinculação dessa prerrogativa como essencial para a manutenção do serviço público essencial prestado pelo ente público³¹⁵.

É importante destacar tema relevante da decisão do Supremo Tribunal Federal, que, em razão dos limites do presente trabalho, não será aprofundado, entretanto, é de fundamental importância no Direito Econômico.

As decisões proferidas pelos Supremo Tribunal Federal que reconhecem a imunidade recíproca à ECT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – acolheram como fundamento para a imunidade recíproca ampla, extensíveis a todos os serviços prestados pela empresa pública, a possibilidade do subsídio cruzado, ou seja, que os valores não vertidos para pagamento de tributos nas atividades econômicas desempenhadas pela empresa pública são destinados para subsidiar o custeio dos serviços públicos que, muitas vezes, são deficitários³¹⁶.

³¹⁵ “Tributário. Imunidade recíproca. Art. 150, VI, ‘a’, da Constituição Federal. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Empresa pública prestadora de serviço público. Precedentes. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, desde o julgamento do RE nº 407.099/RS, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 6/8/04, firmou-se no sentido de que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, empresa pública prestadora de serviço público, é beneficiária da imunidade tributária recíproca prevista no art. 150, VI, ‘a’, da Constituição da República. Esse entendimento foi confirmado pelo Plenário desta Corte na ACO nº 765/RJ, Redator para o acórdão o Ministro Menezes Direito. 2. Ação cível originária julgada procedente. (ACO 789, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2010, DJe-194 DIVULG 14-10-2010 PUBLIC 15-10-2010)”.

³¹⁶ “Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Imunidade recíproca. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. 3. Distinção, para fins de tratamento normativo, entre empresas públicas prestadoras de serviço público e empresas públicas exploradoras de atividade. Precedentes. 4. Exercício simultâneo de atividades em regime de exclusividade e em concorrência com a iniciativa privada. Irrelevância. Existência de peculiaridades no serviço postal. Incidência da imunidade prevista no art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido. RE 601392, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 28/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-105 DIVULG 04-06-2013 PUBLIC 05-06-2013”.

“Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Tributário. IPTU. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Imunidade recíproca (art. 150, VI, a, da CF). 1. Perfilando a cisão estabelecida entre prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica, a Corte sempre concebeu a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos como uma empresa prestadora de serviços públicos de prestação obrigatória e exclusiva do Estado. 2. A imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, a, da Constituição, alcança o IPTU que incidiria sobre os imóveis de propriedade da ECT e por ela utilizados. 3. Não se pode estabelecer, a priori, nenhuma distinção entre os imóveis afetados ao serviço postal e aqueles afetados à atividade econômica. 4. Na dúvida suscitada pela apreciação de um caso concreto, acerca, por exemplo, de quais imóveis estariam afetados ao serviço público e quais não, não se pode sacrificar a imunidade tributária do patrimônio da empresa pública, sob pena de se frustrar a integração nacional. 5. As presunções sobre o enquadramento originariamente conferido devem militar a favor do contribuinte. Caso já lhe tenha sido deferido o status de imune, o afastamento dessa imunidade só pode ocorrer mediante a constituição de prova em contrário produzida pela Administração Tributária. 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

O tema é de importância ímpar à luz do Direito Econômico, tendo em vista a necessidade de ponderar a compatibilidade dessa prática à luz dos princípios da ordem econômica, em especial a livre-iniciativa e a livre concorrência, com ênfase especial à vedação de concessão de benefício não extensível aos particulares, conforme estabelecido no artigo 173 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Considerando a profundidade do tema destacado e a limitação do objeto do trabalho, é essencial fixar que a análise proposta no presente trabalho restringe-se à atuação da Caixa Econômica Federal como gestora da política pública necessária à implementação do direito fundamental à moradia destinada à população de baixa renda. Não se ousa, neste momento, ponderar sobre a questão de eventual possibilidade de reconhecer o subsídio cruzado como forma de incrementar e fortalecer a implementação do direito fundamental de base.

Por fim, não admitindo a possibilidade do reconhecimento da imunidade recíproca em benefício da empresa pública prestadora de serviço público, é necessário analisar a Lei Complementar nº 6 de 30 de julho 1970 (BRASIL, 1970), que confere à Caixa Econômica Federal isenção de impostos federais estaduais e municipais, nos termos de artigo 1º:

É a Caixa Econômica Federal – CEF, constituída nos termos do Decreto-Lei nº 759, de 12 de agosto de 1969, isenta de impostos federais, estaduais e municipais, no que se refere às atividades monopolizadas ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados às suas finalidades essenciais ou delas decorrentes.

Como já disposto na seção 8.4 ao analisar o Decreto nº 759/1969 (BRASIL, 1969), os veículos normativos estabelecidos antes da Constituição Federal de 1988 devem ser submetidas à necessária filtragem constitucional, viabilizando a sua compatibilidade com o novo regime constitucional estabelecido.

Portando, em uma interpretação conforme a Constituição de 1988, em especial aos preceitos da ordem econômica, como destaque para o artigo 173 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), somente poderá ser reconhecida eventual isenção de tributos nos casos em que a Caixa Econômica Federal esteja atuando como *longa manus* do Estado, prestando serviço público. Nos demais casos, em que atua exercendo atividade econômica em sentido estrito, inadmissível reconhecer a isenção, sob pena de afrontar os princípios da livre-iniciativa e livre concorrência.

9 CONCLUSÃO

Para finalizar, é essencial, sem a pretensão de fixar conclusões estanques e definitivas sobre os temas analisados, pontuar algumas questões de maior relevo que surgiram no desenvolvimento do trabalho, repisando que o objetivo do presente estudo foi apresentar à reflexão temas fundamentais para o desenvolvimento do papel do Estado, com especial destaque para as circunstâncias presentes na realidade pátria em que as mazelas econômicas e a exclusão social vilipendiam a dignidade da pessoa humana, porquanto parcela significativa da população está sobrevivendo, permanecendo à margem das condições mínimas para desenvolver-se plenamente em sociedade.

Uma premissa essencial a ser destacada como conclusão do presente estudo diz respeito à origem e à finalidade da estrutura do Estado, o qual tem como fundamento e motivação a manutenção e a promoção das condições essenciais dos indivíduos. O Estado moderno é estabelecido para promoção das necessidades da pessoa, figurando o indivíduo como eixo central de sua existência. Supera-se, portanto, a noção da pessoa como elemento integrante do Estado, concepção que colocava a estrutura orgânica como eixo central e impunha à pessoa posição periférica.

A Constituição de 1988, ao fixar a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, reconheceu a pessoa como elemento central do Estado, impondo como dever promover a todos vida digna, fundamento do Estado e finalidade da ordem econômica, artigo 170 da Constituição.

O valor liberdade é essencial para o desenvolvimento do Estado moderno e materializa-se nos direitos fundamentais de primeira dimensão. No entanto, é essencial reconhecer que o valor liberdade somente pode ser reconhecido plenamente quando asseguradas aos indivíduos condições isonômicas de ação, representadas no direito à igualdade material.

Desse modo, a pessoa somente tem condições de ser livre, adotando em sua vida o projeto que assim desejar, quando possui condições materiais mínimas – igualdade – para seu pleno desenvolvimento. Inexiste liberdade quando as pessoas ficam tolhidas de optar por seu projeto de vida em razão de limitações de ordem econômica, cultural ou social.

O Estado moderno tem a obrigação de garantir a todos condições mínimas para que possam agir com plena liberdade, desse modo, é seu dever promover a igualdade material, elemento essencial para a promoção da liberdade plena.

A dignidade da pessoa humana tem dupla proteção: a concepção negativa, limite que protege a pessoa contra o Estado ou demais pessoas, assegurando sua posição como sujeito de direitos; e a concepção positiva, em que a pessoa não deve sofrer limitações em seu desenvolvimento e na efetivação de sua livre opção pelo modo de vida que assim desejar, assegurando a capacidade de autodeterminação das pessoas.

É essencial pontuar que o desenvolvimento econômico do Estado, por si só, não garante o desenvolvimento social e cultural, elemento essencial para a promoção da igualdade material. É necessário que o Estado reverta as benesses positivas do desenvolvimento econômico em benefícios para que as pessoas possam desenvolver-se, eliminando as privações impostas à população que não dispõe, por si, de condições para prover os bens essenciais à existência digna.

O Estado pode ser qualificado como plenamente desenvolvido quando reverte em benefícios dos menos afortunados, pessoas que dependem da atuação diferenciada do Estado para desenvolver-se, as externalidades positivas do desenvolvimento econômico.

A conclusão é demonstrada quando se pondera o Produto Interno Bruto – soma das riquezas de um país – em detrimento da taxa de sobrevivência e dos valores revertidos em serviços essenciais. Os números demonstram que países com alta taxa de desenvolvimento econômico – PIB alto – que não aplicam recursos para o financiamento de serviços públicos essenciais possuem baixa taxa de sobrevida, situação verificada ao analisar a realidade do Brasil.

O modelo capitalista de produção, opção adotada pela Constituição Econômica em 1988, é plenamente compatível como a construção de Estado Democrático de Direito, em que a implementação dos direitos fundamentais – capitalismo humanista – é dever do Estado e será materializada quando revertidas as externalidades positivas derivadas do desenvolvimento econômico para implementação e progresso dos direitos fundamentais.

A atuação econômica do Estado e dos demais agentes econômicos deve ser pautada em concretizar o projeto constitucional; para tanto, o artigo 170 da Constituição Federal – regra matriz da ordem econômica – estabelece princípios e regras destinados a disciplinar o exercício dos agentes na ordem economia (mundo do ser), buscando implementar os fundamentos – artigo 1º da Constituição Federal – e os objetivos – artigo 3º da Constituição Federal – da República Federativa do Brasil.

A intervenção do Estado na ordem econômica – mundo do ser – pressupõe atuação em área atípica, destinada ao exercício privado fundado na livre-iniciativa. Não se pode confundir

a intervenção na economia com atuação típica do Estado que se manifesta na prestação de serviço público.

A atividade econômica em sentido lato é gênero da qual é espécie a atividade econômica em sentido estrito e o serviço público. Essa delimitação é essencial para ponderar se o fornecimento de moradia, implementado o direito fundamental assegurado no artigo 6º da Constituição Federal, é atividade econômica ou serviço público, tendo em vista que cada qual possui regime jurídico peculiar.

A diferenciação entre atividade econômica e serviço público se perfaz porquanto a atividade econômica prestada pelo Estado, representada no fornecimento de bem ou serviço, não visa à satisfação de interesse vinculado a direito fundamental. Por sua vez, o serviço público, não obstante a dificuldade de caracterização, diferencia-se daquela em razão de que o bem ou serviço a ser prestado pretende a satisfação de interesse ligado a direito fundamental, cujo mecanismo de livre mercado não é capaz de prover de modo satisfatório.

É essencial pontuar que inexistente conceito fixo de serviço público. No entanto, tendo em vista as peculiaridades históricas, culturais, circunstanciais etc., poder-se-á delimitar uma noção de serviço público.

Sem a pretensão de fixar noção definitiva, partindo das lições Eros Roberto Grau e Marçal Justen Filho, é possível destacar o serviço público como espécie de atividade econômica indispensável ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social que tem por finalidade a satisfação concreta de necessidades individuais e transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente com a promoção de direito fundamental, cuja materialização não pode ser adequadamente provida pelos mecanismos de livre-iniciativa privada.

É essencial salientar, ademais, que a promoção do serviço público é exercício de atividade administrativa típica do Estado, representada pelo dever de implementar os direitos fundamentais, assegurando o fornecimento de bens e serviços necessários para suprir as necessidades essenciais ao desenvolvimento da coesão social e da interdependência social, cuja finalidade última é assegurar a todos vida digna.

As constituições modernas asseguram como valores essenciais a liberdade, igualdade e a fraternidade, baldrames que sedimentam a construção dos direitos fundamentais, reconhecendo direitos de primeira (relacionados à liberdade), segunda (vinculados à igualdade) e terceira (vinculados à fraternidade) dimensões.

Os direitos fundamentais manifestam-se como materializações da dignidade da pessoa humana, sendo reconhecidos pelo Estado por diplomas internacionais, artigo 5º, § 2º da

Constituição Federal, ou derivados da denominada cláusula de abertura artigo 5º, § 3º da Constituição Federal, tendo fundamento semelhante, qual seja, a materialização do valor da dignidade da pessoa humana, tutelando a pessoa como sujeito de direito e assegurando a autodeterminação a todos.

Apesar da divergência doutrinária, destacada aqui a partir do trabalho do professor Ricardo Lobo Torres, os direitos sociais – direitos de segunda dimensão – têm natureza de direito fundamental e, portanto, devem integrar o conjunto de direitos necessários para a pessoa viver dignamente, compondo, assim, o conceito de mínimo existencial, conjunto de direitos necessários para assegurar vida digna à pessoa.

O problema mais inquietante acerca dos direitos fundamentais, em especial dos de natureza social – direitos fundamentais de segunda dimensão – diz respeito ao grau de eficácia, porquanto a materialização destes demanda investimento maciço de recursos orçamentários.

A aplicabilidade dos direitos fundamentais, nos termos do artigo 5º, § 1º da Constituição Federal, não obstante certas particularidades relativas aos direitos de natureza social em razão de exigirem atuação positiva estatal para sua efetivação, deve ser reconhecida e sedimentada, porquanto essencial ao provimento da dignidade da pessoa em seu caráter material ou positivo.

Os direitos fundamentais sociais devem orientar a atuação do Poder Legislativo, impondo a este um dever de regulamentação necessário à implementação desses direitos. O exercício do Poder Executivo na promoção de políticas públicas destinadas à efetivação dos direitos fundamentais sociais e do Poder Judiciário que, no exercício da função jurisdicional, deverá atuar na correção da ação dos demais poderes, direcionando-os à promoção dos direitos sociais.

É essencial pontuar que a Constituição deve prevalecer e, portanto, os preceitos inseridos podem ser aplicados, especialmente aqueles destinados à promoção de direitos fundamentais, artigo 5º, § 1º da Constituição Federal, uma vez que não se pode tolher a aplicabilidade em razão da falta de norma infraconstitucional, porquanto, se assim não fosse, estar-se-ia dando maior força à lei que a própria Constituição Federal.

A eficácia dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional é verificada quando assegurado a todos o mínimo existencial, que garanta a promoção da plena autonomia individual. A proteção desses interesses é de importância ímpar para assegurar o próprio Estado, já que a negativa de sua implementação avilta a condição de pessoa humana,

baldrame essencial do Estado Democrático de Direitos, conforme expressamente consignado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

É importante destacar que o enfraquecimento do Estado, decorrente da falta de implementação dos direitos fundamentais, coloca em risco a própria democracia, pois a pessoa somente poderá exercer sua condição de cidadão quando possuir o mínimo de direitos que lhe garanta a plena igualdade e liberdade, de modo que possa seguir em sua vida os rumos desejados, sem que limitações de ordem econômica, cultural ou social limitem e/ou tolham suas escolhas.

O Estado com viés social, cujo compromisso com a implementação de direitos fundamentais sociais é marca de destaque e distinção, particulariza o Estado Democrático de Direito constituído a partir da Constituição de 1988, em que a implementação dos direitos fundamentais sociais é compromisso basilar, cuja materialização é essencial para assegurar dignidade à pessoa.

É fundamental destacar o papel central do Estado na implementação da dignidade da pessoa humana, uma vez que sua atuação como prestador responsável pelo fornecimento de bens e serviços essenciais à promoção do mínimo essencial para o desenvolvimento pleno, traduzidos em direitos sociais.

A questão da reserva do possível, construção importada do Tribunal Alemão, tem aplicação desvirtuada na realidade hodierna pátria, uma vez que o poder público se utiliza desta como válvula de escape para deixar de cumprir com sua obrigação, apresentando-a como escusa genérica. Sua aplicação, conforme concebida, exige comprovação efetiva do comprometimento orçamentário e da indisponibilidade de recursos que inviabilize a promoção do direito, bem como é fundamental ponderar, no caso concreto, a essencialidade do valor relacionado ao direito fundamental a ser promovido, especialmente considerando que a promoção dos direitos fundamentais, inclusive os sociais, considerando sua inserção na Constituição, é *munus* dos poderes constituídos, não cabendo discricionariamente para cumprir seu mister.

Fruto da análise da Constituição e dos diplomas internacionais firmados pelo Estado brasileiro, é possível concluir que o direito à moradia é direito social fundamental, direito de segunda dimensão, cujo reconhecimento, no plano internacional, foi introduzido na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU em 1948. No plano constitucional, seu reconhecimento expresso foi promovido pela Emenda nº 26/2000, com declaração do direito à moradia como direito fundamental social, no artigo 6º da Constituição Federal.

Ressalte-se, no entanto, que o reconhecimento do direito à moradia como direito fundamental social, tendo em vista que o Brasil é signatário de diversos diplomas internacionais que reconheceram a moradia como direito humano, consolidou-se anteriormente à própria Emenda Constitucional nº 26/2000.

O direito à moradia é parte integrante do arcabouço mínimo de direitos essenciais à promoção da dignidade da pessoa humana, constituindo o mínimo essencial, porquanto sua promoção é essencial para assegurar aos indivíduos condições para desenvolver-se plenamente – capacidade de autodeterminação – concretizando, assim, a dignidade em seu viés positivo ou material, bem como sua promoção assegura a efetivação da posição da pessoa como sujeito de direitos.

É fundamental destacar que o direito à moradia não se confunde com o direito de propriedade, porquanto este tem conotação patrimonialista enquanto aquele se apresenta como direito da personalidade. De relevância ímpar salientar que a promoção do direito à moradia não obriga o reconhecimento de direito à propriedade ao indivíduo, pois o direito à moradia pode ser efetivado de maneira eficaz por meio de mecanismo diverso da transferência da propriedade, como se verifica no caso do aluguel social.

Caminhando para as conclusões derradeiras do trabalho, ressalta-se que, partindo da Constituição Federal de 1988, em que o direito social fundamental à moradia está consagrado, formal e materialmente, é possível reconhecer como direito subjetivo a política pública destinada à promoção do direito à moradia, em especial para os hipossuficientes, aqueles que não dispõem de condições para prover, por seus próprios meios, a satisfação desse interesse fundamental, que se apresenta como exteriorização do mínimo vital da pessoa.

De forma provocativa e passível de reflexões e críticas, com fundamento nos dispositivos inseridos na Constituição Federal de 1988 pertinentes aos direitos sociais, em especial do direito à moradia, artigo 6º da Constituição Federal, é possível reconhecer uma pretensão, direito público subjetivo, da pessoa hipossuficiente, a ser exercida em face do Estado, buscando a implementação da tutela do direito social à moradia. Desse modo, aquele em situação de vulnerabilidade, cuja dignidade está vilipendiada em razão da inexistência de moradia, poderá pugnar, em face do Estado, a implementação desse direito, buscando assegurar o fornecimento de imóvel digno para a moradia própria e da família, a fim de garantir o mínimo essencial que lhe propicie igualdade material para agir em sociedade.

É fundamental destacar que a tutela da promoção do direito à moradia não é opção do Estado: é um dever que impõe a obrigação de materializar o direito, assegurando moradia

adequada a todos que estiverem alijados deste e que não tenham condições efetivas de promover, *sponte propria*, sua satisfação.

A implementação do direito à moradia demanda atuação ativa, direta ou indireta, do Estado visando a promover moradia àqueles que não têm condições de acessar esse importante bem, essencial ao desenvolvimento pleno, por meio dos mecanismos de mercado, dependendo da atuação estatal para ver provida tal necessidade.

É relevante pontuar que a falta de moradia é problema social do mais importante na sociedade contemporânea e a sua solução somente se verificará quando os destinatários deixarem de analisar a questão da moradia sob o prisma econômico, como válvula de escape para a superação de intempéries econômicas, e passarem a abordar a questão da maneira e com a importância que o tema merece, desenvolvendo planejamento a longo prazo visando ao enfrentamento do déficit.

Um dos mecanismos de promoção do direito à moradia pelo Estado é efetivado por meio de financiamento destinado à aquisição da casa própria à pessoa de baixa renda, oportunizando àqueles que não têm condições financeiras para adquirir imóvel à vista pagar o valor de forma parcelada.

O financiamento para aquisição de imóvel destinado à moradia pode ser promovido para as populações de baixa renda e média renda por meio do Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV) e do Sistema Financeiro Habitacional, respectivamente, cujo acesso a unidades habitacionais é escopo essencial dos mecanismos. Para população de elevado poder aquisitivo, o fornecimento de financiamento para aquisição de imóvel é assegurado por meio do Sistema Financeiro Imobiliário, modalidade de mútuos bancários que se singulariza em razão da possibilidade de capitalização dos valores destinados e da garantia do contrato vinculado ao bem financiado.

Ao promover o fornecimento de financiamento destinado à aquisição de unidades habitacionais para a moradia das populações de baixa renda, em especial por meio de ações do Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (SNHIS), o Estado materializa, no mundo do ser, o direito fundamental social à moradia, artigo 6º da Constituição Federal, exercendo atividade estatal qualificada como serviço público, porquanto implementa direito fundamental social, assegurado a parcela significativa da população condições suficientes para manter vida digna, promovendo a consolidação de uma sociedade livre, justa e solidária.

É importante reafirmar que o Estado deve implementar os direitos fundamentais, consolidando a opção humanista adotada na Constituição Federal de 1988, efetivando

medidas legislativas e executivas – políticas públicas – cujo escopo seja promover qualidade de vida digna à pessoa.

Ao executar o programa Minha Casa Minha Vida – política pública destinada à implementação do direito à moradia –, a empresa pública federal – Caixa Econômica Federal – presta serviço público essencial à satisfação de interesse relacionado à promoção da dignidade da pessoa humana – concepção positiva ou material –, traduzido em direito fundamental social à moradia, cujo dever de implementação é imposto ao Estado.

A Caixa Econômica Federal, no exercício da promoção da moradia, exerce papel híbrido, pois, ao atuar na promoção de políticas públicas destinadas à promoção de moradia para populações de baixa renda, como verificado no Programa Minha Casa Minha Vida – PMCMV ou Programa de Arrendamento Residencial – PAR, está prestando serviço público, entretanto, ao realizar operações de mútuo destinadas à aquisição de imóveis vinculados ao Sistema Financeiro Imobiliário, o banco público atua no mercado de forma livre, agindo em igualdade de condições com os demais agentes econômicos.

Quando a Caixa Econômica Federal presta serviço público, atua como *longa manus* do Estado e, portanto, são extensíveis todas as garantias asseguradas ao Estado. No entanto, ao atuar no mercado, intervém na ordem econômica – mundo do ser –, aplicável o regime do artigo 173 da Constituição Federal que estabelece igualdade de condições entre o ente público e os demais agentes, visando a preservar a liberdade de iniciativa e a livre concorrência, baldrames fundamentais da ordem econômica – mundo do dever-ser – estabelecidas na Constituição de 1988.

Assim, considerando a posição híbrida da Caixa Econômica Federal, prestadora de serviço público e atividade econômica, não é possível delimitar, de forma unívoca, o regime jurídico aplicável, porquanto, a depender da sua atuação, haverá modificação e adaptação do regime jurídico incidente.

É essencial destacar que, na prestação de atividade visando à implementação de política pública habitacional, a Caixa Econômica Federal atua de forma análoga à autarquia ou fundação pública, entidades criadas para exercer parcela da competência do Estado, agindo como *longa manus* do Estado na execução da política habitacional, e, portanto, deverá ser assegurada imunidade recíproca, nos termos do artigo 150, inciso VI, alínea “a”, combinado com os parágrafos 2º e 3º desse artigo, ambos da Constituição Federal, com especial ênfase sobre os tributos incidentes em relação aos imóveis destinados à política habitacional popular.

Sem a pretensão de esgotar a matéria e ressaltando o viés provocativo da reflexão, convém destacar que a Caixa Econômica Federal, ao agir visando à promoção de moradia

destinada à população de baixa renda, materializada na execução do programa Minha Casa Minha Vida e Programa de Arrendamento Residencial, atua na sociedade como se Estado fosse, materializando obrigação estatal de promover o direito fundamental social à moradia.

Portanto, não cabe aos entes públicos exigir tributos incidentes em razão do exercício da Caixa Econômica Federal destinado à materialização de competência da União Federal, cujo escopo é a implementação do direito fundamental à moradia, consolidando, assim, a imunidade recíproca, elemento estrutural essencial para a manutenção do pacto federativo e elementar para sedimentar os fundamentos do Estado, representado, em especial, na consolidação da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; GARBELLINI, Henrique; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BALERA, Wagner; SAYEG, Ricardo. **O capitalismo humanista**: Filosofia humanista de Direito Econômico. Petrópolis: KBR, 2011.

BARATIERI, Noel Antônio. **Serviço público na Constituição Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BERCOVICI, Gilberto. A ordem econômica no espaço reforma urbana e reforma agrária na Constituição de 1988. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 910, p. 91, ago. 2011.

_____. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Constituição Econômica e dignidade da pessoa humana. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 102, p. 457-467, jan./dez. 2007.

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Direitos Fundamentais & Justiça**, [s. l.] n. 3, p. 82-93, abr./jun. 2008. Disponível em: <http://www.djf.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf>. Acesso em: 5 out. 2015.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Teoria geral do Estado**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONDUKI, Nabil. Avanços, limitações e desafios da política habitacional do governo Lula: direito à habitação em oposição ao direito à cidade. In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Coord.). **Direito à moradia adequada**: o que é, para quem serve, como defender e efetivar. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 293-315.

CABALLERÍA, Marcos Vaquer. **La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España**. Madrid: Iustel, 2011.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 nov. 2014.

_____. Presidência da República. **Decreto - Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 16 out. 2015.

_____. Presidência da República. **Decreto - Lei nº 759, de 12 de agosto de 1969**. Autoriza o Poder Executivo a constituir a empresa pública Caixa Econômica Federal e dá outras providências. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0759.htm>. Acesso em: 15 out. 2015.

_____. Presidência da República. **Decreto - Lei nº 2.291, de 21 de novembro de 1986**. Extingue o Banco Nacional da Habitação - BNH, e dá outras Providências. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2291.htm>. Acesso em: 15 out. 2015.

_____. Presidência da República. **Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990**. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8036consol.htm>. Acesso em: 16 nov. 2014.

_____. Presidência da República. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em : < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm >. Acesso em: 13 nov. 2014.

_____. Presidência da República. **Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997.** Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Disponível em : < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9514.htm >. Acesso em: 13 nov. 2014.

_____. Presidência da República. **Lei nº 10.188, de 12 de fevereiro de 2001.** Cria o Programa de Arrendamento Residencial, institui o arrendamento residencial com opção de compra e dá outras providências. Disponível em : < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10188.htm >. Acesso em: 20 nov. 2014.

_____. Presidência da República. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Disponível em : < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm >. Acesso em: 13 nov. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Empresa pública de correios e telégrafos. Privilégio de entrega de correspondências. Serviço postal. ADPF n.º 46, Tribunal Pleno. Brasília, DF, 26 de fevereiro de 2010. Disponível em : < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608504> >. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tributário. Imunidade recíproca. Art. 150, VI, "a", da Constituição Federal. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). ACO 789, Tribunal Pleno. Brasília, DF, 15 de outubro de 2010. Disponível em : < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=615463> >. Acesso em: 17 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tributário. Imunidade recíproca. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Distinção, para fins de tratamento normativo, entre empresas públicas prestadoras de serviço público e empresas públicas exploradoras de atividade. RE 601392, Tribunal Pleno. Brasília, DF, 05 de junho de 2013 de 2010. Disponível em : < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3921744> >. Acesso em: 17 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tributário. IPTU. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Imunidade recíproca (art. 150, VI, a, da CF). RE 773992, Tribunal Pleno. Brasília, DF, 18 de fevereiro de 2015 de 2010. Disponível em : <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7795987> >. Acesso em: 17 nov. 2015.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. CEF. Ato típico de prestação de serviços bancários. Apelação Cível n.º 80293320074013200, da 6ª Turma. Brasília, DF, 22 de setembro de 2008. Disponível em : < <https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta> >. Acesso em: 13 nov. 2015.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Isenção de custas e taxas judiciárias em favor da Caixa Econômica Federal. Agravo de Instrumento n.º 200102010360396, da 5ª Turma. Rio de Janeiro, RJ, 21 de outubro de 2002. Disponível em : < http://www10.trf2.jus.br/consultas/?movimento=cache&q=cache:hSCY2e4KQIQJ:ementas.trf2.jus.br/siapro/feeder/idx%3Fprocesso%3D200102010360396%26CodDoc%3D85899+&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&lr=lang_pt&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&access=p&oe=UTF-8 >. Acesso em: 17 nov. 2015.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Execução Fiscal. Cobrança de IPTU. Imunidade. Apelação Cível n.º 0048872-61.2007.4.03.6182, da 4ª Turma. São Paulo, SP, 22 de novembro de 2012. Disponível em : < <http://web.trf3.jus.br/consultas/Internet/ConsultaProcessual/Processo?NumeroProcesso=00488726120074036182> >. Acesso em: 13 nov. 2015.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Execução Fiscal. Programa de arrendamento residencial - PAR. Caixa Econômica Federal. Propriedade fiduciária. Legitimidade passiva. IPTU. Imunidade. Apelação Cível n.º 00097454620134036105, da 4ª Turma. São Paulo, SP, 15 de setembro de 2015. Disponível em : < <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/PesquisarDocumento?processo=00097454620134036105> >. Acesso em: 17 nov. 2015.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Imóvel afeto ao programa de arrendamento residencial. CEF. IPTU. Imunidade. Apelação Cível n.º 00098546020134036105, da 4ª Turma. São Paulo, SP, 17 de agosto de 2015. Disponível em : < <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/PesquisarDocumento?processo=00098546020134036105> >. Acesso em: 17 nov. 2015.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Embargos à execução fiscal. Caixa Econômica Federal (CEF). Programa de arrendamento residencial (PAR). Lei n.º 10.188/01. Imposto predial e territorial urbano (IPTU). Apelação Cível n.º 00023135220144036133, da 6ª Turma. São Paulo, SP, 19 de junho de 2015. Disponível em : < <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/PesquisarDocumento?processo=00023135220144036133> >. Acesso em: 17 nov. 2015.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Responsabilidade civil objetiva. Fgts. Saque indevido. Apelação Cível n.º 2004.71.00.015252-1, da 3ª Turma. Porto Alegre, RS, 21 de janeiro de 2010. Disponível em : <
http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=200471000152521&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=S&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=f44c8b4bc118ce64267954f3238f522a&txtPalavraGerada=mwgm&txtChave=>. Acesso em: 13 nov. 2015.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARPENTER, Robert T.; REYNOLDS, Clark W. Financiamento à habitação e distribuição de riqueza no Brasil. **Revista de Administração de Empresas**, Rio de Janeiro, vol. 17, n. 5, set./out. 1977.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de Teoria Geral do Direito: o construtivismo lógico-semântico**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito Tributário: linguagem e método**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011.

CARVALHOSA, Modesto. **Direito econômico: obras completas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; RECK, Melina Breckenfeld. A Constituição Econômica e a interface entre regulação setorial e a antitruste no Direito Brasileiro. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, [s. l.], v. 16, p. 101, jan. 2009.

_____. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Doutrinas Essenciais de Direito do Trabalho e da Seguridade Social**, v. 1, p. 261, set. 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ESPAÑA. **La Constitución española de 1978**. Disponível em: <
<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto do Patrimônio Mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACHIN, Melina Girardi. Globalização econômica e a fragmentação da proteção internacional dos direitos humanos. In: CLEVE, Clémerson Merlin (Coord.). **Direito Constitucional Brasileiro: Teoria da Constituição e Direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. A concorrência como direito transindividual na Constituição Federal. In: CLÉMERTON, Merlin Clève; FREIRE, Alexandre. **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014.

_____. **Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. Fundamentos e limites constitucionais da intervenção do Estado no Domínio Econômico. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, São Paulo : Revista do Tribunais, v. 6, p. 785, maio 2011.

_____. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FRANZONI, Júlia Ávila; LUFT, Rosangela M. Onde mora o direito à moradia? In: CLEVE, Clémerson Merlin (Coord.). **Direito Constitucional Brasileiro: Teoria da Constituição e Direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. FGV Projetos. **O crédito imobiliário no Brasil: Caracterização e Desafios**. São Paulo: FGV, 2007. Disponível em <www.abecip.org.br/download?file=trabalho-fgv.pdf>. Acesso em: 10 out. 2015.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de Serviço Público**. São Paulo : Saraiva, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. Constituição e serviço público. In: RAMOS, Carmen Lúcia Silveira (Coord.). **Direito civil constitucional: situações patrimoniais**. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GRISARD FILHO, Waldyr. A função social da propriedade (Do direito de propriedade ao direito à propriedade). In: **Direito Constitucional Estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2003.

HOBBSAWM, Eric J. **A era das revoluções, 1789-1848**. 25. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Teoria geral das concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 2003.

LATRE, José Luis Bermejo. La evolución de las políticas de vivienda en la España del siglo XX. In: RAMON, Fernando López (Coord.). **Construyendo el derecho a la vivienda**. Madrid: Marcial Pons, 2010.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. A globalização econômica e a dissipação dos direitos sociais. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 6, n. 26, p. 35-58, out./dez. 2006.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, jul./set. 2007.

MATSUSHITA, Thiago Lopes. **Análise reflexiva da norma matriz da ordem econômica**. 2007. 174 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

_____; SAYEG, Ricardo Hasson. O direito econômico Brasileiro como Direito Humano Tridimensional. In: ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DA PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – CONPEDI, 17., 2008, Salvador. **Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 2395-2416. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/ricardo_hasson_sayeg.pdf>. Acesso em: 9 set. 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Grandes temas de direito administrativo: Serviço Público e sua feição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MONCADA, Luís Cabral de. **Direito Económico**. 2. ed. Coimbra: Limitada, 1988.

_____. **Manual elementar de direito público da economia e da regulação: uma perspectiva luso-brasileira**. Coimbra: Almedina, 2012.

MONTEIRO, Vítor de Andrade. Eficiência e efetivação do direito à moradia adequada. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ**, Belo Horizonte, ano 11, n. 14, p. 185-198, jul./dez. 2013.

MOREIRA, Egon Bokmann. O Direito Administrativo da Economia e a Atividade Interventiva do Estado Brasileiro. In: CUÉLLAR, Leila. **Estudos de Direito Económico**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MÜLLER, Friedrich. **Metodologia de direito constitucional**. Tradução: Peter Naumann. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípio do processo na Constituição Federal**: (processo civil, penal e administrativo). 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: introdução ao direito econômico. 8. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014.

OLIVEIRA, Fernão Justen de. Serviços públicos e concorrência. In: CLEVE, Clémerson Merlin (Coord.). **Direito Constitucional Brasileiro**: volume III: constituição econômica e social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a.

OLIVEIRA, Viviane Fernanda de. Do BNH ao Minha Casa Minha Vida: mudanças e permanências na política habitacional. **Caminhos de Geografia**, Uberlândia, v. 15, n. 50, p. 36-53, jun. 2014b.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Brasília: Unesco, 1998. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 5 out. 2015.

OSÓRIO, Leticia Marques. O direito à moradia como direito humano. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). **Direito à moradia adequada**: o que é, para que serve, como defender e efetivar. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 39-68.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Serviço público na ordem econômica da Constituição de 1988. In: CLEVE, Clémerson Merlin (Coord.). **Direito Constitucional Brasileiro**: volume III: constituição econômica e social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PINHEIRO, Cristiano Cota. A conferência das Nações Unidas sobre assentamentos humanos e a realidade brasileira em matéria de financiamentos habitacionais. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU**, Belo Horizonte, ano 13, n. 77, p. 21-28, set./out. 2014.

PIOVESAN, Flavia. Direitos Humanos, O princípio da dignidade e a Constituição Brasileira de 1988. **Revista dos Tribunais I**, São Paulo, v. 883, p. 41, mar. 2005.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. **Relatório do Desenvolvimento Humano 2013**. A Ascensão do Sul: Progresso Humano num Mundo Diversificado. Nova Iorque: PNUD, 2013. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/arquivos/rdh-2013.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2015.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. A Constituição de Weimar de 1919 e o conteúdo normativo da “função social” dos direitos proprietários. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro : IBDCivil, v. 27, p. 3-47, 2006.

POZZO, Augusto Neves Dal. **Aspectos Fundamentais do Serviço Público no Direito Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2012.

PFLUG, Samantha Ribeiro Meyer. O direito à moradia como direito fundamental. In: **Direito da infância, juventude, idoso e pessoas com deficiência**. São Paulo: Atlas, 2014.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIBEIRO, Paulo Sérgio. A Função do Juiz no Estado Democrático de Direito: o papel do juiz constitucional na implementação dos Direitos Fundamentais. **Revista Direito Federal**, Brasília, n. 95. páginas 5-35, 2015 Disponível em: <<http://www.ajufe.org/publicacoes/revista-direito-federal/revista-95/>>. Acesso em: 4 nov. 2015.

_____. O programa normativo e a limitação à criação de regra processual: a ilegalidade da suspensão dos processos em tramitação nas instâncias ordinárias que versem sobre matéria apreciada em recurso especial submetido ao regime dos recursos repetitivos. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 64, fev. 2015. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao064/Paulo_Ribeiro.html>. Acesso em: 4 maio 2015.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos de crédito bancário**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ROCHA, Carla. Realizada a 2ª Conferência Mundial Sobre os Assentamentos Humanos – HABITAT II, em Istambul. Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos. **Cronologia do Urbanismo**, Salvador, 2008. Disponível em: <http://www.cronologiadourbanismo.ufba.br/mais_documento.php?idVerbete=1394&idDocumento=47>. Acesso em: 13 out. 2015.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais sociais. In: CLEVE, Clémerson Merlin (Coord.). **Direito Constitucional Brasileiro**: volume 1: Teoria da Constituição e Direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SANTOS, Antônio Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito Económico**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

SANTOS, Fernando Muniz dos. Princípios gerais da atividade econômica na Constituição Federal de 1988. In: CLEVE, Clémerson Merlin (Coord.). **Direito Constitucional Brasileiro**: volume III: constituição econômica e social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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

_____. Constituição e proporcionalidade: O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**, [s. l.] v. 2, p. 555, ago. 2011.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Fontes do Direito Ambiental: Uma Leitura Contemporânea à Luz do Marco Constitucional de 1988 e da “Teoria do diálogo das fontes”. **Revista de Direito Ambiental**, [s. l.] v. 78, p. 215-243, abr./jun. 2015a.

_____. Notas sobre a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a assim chamada constitucionalização do Direito Penal e Processual Penal no Brasil. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, [s. l.] v. 9, p. 1023-1051, ago. 2015b.

_____. O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, [s. l.], out./dez. 2008.

_____. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**, [s. l.], v. 3, p. 677-735, ago. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINORI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 145-165, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=30035>>. Acesso em: 24 out. 2015.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Valério da. **A locação social como forma de acesso à moradia**: a experiência de São Paulo como oposição as variadas formas de aluguel social temporário. 2013. 151 f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Direito Ambiental Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SORROSAL, Sofia Borgia. **El derecho constitucional a una vivienda digna Régimen Tributario y propuestas de reforma**. Madrid: Dykinson, 2009.

SOUZA, Luciane Moessa de. Reserva do possível x mínimo existencial: o controle de constitucionalidade em matéria financeira e orçamentária como instrumento de realização dos direitos fundamentais. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 16., 2007, Belo Horizonte. **Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 3996-4016. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/luciane_moessa_de_souza2.pdf>. Acesso em: 12 out. 2015.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**: análise comparativa e seu aspecto teórico e prático com os direitos da personalidade. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito Constitucional Econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Manual do poder judiciário brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. Mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 177, p. 29-49, jul./set. 1989.

_____. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFFE**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 147-173, mar./ago. 2012.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2010. Disponível em: <http://europa.eu/pol/pdf/consolidated-treaties_pt.pdf>. Acesso em: 25 out. 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2010.