



A ORDEM ECONÔMICA NEOCONSTITUCIONAL: FORÇA NORMATIVA OU FOLHA DE PAPEL?

Rodrigo Chamorro da Silva¹

RESUMO: O presente artigo enfoca um tema que se encontra na pauta jurídico-política da atualidade, mas que ainda carece de muitas reflexões teóricas: a força normativa da ordem constitucional econômica. Inicialmente, traçar-se-á, dentro de um contexto histórico e econômico, uma compreensão jurídica desse capítulo da Constituição. Em seguida, apontar-se-ão algumas das centrais características do neoconstitucionalismo, bem como dos consectários e desafios que esse novo paradigma impõe às políticas públicas sociais e econômicas. Por fim, buscar-se-á, mediante um aporte metodológico e hermenêutico, defender a força normativa da Constituição econômica. Para tanto, a metodologia utilizada será a dialética e, a técnica de pesquisa, a bibliográfica.

Palavras-chave: Força normativa. Neoconstitucionalismo. Ordem Econômica. Políticas Públicas.

ABSTRACT: This article focuses on a topic that is in today's legal and political agenda, but it still lacks many theoretical reflections: the normative force of the economic constitutional order. Initially, it will be drawn, within a historical and economic context, a legal understanding of this chapter of the Constitution. Then it will be appointed some of the central neoconstitutionalism characteristics, as well as the consequences and challenges that this new paradigm imposes on social and economic policies. Finally, it will sought through a methodological and hermeneutical contribution, defend the normative force of the economic constitution. Therefore, the methodology used is the dialectic and the search technique, the literature.

Keywords: Normative Force. Neoconstitutionalism. Economic Order. Public Policy.

1 INTRODUÇÃO

¹ Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Especialista - MBA em Direito de Empresa com Ênfase em Direito Tributário pela faculdade IDC, Mestrando em Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados pela faculdade FMP. E-mail: chamorro@mp.rs.gov.br.

O presente estudo busca analisar a ordem econômica prevista na Constituição Federal de 1988, avaliando a sua aptidão e potencial de concretude dentro de um paradigma neoconstitucional.

Para tanto, elaborar-se-á uma breve análise dos princípios integrantes do citado capítulo constitucional, mediante um enfoque, além de jurídico, econômico e histórico.

Lançada a premissa, apontar-se-ão alguns dos centrais caracteres do neoconstitucionalismo, a exemplo da superação da legalidade estrita, embora sem desprezar o direito positivado. Também será traçada a preocupação com a legitimidade popular, bem como com a leitura moral do direito que, por sua vez, finda por majorar o valor substancial dado aos princípios, reconhecidos como normas jurídicas, e às suas novas diretrizes interpretativas.

Com base nesses atributos, enfrentar-se-á o questionamento que titula o presente artigo sobrepujando-se a visão sociológica de que a Constituição escrita representaria uma mera folha de papel, ao passo que a Constituição verdadeira seria materializada pelas forças reais do poder político.

Para tanto, será dada primazia à ideia da força normativa da Constituição, baseada na sua centralidade e supremacia frente, não apenas aos outros ramos do direito, mas também das políticas públicas - fenômeno que vem sendo chamado de constitucionalização dos direitos. Ao final, concluir-se-á pelo aconselhamento da adoção de uma novel hermenêutica constitucional, com novos critérios de interpretação idôneos a proporcionar a efetiva proteção dos direitos fundamentais e, de viés, dos princípios que formam as ordens econômica e social da Constituição.

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA

André Ramos Tavares explica que o capitalismo em voga não é mais essencialmente liberal individualista, tendo, inclusive, assimilado conceitos socialistas, mas sem que para o socialismo pretenda caminhar. E ele exemplifica com o respeito à função social da propriedade e a aplicação de recursos estatais em políticas públicas de educação, saúde e saneamento.

O desafio, na sua ótica, reside em conjugar conteúdos socialistas com as técnicas jurídico-políticas que derivam da tradição liberal-democrática. Para tanto, o

autor sugere um caminho de conciliação baseado no manejo da dignidade do ser humano como fonte para uma construção econômica viável, ressaltando-se o social sem que se perca de vista o individual (TAVARES, 2011, p. 43-44).²

Dentre as razões para o fracasso do modelo liberal clássico, André Ramos Tavares aponta a ilusão de que o mercado seria formado por um número razoavelmente elevado de compradores e vendedores em interação recíproca e portes equânimes. Todavia, a previsão não se deu dada a notória existência de “leviatanescas multinacionais, cujo poder econômico rivaliza (e por vezes corrompe) até o de Estados altamente desenvolvidos.” Nesse panorama, há duas grandes consequências nefastas: a primeira é a natural capacidade dessas grandes empresas influírem no mercado em benefício próprio e em detrimento da maioria e a segunda é a grande possibilidade de todo o mercado se ressentir das mesmas dificuldades sofridas por um único agente quando alguma dessas grandes empresas experimentasse dificuldades econômicas (TAVARES, 2011, p. 50).

O autor também cita a ilusória criação dos teóricos liberais de que o agente econômico naturalmente incorporaria todos os efeitos positivos e negativos provenientes de sua atividade. Esse presságio não se consagrou, existindo diversos custos cuja responsabilidade não consegue ser identificada: são as chamadas externalidades, responsáveis por dois centrais malefícios. De um lado, a tendência de os agentes econômicos externalizarem todos os prejuízos possíveis, a exemplo dos resíduos poluentes. E, de outro, a busca pela internalização de todos os benefícios produzidos, inclusive pleiteando do Estado subsídios fiscais em troca dos mesmos benefícios (TAVARES, 2011, p. 51).

É neste sentido que atuará o Estado tanto para restabelecer a normalidade impulsionando a mudança de condutas por meio, por exemplo, da legislação antitruste, quanto proporcionando, diretamente, tais bens de usufruto coletivo,

² Nas suas palavras: “A concepção de Estado liberal gerou, em momentos críticos da humanidade, uma situação insuportável, de modo que, mesmo em países de imensa tradição liberal e capitalista, passou-se a admitir a necessidade de intervenção do Poder Público no mercado e na economia, ainda que extremamente restrita ou em setores específicos e predeterminados. A demanda por um Estado interventor, desta feita, decorre da existência de falhas na concepção – utópica – liberal da economia. [...]. 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 contornar o recém-surgido empecilho ou, simplesmente, realocariam seus recursos em outras atividades econômicas. (TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 49-50).

melhor garantindo, assim, o funcionamento do liberalismo e o aprimoramento do capitalismo.

No mesmo sentido, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior asseveram que o capitalismo primitivo concebia o mercado como um mecanismo autorregulador, do qual naturalmente decorriam todas as regras econômicas. Os aspectos básicos da economia como o mercado, as empresas e as relações de trabalho não recebiam atenção do sistema jurídico. Nessa linha, a ordenação jurídica da economia constitui uma preocupação recente, do início do século XX. Conforme os autores:

Com efeito, a evolução das relações econômicas demonstrou uma irrecusável tendência concentradora do capitalismo, em que o mercado, em vez de palco da concorrência entre diversos agentes econômicos, passou a ser objeto de práticas monopolistas, partilhadas pelo chamado abuso do poder econômico.

Detectou-se, assim, a necessidade de uma ordem jurídica mais abrangente, que, ademais, contivesse regras específicas para a regulação das relações econômicas, o que propiciou, desse modo, a chamada constitucionalização da economia. (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2009, p. 465-466).

Segundo Dirley da Cunha (2013), a ordem econômica e social teve sua primeira disciplina constitucional na revolucionária Constituição mexicana de 1917, enquanto no Brasil, a Constituição de 1934, sob a influência da Constituição alemã de Weimar de 1919, foi a primeira a tratar de princípios e normas relativos ao tema. Era o prenúncio de que as Constituições não mais se limitariam ao trato da organização política do Estado, tampouco à mera promulgação de direitos civis e políticos, mas passariam a também disciplinar questões no âmbito do domínio privado, inaugurando-se o chamado Estado Social. A regulamentação do conjunto da vida social, intensamente plural e complexa, galgou projeção, no marco entre guerras, nas Constituições no formato de direitos com caracteres sociais, econômicos e culturais.

A partir de então, todas as demais Constituições Brasileiras (1946, 1967 e Emenda Constitucional n.º 01 de 1967) pautaram-se pela positivação de uma ordem econômica essencialmente defensora do interesse coletivo e fomentadora da justiça social por meio de políticas públicas intervencionistas.

Nessa progressão, o autor define a Constituição econômica como sendo “um conjunto de normas constitucionais que têm por objeto a disciplina jurídica do fato

econômico e das relações principais dele decorrentes”. (CUNHA, 2013, p. 1.222 e 1.226).

A Constituição Federal de 1988 (CF/88, doravante) seguiu a mesma trilha das Cartas pretéritas, igualmente instituindo uma ordem econômica intervencionista.

O valor da livre iniciativa (aquela que com primazia movimenta a economia) foi colocado juntamente com o da dignidade humana como fundamento da República brasileira, sendo mesmo impensável atingir os objetivos constitucionais inseridos no art. 3º da CF/88 – construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantia do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da marginalização, reduzindo-se as desigualdades sociais e regionais e promoção do bem de todos -, sem a conciliação das estruturas econômicas com o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988, *online*).

Desse modo, todo instrumental econômico e jurídico do qual a sociedade contemporânea é dotada deve gradualmente ser concertado para convergir com a promoção da dignidade humana.

A par disso, tal associação entre a dignidade humana e a livre iniciativa é reprisada no Título VII da CF/88, local onde estão contempladas as disposições referentes à ordem econômica. No art. 170, além de estabelecer que a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa é o pilar da ordem econômica, tendo por finalidade assegurar existência digna a todos, promovendo a justiça social, a Constituição Federal de 1988 elenca outros nove princípios:

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

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII - busca do pleno emprego;
- IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

(BRASIL, 1988, *online*).

Como se vê, o constituinte igualou os valores do capital (representado pela livre iniciativa) e do trabalho humano no mesmo patamar (art. 170 da CF/88), os

quais, juntamente com a dignidade da pessoa humana, constam como três dos fundamentos republicanos postos no art. 1º da Carta Magna. De acordo com Roseana Cilião Sacchelli:

Embora a livre iniciativa confirme o modelo econômico capitalista, deverá respeitar os valores sociais do trabalho visando compatibilizar o regime de produção escolhido, capital e lucro, com a dignidade da pessoa humana e a dimensão econômico-produtiva da cidadania. [...]. Assim, as atividades empresariais devem ser norteadas pela incidência do princípio constitucional da justiça social nas relações jurídicas empresariais em que decorrem múltiplos direitos e obrigações. [...] Desse modo, continua prevalecendo o regime da livre iniciativa e a competição econômica. Entretanto, o lucro só será aceito como legítimo e reconhecido como justa recompensa a ser recebida pelos investidores se obtido sem causar prejuízos à sociedade. (SACCHELLI, 2013, p. 256, 266, 268).

Nessa linha, merece haver um equilíbrio entre a função social da empresa e os objetivos econômicos da atividade empresarial, sendo essa a harmonização estabelecida pelo art. 170 da CF/88 quando afirma que a ordem econômica tem como princípio a livre-iniciativa, a livre concorrência e a redução das desigualdades sociais.

Do sistema constitucional vigente sobre a Ordem Econômica, pois, extrai-se o objetivo jurídico de que a empresa, ao buscar o lucro com as suas atividades econômicas, embora o regime de mercado vigente, deve igualmente atender a exigências de ordem social que visam, em última análise, tutelar a dignidade da pessoa humana, a exemplo das leis ambientais, trabalhistas, comerciais, consumeristas, concorrenciais, urbanísticas, etc.

3 A ORDEM ECONÔMICA FRENTE AO NEOCONSTITUCIONALISMO

Como visto no item anterior, com os modelos constitucionais mexicanos, de 1917, e alemão, de 1919, inicia-se a segunda fase do constitucionalismo e do Estado moderno – o Estado social -, propiciando um novo contexto de tensionamento entre os poderes públicos. Desde estas duas Cartas, os textos constitucionais, além das tradicionais regulações pertinentes à normatização do poder, às suas competências e relações institucionais recíprocas e federativas, bem como previsão dos direitos e garantias individuais, igualmente passa a tratar de incorporar os princípios fundamentais da ordem econômica, social e cultural (*direitos de segunda dimensão*).

Ocorre que o fenômeno da constitucionalização não parou por aí, de modo que as Constituições democráticas promulgadas após a última grande guerra reintroduziram outros novos elementos materiais aos sistemas jurídicos modernos, responsáveis por uma ainda maior valorização axiológica do fenômeno jurídico e, por conseguinte, no advento de um novo paradigma constitucional: o neoconstitucionalismo ou pós-positivismo.³

Embora este estudo opte por adotar a expressão neoconstitucionalismo⁴, não se buscará polemizar aqui acerca de qual a expressão mais adequada para se nominar o atual paradigma do constitucionalismo contemporâneo, mas se acentuar que, nesta atual fase, a teoria do direito busca estudar como interpretar e aplicar o seu objeto nos casos em que a lei não é clara quanto à regra a ser aplicada. Tal se dá tanto em virtude de sua vagueza ou ambiguidade, quanto em razão da existência de conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas abertas cuja aplicação exige qualificada interpretação pretérita (CALSAMIGLIA, 1998, p. 209).

Frente a tais contrapontos, a doutrina passou a concluir pela insuficiência das ferramentas fornecidas pelo positivismo. Nesse sentido, Calsamiglia: “Creo que las herramientas positivistas son adecuadas para el análisis de las normas pero la teoría positivista es incompleta porque no ofrece herramientas adecuadas para una teoría de la adjudicación.” (CALSAMIGLIA, 1998, p. 215).

Para o autor, assim, o positivismo jurídico não dava atenção aos elementos externos ao direito positivado e que seriam necessários para resolver os casos difíceis, sobretudo porque chegar a tanto redundaria em extrapolar o seu objeto de

³ Para Bonavides, o pós-positivismo é uma terceira fase que corresponde aos momentos constituintes das últimas décadas em que os princípios passam a ser considerados a base normativa dos sistemas constitucionais, especialmente a partir dos estudos de Boulanger, Dworkin e Alexy (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 237-240).

⁴ Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende que o termo pós-positivismo é inapropriado: “Uma observação preliminar no que concerne à impropriedade da expressão ‘pós-positivismo’. Ela induz à ideia de que, antes da pós-modernidade, a prevalência do positivismo era absoluta. Ora, isto está longe da verdade. Numerosas eram as correntes que com ele competiam e, sem dúvida, grandes filósofos do direito não eram adeptos dessa doutrina. Para citar alguns, Gustav Radbruch, John Rawls, Giorgio del Vecchio, Miguel Reale etc. Tal expressão, em consequência, faz caricatura simplificativa, e simplória, da realidade jurídica, o que evidentemente serve de expediente para o combate contra o direito moderno. E, em contraste com os demais traços apontados do pós-positivismo, é distorcido esse direito moderno como um direito formalista, cego para os princípios, maquinal na interpretação e sem força jurídica às normas constitucionais. Tudo isso inexato.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 250, p. 151-167, jan./abr. 2009. p. 158-159).

estudo mediante a inserção de elementos valorativos que romperiam os limites entre a moral e o direito. Nas suas palavras:

Las razones que muchos positivistas tenían para enmudecer eran coherentes con su posición emotivista, pues los criterios para decidir en los casos difíciles exigen compromisos valorativos, y según su concepción de la ciencia no es posible prescribir porque el postulado de la separación entre derecho y moral no se lo permite. Ahora bien, el postpositivismo acepta que las fuentes del derecho no ofrecen respuesta a muchos problemas y que se necesita conocimiento para resolver estos casos. (CALSAMIGLIA, 1998, p. 212).

Acentue-se, de outro lado, que o neoconstitucionalismo não despreza o direito posto, mas altera o foco de interesse de estudo do legislador para o intérprete e o Estado-Juiz, reconhecendo a indeterminação do direito, bem como a sua conexão com a moral e a política, tanto quando da produção da norma, quanto no momento da sua aplicação.

Paolo Comanducci, classifica o neoconstitucionalismo em teórico, ideológico e metodológico.

Como teoria do Direito ele se preocupa com a superação do modelo positivista jurídico tradicional, focando-se na centralidade da Constituição nos sistemas jurídicos. Nessa ótica, os demais ramos do Direito devem ser interpretados a partir do disposto por uma

Constitución invasora, por la positivización de um catálogo de derechos fundamentales, por lá omnipresencia em la Constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de la ley. (COMANDUCCI, 2005, p. 83).

O neoconstitucionalismo ideológico, de sua parte, mira a garantia dos direitos fundamentais arrolados na Constituição, conferindo central relevância aos mecanismos de defesa desses direitos. E, por fim, enquanto metodologia do Direito, o neoconstitucionalismo transcende a dicotomia do ser e do dever ser, propiciando a abertura do Direito para a Moral (COMANDUCCI, 2005, p. 85).

Nada obstante haja uma miríade de matizes que o termo neoconstitucionalismo adquiriu nas últimas décadas, repousam alguns caracteres consensuais entre os teóricos do Direito Constitucional que seriam apreensíveis na

cena político-jurídica da pós-modernidade. Daniel Sarmento aponta as seguintes mudanças fundamentais trazidas pelo novo paradigma em apreço:

(a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização de sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias das argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário. (SARMENTO, 2007, p. 1).

Com a constitucionalização do Direito (c), passa-se a exigir-se, como condição de validade das leis, a sua conformação com o texto constitucional, ao contrário das primeiras fases do constitucionalismo, quando essa mesma validade dependia unicamente da forma regular de sua produção, ótica cuja base repousa no positivismo jurídico originário. Conforme Luigi Ferrajoli:

La existencia (o vigencia) de las normas, que en el paradigma paleo-iuspositivista se había dissociado de la justicia, se disocia ahora también de la validez, siendo posible que una norma formalmente válida y por conseguinte vigente y, sea substancialmente invalida por el contraste de su significado con normas constitucionales, como por ejemplo el principio de igualdad o los derechos fundamentales. (FERRAJOLI, 2005, p. 18).

Segundo Luís Roberto Barroso, esse novo constitucionalismo possui três principais marcos teóricos: o reconhecimento da força normativa da Constituição, a consagração e a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional (BARROSO, 2011, p. 148).

O entendimento desse tripé teórico propicia a melhor compreensão do neoconstitucionalismo e os seus efeitos sobre todo o sistema jurídico. O objeto do presente estudo, embora não se descure dos demais, foca-se, primordialmente, no primeiro marco teórico citado: a força normativa da constituição.

Como já mencionado, o atual paradigma constitucional teve como antecedente o reconhecimento dos direitos de segunda dimensão pelas Constituições. A constitucionalização das políticas públicas sociais e econômicas foi necessária frente à tensão permanente entre os interesses dos menos e dos mais afortunados, aliada à incapacidade natural do mercado garantir os direitos

essenciais para todos os cidadãos, independentemente das suas condições econômicas, patrimoniais ou sociais.

Nesse cenário social conflituoso, Ferdinand Lassalle publicou o seu opúsculo “A Essência da Constituição”, no qual defendeu o sufrágio universal, igual e direto para os cidadãos, de feição a propiciar que o povo conquistasse maior espaço no Estado mediante reformas sociais reais. Para ele, a Constituição verdadeira era a soma dos fatores reais de poder, exercidos, por exemplo, pelo rei, pelo exército, pelo alto clero, pela burguesia e pela aristocracia. O povo, de sua parte, detinha um poder inorgânico, não organizado, mas com potencial de um dia prevalecer.

Lassalle, pois, distinguia a Constituição escrita da Constituição real:

Tenho demonstrado a relação que guardam entre si duas constituições de um país: essa constituição real e efetiva, integralizada pelos fatores reais de poder que regem a sociedade, e essa outra constituição escrita, à qual, para distingui-la da primeira, vamos denominar folha de papel. (LASSALLE, 2001, p. 23).

Desse modo, aquilo que está escrito em uma folha de papel como sendo a Constituição não teria qualquer valor caso o seu conteúdo não possuísse correspondência com os fatores reais de poder.

Por isso, essa organização substancial que é a Constituição real pode, ou não, ser igual à Constituição escrita. Tal explicitaria a compreensão de que os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas de poder. Para Lassalle, portanto, a verdadeira Constituição somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente aquela realidade social.

Nesse contexto, Gilberto Bercovici e Luís Fernando Massonetto, no artigo: “A Constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição Econômica”, publicado, em 2006, no Boletim de Ciências Econômicas da Universidade de Coimbra, asseveram que o legislador inverteu a lógica dirigente da Constituição Federal, centralizando o direito financeiro e relegando ao direito econômico e social às chamadas “sobras orçamentárias”. (BERCOVICI; MASSONETTO, 2006).

Segundo os articulistas, a indiferença atual entre direito constitucional e direito financeiro, confirmando a hegemonia das tendências neoliberais que sucederam a ruptura do padrão de financiamento da economia do segundo pós-guerra, ignora o

tema central da articulação entre Constituição financeira, Constituição econômica e Constituição política dentro da Constituição global, implicando o surgimento de um novo fenômeno: a Constituição dirigente invertida.

O direito financeiro, desarticulando-se do direito econômico, ganha centralidade na organização do capitalismo, impondo a rigidez dos instrumentos financeiros às boas intenções do constitucionalismo econômico do século XX e acentuando a retomada do arcabouço jurídico liberal do século XIX (BERCOVICI; MASSONETTO, 2006, p. 57-58).

Nas últimas décadas do século XX, o paradigma constitucional que sustentara o Estado Social passou a ser alvo de frontais ataques, inclusive reacendendo questões que pareciam superadas – a cisão entre a economia e as finanças públicas, a abstenção do Estado na execução de políticas públicas no domínio econômico e a pretensa neutralidade financeira propugnada no liberalismo clássico citado no primeiro item deste estudo. Desse modo, “O que se viu então foi o recrudescimento dos aspectos instrumentais da constituição financeira e o ocaso da constituição econômica, invertendo o corolário programático do constitucionalismo dirigente”. (BERCOVICI; MASSONETTO, 2006, p. 59-60).

Segundo Bercovici e Massonetto, a Constituição financeira passou a ser interpretada e aplicada como se fosse “neutra”, meramente processual e totalmente divorciada da ordem econômica e social, esterilizando, assim, a capacidade de intervenção do Estado na economia. Nas palavras dos autores:

Esta crise de financiamento do setor público é ainda mais grave nos países periféricos, como o Brasil, em que há insuficiência de recursos para o financiamento público da acumulação de capital. Portanto, para garantir a atração dos investimentos privados, o Poder Público brasileiro tem que estabilizar o valor real dos ativos das classes proprietárias. Ou seja, o orçamento público deve estar voltado para a garantia do investimento privado, para a garantia do capital privado, em detrimento dos direitos sociais e serviços públicos voltados para a população mais desfavorecida. Assim, nesta etapa, o direito financeiro, na organização do espaço político-econômico da acumulação, passa a servir a uma nova função do Estado – a tutela jurídica da renda do capital e da sanção de ganhos financeiros privados, a partir da alocação de garantias estatais ao processo sistêmico de acumulação liderado pelo capital financeiro.

[...]

A ordem econômica intervencionista e dirigente da Constituição de 1988 é isolada de seus instrumentos financeiros, cuja efetividade é medida em si mesma, sem qualquer relação com os objetivos da política econômica estatal ou da ordem econômica constitucional. A Lei de Responsabilidade Fiscal e a insana proposta de emenda constitucional instituindo o déficit nominal zero são meios de excluir o orçamento da deliberação pública, garantindo metas de política monetária muitas vezes impostas de fora e em

favor de interesses econômicos privados, que desejam uma garantia sem risco para seus investimentos ou para sua especulação financeira. (BERCOVICI; MASSONETTO, 2006, p. 69-71).

A conclusão desta visão, pois, é a de que as normas de direito econômico previstas na CF/88 seriam programáticas e nem sempre se materializariam em correspondentes políticas públicas, gerando um profundo descompasso entre a norma escrita e as reais forças políticas e de poder. E, na nomenclatura de Lassalle, são estas últimas que espelhariam a Constituição real em oposição à mera folha de papel que representaria a Constituição escrita.

4 A FORÇA NORMATIVA DA ORDEM NEOCONSTITUCIONAL ECONÔMICA: UM DESAFIO HERMENÊUTICO

É necessário reconhecer que a realização concreta da Constituição não é um acontecimento automático, instantaneamente decorrente de sua mera promulgação. Ao revés, a concretização constitucional e, por conseguinte, a transformação social, exige um agir hermenêutico que repousa na vontade genuína dos participantes da comunidade constitucional em pautarem suas ações em consonância com as normas constitucionais.

Tal consciência constitui a vontade da Constituição para Konrad Hesse, autor que, em oposição frontal à concepção sociológica de Lassalle, escreveu a obra “A força normativa da Constituição” (*Die normative Kraft der Verfassung*), na qual reconheceu que a matéria constitucional trata de questões que não são originalmente jurídicas, mas políticas (HESSE, 1991, p. 9).

O autor assenta que a norma constitucional não possui existência autônoma da realidade fática, mas, de outro lado, defende ser ela detentora de uma pretensão eficaz de que seja concretizada na realidade social, de modo a haver uma relação de interdependência entre fato e norma constitucional (HESSE, 1991, p. 14).

Embora a Constituição não possa, ela mesma, realizar nada, ela pode impor tarefas, transformando-se em força ativa se elas forem realizadas ou, ao menos, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem jurídica nela proclamada. Nessa hipótese, a Constituição converter-se-á em força ativa se se fizerem presentes na consciência geral não a mera vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*) (HESSE, 1991, p. 19).

Nessa perspectiva, a Constituição não é uma simples folha de papel, mas uma das principais diretrizes de resolução de conflitos, cuja observância se dá proporcionalmente à importância moral e política que lhe é atribuída. Por isso, existe, por detrás de qualquer poder, um conjunto de valores consensualmente aceitos que refletem os interesses de uma comunidade para a qual o poder tem que se legitimar. Reconhecida a legitimidade do poder, a relação se inverte, não mais sendo o poder político a produzir o direito, mas este a justificar aquele. Assim, a obrigação política de respeito às normas não se dá somente pelo uso exclusivo da força física, mas também pelo sentimento de se estar cumprindo obrigações genuínas e democraticamente legitimadas.

De outro lado, a adoção da ideia de legitimidade da Constituição, mediante a sua correspondência aos fatores reais do poder político e da sociedade, conduzem à conclusão de não ser, o juiz, o único hermenauta do direito. Nesse prisma, Peter Häberle propõe uma “interpretação constitucional pela e para uma sociedade aberta”, de modo que “Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade”. (HÄBERLE, 1997, p. 12-13, 40).

Para o autor, todos aqueles que vivem em uma sociedade regulada pelo direito são, conjuntamente, criadores, destinatários e intérpretes da norma, podendo participar, de forma direta ou indireta, na modelação do Estado Democrático de Direito, seja na criação das leis, seja por meio do sufrágio. A construção de direitos, nessa moldura, se veicula pelo agir comunicativo de cidadãos que discursiva e vivencialmente se reconhecem como livres e iguais (HÄBERLE, 1997, p. 37).

Nesse sentido:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição. (HÄBERLE, 1997, p. 15).

Na ambiência do neoconstitucionalismo, o controle de constitucionalidade passa a ser palco de ampla participação democrática, sendo que, no Brasil, amplia-se a participação de diferentes setores da sociedade civil no processo constitucional, mediante a realização de audiências públicas nas quais são ouvidos diversos órgãos

dela representativos para, ao cabo, propiciar que a decisão seja discursivamente construída em diálogo com as forças sociais e populares.

A força normativa da Constituição representa uma das mais relevantes mudanças de paradigmas para o constitucionalismo, na medida em que atribuiu às normas constitucionais *status* de normas imperativas e vinculativas de todo o sistema jurídico e não mais meras promessas vagas e exortações ao legislador infraconstitucional. O direito reproduzidor da realidade é alçado a um direito transformador da sociedade (BARROSO, 2011, p. 149).

Nesse sentido, a CF/88 prevê normas de direito econômico sintonizadas com a Ordem Social (as chamadas Constituições Social e Econômica) que devem ser observadas pelo legislador infraconstitucional e, pelo administrador, na execução de políticas públicas.

Contudo, a Constituição dirigente das políticas públicas e dos direitos sociais é vista, por uma seleta nata detentora das forças econômicas, como lesiva aos interesses do país, causadora última das crises financeiras e do déficit público. Conforme referenciado no item anterior, ela estrutura-se como uma Constituição dirigente invertida, na medida em que passa a ser entendida como positiva para a credibilidade do país, perante o sistema financeiro internacional, não a Constituição econômica, mas a Constituição dirigente das políticas neoliberais de ajuste fiscal. Seria esta última, nessa ótica, a verdadeira Constituição dirigente, vinculadora de toda a política do Estado brasileiro à tutela estatal da renda do capital e à garantia da acumulação de riqueza privada (BERCOVICI; MASSONETTO, 2006, p. 73).

Tal ideologia, conforme Gisele Cittadino, justifica-se porque

o pensamento jurídico brasileiro é marcadamente positivista e comprometido com a defesa de um sistema de direitos voltado para a garantia da autonomia privada dos cidadãos. Uma cultura jurídica positivista e privatista atravessa não apenas os trabalhos de autores vinculados à área do direito privado, mas também caracteriza a produção teórica de muitos de nossos publicistas. Em todos esses autores, a defesa do sistema de direitos se associa prioritariamente aos direitos civis e políticos e menos à implementação dos direitos econômicos e sociais, inclusive pelo fato de que defendem uma concepção menos participativa do que representativa da democracia. Em outras palavras, a cultura jurídica brasileira está majoritariamente comprometida com um liberalismo do *modus vivendi*. Se tivéssemos que associá-la a uma determinada matriz política, certamente falaríamos mais de Hayek e Nozick do que de Rawls e Dworkin, muito embora as fontes sejam outras. (CITTADINO, 1999, p. 14).

Ocorre que, quando a CF/88 reconhece a primazia da norma constitucional no sistema jurídico, mediante formulações normativas de que determinados bens jurídicos e valores são fundamentais, como as ordens social e econômica, exige-se do intérprete um maior esforço hermenêutico para garantir a supremacia substancial da Constituição, porquanto tais normas constitucionais não são de aplicação lógico-substancial, no sentido de darem a resposta pronta para o caso concreto, mas valorativas.

Assim, a força normativa da Constituição, aliada à sua abertura valorativa e principiológica e, por fim, a um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, impõe ao hermenêuta o compromisso ético-normativo de buscar, nos valores compartilhados pela sociedade, as respostas para a melhor aplicação das normas constitucionais, alcançando-se, com isso, a legitimidade material da Constituição, outrora apenas formal.

Nessa concepção pluralista de interpretação constitucional, soa evidente que a integração da sociedade - destinatária da norma - no processo hermenêutico, tem por condão combater a falácia de que a função da Constituição em um Estado Democrático e Social de Direito como o brasileiro ficaria restrita, tão somente, a ser um documento que estabelece competências e regula processos, pois não foi esta a ideia do legislador constituinte e não é este, insista-se, o anseio da sociedade nacional.

No neoconstitucionalismo baseado nas premissas deste estudo, observado, no cenário jurídico brasileiro, a partir da CF/88 e da redemocratização do país, a Constituição deixa de ser uma “folha de papel” e passa a dar guarida às promessas da modernidade contidas no modelo do Estado Democrático (e Social) de Direito.

Dessa forma, o artigo 3º, por exemplo, estabelece os objetivos da República Federativa do Brasil, entre os quais encontramos a construção de uma sociedade, livre, justa e solidária; o desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação. Não há interpretação possível desse dispositivo que não conduza à constatação de que a CF/88 estabeleceu determinados objetivos sociais que vinculam (ou deveriam vincular) o Estado brasileiro.

E o mesmo se pode dizer do já antes analisado artigo 170, que inaugura o Título da Ordem Econômica e Financeira, cujo inciso VIII (princípio constitucional de

busca do pleno emprego), por exemplo, deve, segundo Bercovici e Massonetto, ser levado a sério para que se torne possível a vinculação entre as Constituições financeira e econômica. Conforme os autores, para significativa parcela do empresariado nacional,

sob um regime de pleno emprego, o despedimento dos empregados deixaria de exercer sua função disciplinar (a 'disciplina da fábrica'), minando a posição social dos empregadores e fortalecendo os trabalhadores. A luta por melhores condições sociais e econômicas geraria também instabilidade e tensões políticas, com as greves e reivindicações trabalhistas. (BERCOVICI; MASSONETTO, 2006, p. 74).

Contudo, insta suplantar este senso comum teórico - reprovação das mudanças sociais e políticas advindas da manutenção do pleno emprego por meio do gasto governamental - porque a manutenção desse *establishment* vigente alimenta um círculo vicioso fundado no desemprego:

[...] o déficit público aliado aos juros elevados impede a realização de gastos públicos que garantam o pleno emprego, além de fazer crescer o próprio déficit público com a criação de uma dívida pública de alta rentabilidade que garante a renda mínima do capital."(BERCOVICI; MASSONETTO, 2006, p. 75).

A superação desse senso comum teórico capitalista neoliberal perpassa pela consagração de uma Democracia com respeito a direitos fundamentais, a qual, aliada à institucionalização de políticas públicas de natureza social e econômica, sobressaem-se como condições jurídico-políticas mínimas ao desenvolvimento de um pacto de coalizão entre Estado, Mercado e Sociedade.

Conforme André Ramos Tavares, embora o modelo político-econômico neoliberal defenda a desestatização e a revalorização das forças do mercado, buscando-se um Estado mais eficiente, não se afasta ele totalmente da prestação de serviços sociais. Urge, assim, que se vislumbre o liberalismo e a livre iniciativa dentro de uma contextualização social. Conforme o autor,

com o enaltecimento das constituições, e com a dignidade da pessoa humana e a justiça inseridas em muitas deles 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 essa busca, nos dias de hoje, como lembra Jorge Alex Athias (1997: 49), o próprio homem, que será seu "norte ético". O que se pretende, no momento atual, é promover o desenvolvimento, não apenas econômico-financeiro (que é imprescindível), mas também o desenvolvimento das liberdades

fundamentais, como sustenta Amartya Sen. (...) 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 (TAVARES, 2001, p. 62-63).

Segundo Lênio Luiz Streck, da crise do modelo liberal exsurtem as possibilidades de um novo modelo de direito interessado na

transformação das relações sociais, superando a visão liberal-individualista em nome de uma visão comunitarista do direito e da sociedade. Do indivíduo para o grupo, do grupo para a comunidade/coletividade: eis o caminho percorrido pelo direito desde o modelo liberal-formal-burguês até o advento do Estado Democrático de Direito. (STRECK, 2006, p. 101-102).

Para tanto, o jurista gaúcho expõe que a “Constituição deve ser vivenciada como Constituição, e isto dependerá da pré-compreensão do intérprete” e, amparado em Gadamer, afirma que “o estar-no-mundo depende dessa pré-compreensão (*Vorverständnis*), que é condição de possibilidade da compreensão desse algo”. Assim:

a) percebemos (compreendemos) a Constituição como Constituição quando a confrontamos com a sociedade para a qual é dirigida; b) compreendemos a Constituição como Constituição quando examinamos os dispositivos que determinam o resgate das promessas da modernidade e quando, através da nossa consciência acerca dos efeitos que a história tem sobre nós (*Wirkungsgeschichtliches Bewusstsein*), damos conta da ausência de justiça social (cujo comando de resgate está no texto constitucional); c) compreendemos a Constituição como Constituição quando constatamos que os direitos fundamentais-sociais somente foram integrados ao texto constitucional pela exata razão de que a imensa maioria da população não os têm; (...) Nesse contexto, a força normativa da Constituição – compreendida como (*Etwas als Etwas*) Constituição que nasce da revolução copernicana que institui o neoconstitucionalismo – dependerá de adequada interpretação, uma vez que é esta – a interpretação – que se constitui como condição de possibilidade para o acontecer de uma nova teoria das fontes e de uma nova teoria da norma jurídica, completando-se, assim, a superação do positivismo a partir dessa batalha travada nessas três frentes (teoria das fontes, teoria da norma e a hermenêutica). (STRECK, 2006, p. 108).

Nessa moldura, sobressai-se a relevância de se construir um ambiente de discurso democrático, idôneo a garantir que as normas constitucionais gozem da maior correspondência possível com as forças reais da sociedade e da política. Com isso, ao natural serão ultrapassados os argumentos abertos, retóricos e setoriais responsáveis pelas más políticas dissimuladas de práticas democráticas. Os louváveis fins do paradigma neoconstitucional, aqui incluídos os princípios das

ordens econômica e social, devem corresponder aos anseios de uma sociedade aberta de intérpretes constitucionais a fim de se impedir o enfraquecimento da democracia ou a utilização estratégica das instituições da república por parte de grupos organizados, em detrimento da força normativa da Constituição.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do texto apresentado, é possível delinear algumas premissas que, embora não conclusivas, permitem estipular critérios hábeis a garantir a força normativa da ordem econômica neoconstitucional.

O direito é prática que se comunica com a moral e a política e, por isso, deve ser examinado à luz de aportes de outros ramos das ciências, como a sociologia e a filosofia, permitindo a evolução de sua teoria dogmática e hermenêutica. Concebendo-se o direito como um construto discursivo e vivencial, relacionado ao seu contexto histórico, político, econômico e social, majoram-se as possibilidades de haver maior correspondência entre as normas constitucionais escritas e as forças políticas e sociais.

Nessa perspectiva, a concretização da Constituição é enfocada como uma questão hermenêutica. A interpretação constitucional, assinala Konrad Hesse, tem crucial importância na preservação e consolidação da força normativa da Constituição.

Embora reconhecendo as importantes conquistas do positivismo jurídico, o advento do neoconstitucionalismo busca romper com o paradigma da “pureza” do Direito, conclamando por uma maior abertura de sua teoria mediante a proposta de um sistema jurídico vivencialmente construído pela sociedade, de modo que a elaboração e a compreensão das normas jurídicas passa a se processar por meio de textos construídos e reconstruídos discursiva e vivencialmente. Nessa conjuntura, o domínio das técnicas de argumentação pelos cidadãos permite que conquistem autonomia e exerçam poder político pelo agir comunicativo. Ao passo em que reconhecem quais valores e situações jurídicas devem merecer proteção, os cidadãos coexistem como criadores e destinatários da ordem jurídica.

Enfim, a construção do postulado da força normativa da Constituição representou um dos mais destacados caracteres do neoconstitucionalismo, na medida em que conferiu, às normas constitucionais, *status* de normas jurídicas

imperativas, vinculativas e obrigatórias. Nesse paradigma, a hermenêutica dos princípios constitucionais das ordens social e econômica alcança o pluralismo, a racionalidade discursiva, argumentativa e democrática, com viés de máxima efetividade no plano das políticas públicas estatais, mesmo em um cenário econômico neoliberal.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Direito constitucional**: teoria geral da constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 143-195.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A Constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição financeira e a agonia da Constituição econômica. **Boletim de Ciências Econômicas**, Coimbra, v. 49, p. 57-77, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 jun. 2016.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. **Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, v. 21, n. 1, p. 209-220, 1998. Disponível em:
<<file:///C:/Users/User/Downloads/postpositivismo-0.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1999.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo) Constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 75-98.

CUNHA, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 13-29.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 250, p. 151-167, jan./abr. 2009. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/4141-9375-1-PB.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2016.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Tradução de Aurélio Wander Bastos. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2001.

SACCELLI, Roseana Cilião. A livre iniciativa e o princípio da função social nas atividades empresariais no contexto globalizado. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 40, n. 129, p. 249-278, mar. 2013.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. 2007. Disponível em: <http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2016.

STRECK, Lênio Luiz. Ontem os códigos; hoje, as constituições: o papel da hermenêutica na superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito/Faculdade Meridional**, Passo Fundo, v. 1, n. 2, p. 97-148, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.