

WENDELL LUIS ROSA

**O DESENVOLVIMENTO CONSTITUCIONAL DOS ESTADOS-PARTE
DO MERCOSUL E AS CONSEQÜÊNCIAS DA TUTELA DO
CONSUMIDOR E DO MEIO AMBIENTE NA ORDEM ECONÔMICA**

Dissertação apresentada à Universidade de
Ribeirão Preto, como exigência parcial para a
obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Maria Cristina Vidotte
Blanco Tarrega.

**RIBEIRÃO PRETO
2008**

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto -

R788d	Rosa, Wendell Luis, 1982 - O desenvolvimento constitucional dos Estados-parte do MERCOSUL e as conseqüências da tutela do consumidor e do meio ambiente na ordem econômica / Wendell Luis Rosa. - - Ribeirão Preto, 2008. 170 f. Orientadora: Profa. Dra. Maria Cristina Vidotte B. Tárrega. Dissertação (mestrado) - Universidade de Ribeirão Preto, UNAERP, Direito, área de concentração: Direitos coletivos e Função social do direito. Ribeirão Preto, 2008. 1. Direito. 2. Direito constitucional. 3. Ordem econômica. I. Título.
-------	--

CDD: 340

WENDELL LUIS ROSA

O DESENVOLVIMENTO CONSTITUCIONAL DOS ESTADOS-PARTE DO MERCOSUL
E AS CONSEQÜÊNCIAS DA TUTELA DO CONSUMIDOR E DO MEIO AMBIENTE NA
ORDEM ECONÔMICA

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da
Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP, área de concentração
Direitos Coletivos e Função Social do Direito, sob a orientação do
Prof. Dr. Juventino de Castro Aguado.

Aprovado pela Comissão Examinadora em 31/05/2008

Presidente:

Profa. Dra. Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega
Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP)

Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP)

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto
Universidade de Brasília (UnB)

DEDICO

À Francine Danielle Rosa (in memorian), o pleno significado da palavra “saudade” e à pequenina Isabella, sinal visível da graça de Deus, a qual sempre é acompanhada pelo sentimento de esperança.

AGRADECIMENTOS

Ao Deus Altíssimo por demonstrar em tempos de adversidade o controle sobre todas as coisas e assim dar novos sentidos a coisas antigas que já não possuíam valor.

Aos meus pais, Saulo de Tarso Rosa e Sandra Amália Leite Rosa, pelo apoio, compreensão e esforço para tornar viável o meu sonho de ser mestre em direito, mesmo no período mais conturbado de nossas vidas.

À minha namorada, Thais Mirene, pelo companheirismo e pelas sucessivas leituras do presente trabalho.

À minha orientadora, Profa. Dra. Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega pelo apoio ao longo de todo caminho percorrido e pelas colocações parcimoniosas acerca do tema.

Aos queridos amigos Prof. Dr. José Querino Tavares Neto, Profa. Dra. Silvana Beline Tavares e Prof. Dr. Juventino de Castro Aguado pelo carinho, amizade, indicação e empréstimo de algumas obras fundamentais para a confecção do presente trabalho.

À todos os colegas e funcionários da Universidade de Ribeirão Preto com quem tive o prazer de conviver por dois anos.

Ainda que minha carne e o meu coração desfaleçam, Deus é a fortaleza do meu coração e a minha herança para sempre.

Salmo 73:26

RESUMO

ROSA, W. L. *O desenvolvimento constitucional dos estados-parte do mercosul e as conseqüências da tutela do consumidor e do meio ambiente na ordem econômica*. 2008. 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto.

O presente trabalho tem por escopo analisar as opções, a evolução e a realidade do constitucionalismo dos Estados-parte do Mercosul, demonstrando algumas implicações no processo de integração. Busca-se aferir mediante uma visão histórica as causas e conseqüências da institucionalização efêmera e do constitucionalismo tardio na formação de um bloco econômico composto exclusivamente por países em desenvolvimento, cujas muitas dificuldades sócio-econômicas tornam-se empecilhos à aproximação de alguns países. Derradeiramente, verifica-se a postura constitucional de cada um dos Estados-parte do Mercosul ante a estruturação e a tutela da ordem econômica, mormente no que tange à defesa do consumidor e do meio ambiente, evidenciando a disparidade entre as legislações e mostrando alguns caminhos que podem levar à harmonização legislativa.

Palavras-chave: constitucionalismo; ordem econômica; Mercosul; Estados-parte.

RESUMEN

ROSA, W. L. *O desenvolvimento constitucional dos estados-parte do mercosul e as conseqüências da tutela do consumidor e do meio ambiente na ordem econômica*. 2008. 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto.

Este trabajo tiene como finalidad examinar las opciones , la evolución y la realidad del Constitucionalismo de los Estados- parte del Mercosur , demostrando algunas de sus implicaciones en el proceso de integración .Se busca descubrir , por medio de una visión histórica, las causas y consecuencias de la institucionalización pasajera y fragil del Constitucionalismo tardío en la formación de un bloco económico compuesto únicamente por países en desarrollo y cuyas dificultades socio-económicas , que son muchas , se transforman en obstáculos para el acercamiento de otros países. Finalmente , se constata la postura constitucional de cada uno de los Estados –parte del Mercosur ante la estructuración y la tutela del orden económico , especialmente en lo que se refiere a la defensa del consumidor y del medio-ambiente , dejando muy claro que existe una grande diferencia entre las distintas legislaciones y mostrando algunos caminos que pueden generar la armonización legislativa.

Palabras – clave :Constitucionalismo ; Orden Económico ; Mercosur ; Estados – parte .

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. AS OPÇÕES CONSTITUCIONAIS DOS ESTADOS-PARTE DO MERCOSUL E SUAS CONSEQÜÊNCIAS NA FORMAÇÃO DE UM MERCADO COMUM.....	14
1.1. “CONSTITUIÇÃO”: UM TERMO COM VÁRIAS ACEPTÕES.....	16
1.2. AS CARACTERÍSTICAS CONSTITUCIONAIS SOB A ÓPTICA JURÍDICA	23
1.2.1. Constituições materiais	24
1.2.2. Constituições formais.....	26
1.2.3. Constituições instrumentais	28
1.3. CLASSIFICAÇÃO SOB O PRISMA DO CONTEÚDO MATERIAL	29
1.4. CLASSIFICAÇÃO SOB O PRISMA FORMAL	34
1.5. CLASSIFICAÇÃO SOB O PRISMA INSTRUMENTAL.....	39
2. CONSTITUCIONALISMO TARDIO: CAUSA OU CONSEQÜÊNCIA DA INSTITUCIONALIZAÇÃO EFÊMERA? ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA INTEGRAÇÃO NO MERCOSUL	43
2.1. O CONSTITUCIONALISMO E A SUA RELEVÂNCIA TRANSFORMADORA.....	44
2.1.1. Breves considerações acerca dos movimentos constitucionalizantes	44
2.1.2. Evolução histórica.....	45
2.2. 2.2. O DESENVOLVIMENTO CONJUNTO DOS PAÍSES LATINO-AMERICANOS NO CONTEXTO DO MERCOSUL E A RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA.....	48
2.3. O CONSTITUCIONALISMO NOS PAÍSES DO MERCOSUL.....	58
2.3.1. Influências constitucionais dos países do Mercosul	65
2.3.2. A evolução do constitucionalismo nos Estados-parte do Mercosul.....	68
2.3.3. O constitucionalismo argentino.....	71
2.3.4. O constitucionalismo brasileiro.....	75
2.3.5. O constitucionalismo paraguaio	86
2.3.6. O constitucionalismo uruguaio	89

2.3.7. O constitucionalismo venezuelano e a adesão da Venezuela ao Mercosul	92
3. A IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS COLETIVOS PARA A MANUTENÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA NOS PAÍSES DO MERCOSUL	91
3.1. CONCEITO DE ORDEM ECONÔMICA	101
3.2. INTERVENCIÓNISMO ESTATAL NA ORDEM ECONÔMICA: OS DIREITOS HUMANOS DE TERCEIRA GERAÇÃO COMO PARADIGMA PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL	102
3.3. A ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA.....	106
3.4. A DEFESA DO CONSUMIDOR COMO PRINCÍPIO INFORMADOR DA LIVRE INICIATIVA NOS ESTADOS-PARTE DO MERCOSUL	110
3.4.1. A defesa do consumidor no Brasil	112
3.4.2. A defesa do consumidor na Argentina.....	116
3.4.3. A defesa do consumidor no Paraguai.....	121
3.4.4. A defesa do consumidor no Uruguai.....	123
3.4.5. Algumas perspectivas para o direito do consumidor mercosulino	129
3.5. A PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE COMO DIRETRIZ PARA A LIVRE INICIATIVA NOS ESTADOS-PARTE DO MERCOSUL	132
3.5.1. A tutela do meio ambiente no Brasil.....	141
3.5.2. A tutela do meio ambiente na Argentina.....	147
3.5.3. A tutela do meio ambiente no Paraguai	150
3.5.4. A tutela do meio ambiente no Uruguai	153
3.5.5. Algumas perspectivas para o direito ambiental comunitário do Mercosul	154
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	159
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	165

INTRODUÇÃO

Diante da tendência impositiva do processo de globalização, é muito difícil imaginar, hoje em dia, que um país viva isoladamente sem manter relações multilaterais com o resto do mundo, mesmo porque, somente através da grande circulação de produtos e serviços é que uma nação pode se desenvolver economicamente, o que só ocorre por meio da conquista de novos mercados consumidores (mercados externos).

Desse modo, toda e qualquer atitude tendente ao isolacionismo pode deixar um país à margem do desenvolvimento econômico e humano, uma vez que essa postura além de barrar os aspectos negativos da globalização, pode inviabilizar as suas benesses, o que implica na estagnação de diversos setores econômicos e sociais (ALVES, 2002).

Aparte posições político-ideológicas, são exemplos nítidos de países que optaram pelo isolacionismo: Cuba e Coréia do Norte. Esses países não sofrem tanto com alguns aspectos negativos da globalização, a saber: a massificação econômica; o padrão da moda; a opressão pelo consumismo; o aviltamento cultural etc. Por outro lado, enfrentam graves dificuldades financeiras, já que, por não possuírem relações estreitas com diversos países ao redor do mundo, não modernizaram suas cadeias produtivas, conseqüentemente não agregaram valor aos seus produtos e continuam comercializando bens primários, com baixo valor no mercado externo.

Importante frisar, desde já, que a globalização é um processo policêntrico, que não pode ser observado exclusivamente sob o prisma jurídico ou econômico, antes envolve várias realidades, quais sejam: política, tecnologia, militar, cultural, ambiental. O policentrismo explica a função de *vários subsistemas globalizados autônomos*, articulados com a política internacional e em rede com outros subsistemas parciais globais (CANOTILHO, 2006). Em face disso, inúmeros estudos indicam o surgimento de vários “novos constitucionalismos”, os quais cuidam especificamente de questões de interesse coletivo. Assim, não há apenas uma globalização, mas sim várias, as quais obedecem a seus próprios princípios (GRÜN, 2006).

O cerne dessa tendência globalizadora está na aproximação de povos circunvizinhos, os quais atualmente estão se aproximando economicamente com o intuito de criar blocos regionais, visando fortalecer mutuamente as economias dos seus países.

É preciso discernir integração de globalização, pois enquanto esta, seja em seu

aspecto geral, seja em sua dimensão mais jurídica, constitui um fenômeno, a integração regional (um dos pilares do presente estudo) constitui acima de tudo uma estratégia política (FREITAS JÚNIOR, 2002) com o escopo de fomentar o crescimento econômico e o desenvolvimento humano. Na verdade, a integração foi a forma encontrada pelos governantes de se aproveitar do fenômeno “globalização” com o intuito de satisfazer as necessidades sociais e econômicas de seus Estados.

Levando em conta a característica eminentemente jurídico-econômica dessa aproximação, é necessário ter em mente que, além da busca pelo desenvolvimento mútuo, qualquer processo de integração deve ser acompanhado por um rigoroso processo conscientização e respeito aos direitos humanos, os quais devem ser os estandartes para o fortalecimento de qualquer bloco.

É premente o respeito e a tutela desses direitos, principalmente aqueles que envolvem interesses coletivos, já que a sua não observância pode implicar em lesão a outras populações pertencentes aos países-parte (vizinhos). O desrespeito aos direitos humanos (direitos do consumidor e do meio ambiente) pode, inclusive, levar um bloco à extinção, vez que possui conseqüências econômicas e sociais claras.

Saliente-se que o constitucionalismo pós-moderno assumiu responsabilidades muito maiores do que aquelas consignadas nos primeiros Textos Fundamentais, já que o Estado passou a se preocupar com indivíduos que não estão diretamente submetidos à sua soberania, antes teve de conviver com uma gama de direitos que, em outros momentos, sequer eram reclamados.

Por isso, antes de se falar em um constitucionalismo comunitário ou em princípios gerais constitucionais em nível comunitário, é forçoso apreciar como cada Estado interessado na integração mercosulina trata internamente a questão dos direitos coletivos sob a óptica econômica, ou seja, é necessário aferir em qual nível se encontra a tutela dos direitos humanos (de terceira geração) em face da liberdade de iniciativa.

É crucial aferir se os membros estão efetivamente preocupados em tutelar os direitos do consumidor e do meio ambiente ou se tais manifestações são apenas “retórica constitucional”, ou nem isso. Verdadeiramente, o que se pretende é identificar os diversos níveis de tutela de tais direitos coletivos dentro do bloco, ressaltando as semelhanças e as aparentes antinomias sistêmicas, para que assim, mediante o avanço normativo supranacional, seja possível harmonizar os interesses dos cidadãos mercosulinos.

Ademais, é premente notar as características de cada uma das Constituições dos Estados-parte do Mercosul, apontando as principais diferenças e as mais elementares

afinidades entre elas, para que sejam traçados os caminhos para a estruturação de um bloco que efetivamente respeita e zela pelos direitos humanos. A partir desse exame será razoável afirmar que as opções constitucionais de cada país determinam a postura a ser adotada perante esse espírito integracionista.

Embora alguns tratem o constitucionalismo moderno (estatal) como algo prestes a ser suprimido por uma ou várias constituições globais, a abordagem de algumas questões, pelo menos da forma em que se apresentam no presente momento, tenderão à adaptação do constitucionalismo nacional, isto é, mesmo com a formação de blocos econômicos, as tendências são a manutenção do valor e função das constituições estaduais.

É o que os europeus vêm chamando de interconstitucionalidade, ou seja, há uma aproximação entre os Estados e seus povos dentro de um mesmo bloco sem que haja o extermínio das constituições locais. Destarte, haverá relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político (CANOTILHO, 2006).

De acordo com esse entendimento, as constituições nacionais serão preservadas, mas precisarão ser remodeladas cedendo competências e assumindo novas atribuições. Daí a importância de se analisar individualmente as características das Cartas Magnas de cada um dos Estados-parte do Mercosul.

Em face disso, é inafastável a análise do desenvolvimento constitucional de cada um dos países que compõem o Mercado Comum, haja vista que, ao contrário dos países europeus, tiveram no constitucionalismo um viés emancipacionista, carregado de normas organizacionais, visto que, até a independência, as colônias não haviam experimentando da auto-organização. Assim, até então, esses países viveram sobre a batuta das nações européias que ditavam modelos institucionais precários, sem qualquer funcionalidade, apenas interessados em satisfazer os interesses das coroas ibéricas.

Nesse mesmo liame, é importante destacar o progresso político-institucional dos países mercosulinos, citando a fragilidade das instituições, as quais, pelas inconstâncias políticas, acabam sendo efêmeras, sem qualquer identidade com a vontade da coletividade. Isso faz com que os cidadãos não confiem plenamente naquilo que está disposto na legislação, porquanto essas garantias podem a qualquer momento deixar de existir. Daí surge a seguinte questão: a estrutura institucional efêmera aliada ao constitucionalismo tardio é uma das causas do desrespeito aos direitos humanos de terceira geração (defesa do consumidor e do meio ambiente)?

Somente a partir desta análise que se terá a real noção da viabilidade de um

projeto de integração econômica, haja vista que muitos fatores podem influenciar a relação entre os mercados e, conseqüentemente, determinar a aproximação ou o afastamento entre Estados.

Derradeiramente, no que tange aos Estados-parte do Mercosul, é imperioso estudar detalhadamente a forma pela qual cada um deles trata constitucionalmente a questão econômica, mormente naquilo que diz respeito aos direitos humanos de incidência coletiva como parâmetro para a livre iniciativa e responder à questão: como harmonizar a discrepância jurídica no trato de tais questões entre os Estados do bloco?

Para isso, serão minuciadas as características de cada uma das Constituições vigentes no Mercosul, apontando, de maneira clara, a compatibilidade entre seus textos e sua realidade existencial. Depois, vislumbrar-se-á a evolução constitucional de cada Estado-parte, salientando as dificuldades e a institucionalização efêmera da região. Por fim, serão confrontados os problemas constitucionais do passado e de presente, aspirando compreender as implicações disso na globalização que ora se apresenta. Depois disso, espera-se estabelecer perspectivas razoáveis sobre o futuro da integração mercosulina e identificando os problemas que, até o presente momento, impediram o Mercosul deslanchar como bloco econômico.

É preciso ressaltar, desde já, que o presente trabalho tem seu principal foco no direito constitucional interno dos Estados-parte do Mercosul, embora no transcurso de seu texto possa haver estudos relacionados com o direito: ambiental, do consumidor, processual coletivo e internacional.

Tais ponderações acerca do presente tema foram tecidas por meio da utilização do método dedutivo-bibliográfico, no qual através da observação e comparação de textos legais e de obras literárias específicas, foram aplicadas regras de interpretação dogmático-jurídicas, partindo-se de uma observação analítica, chegando-se em um conteúdo sistemático.

1. AS OPÇÕES CONSTITUCIONAIS DOS ESTADOS-PARTE DO MERCOSUL E SUAS CONSEQÜÊNCIAS NA FORMAÇÃO DE UM MERCADO COMUM

Desde os primórdios do constitucionalismo, muitas foram as ilações acerca da natureza, dos mecanismos e das classificações de uma Constituição, tudo isso buscando atender satisfatoriamente os interesses dos detentores e dos destinatários do poder. Todavia, até mesmo atualmente, não é possível determinar um modelo ideal de Constituição, antes, cabe aos estudiosos apontar as qualidades e as falhas naqueles modelos que já foram criados, para que, assim, se possa arquitetar um Estatuto Fundamental para cada tipo de Estado.

Nesse mister, é imperioso definir o que se entende por Constituição; não a identificando como um mero livro (ou uma folha de papel como preferem alguns) que contém artigos de conteúdo supremo voltados a atender as principais necessidades de um povo e que, por conta disso, é tributável de respeito por parte das demais normas de um ordenamento jurídico, mas sim o que representa esse Estatuto Fundamental para uma sociedade.

Essa compreensão fica um pouco mais facilitada quando alguns estudiosos afirmam que qualquer grupo organizado “é” uma Constituição¹, isto é, não há Estado sem Constituição, pois aquele, por mais rudimentar que seja, exige uma estrutura mínima para a condução da sociedade². O que se quer dizer na verdade é que a Constituição de um Estado independe de um documento formal, pois está ligada à essência de uma comunidade.

Para melhor ilustrar o que ocorreu durante o constitucionalismo (que se deu em momentos distintos em cada país) pegue-se o seguinte caso hipotético: suponha-se que algumas pessoas começam a se reunir com o fim de prestar culto a uma nova divindade. Nos primeiros encontros, todas elas estarão num mesmo patamar de importância, uma vez que nenhuma delas possui maior relevância do que as outras dentro desta comunidade. Passadas algumas reuniões, o grupo começa a crescer e alguns indivíduos começam a se destacar pela prestatividade demonstrada. Posteriormente, essas pessoas de destaque passam a ser tidas como líderes e, por conseguinte, os simples devotos começam a se submeter a autoridade daqueles. Por fim, a estrutura está tão definida que os fiéis estatuem formalmente a nomenclatura designativa daqueles líderes, padronizam o ritual de culto, estabelecem um local para as reuniões, definem os dogmas etc.

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 1113.

² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 63.

Embora seja um pouco elementar a comparação, ocorre que, na realidade, a sociedade, o poder e a ordem já existiam antes mesmo do surgimento das primeiras constituições. “Consciente o inconscientemente, estas convicciones y formas de conducta representan los principios sobre los que se basa a relación entre los detentores y destinatarios del poder³”. Por isso, não se deve entender a Constituição sob um único prisma, mas sim averiguar todas as facetas desse importante instrumento de justiça e poder.

Inicialmente, a Constituição visava apenas a institucionalização jurídica do poder. Somente no século XVIII, “[...] se encara a Constituição como um conjunto de regras jurídicas definidoras das relações (ou da totalidade das relações) do poder político, do estatuto de governantes e dos governados [...]”⁴. No século XX, as constituições se universalizam e passam a trazer conteúdos distintos daqueles que inicialmente permeavam os textos originários, dentre eles, o sistema financeiro, o meio ambiente etc.

Para Loewenstein:

La historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder, así como el esfuerzo de establecer una justificación espiritual, moral o ética de la autoridad, en lugar del sometimiento ciego a la facilidad de la autoridad existente⁵.

Perante o fenômeno constitucional, basicamente, duas foram as atitudes dos povos: a cognoscitiva ou a voluntarista. A primeira se limitou a descrever a estrutura jurídico-política já existente no Estado (Constituições norte-americana e britânica). Enquanto a segunda, criou normas jurídicas para que houvesse uma legítima transformação das condições políticas e sociais. Nesta, a nova organização coletiva visava substituir a ordem anterior, seja pela mudança de paradigma, seja pela restauração política⁶. Assim, se em alguns casos a Constituição serviu apenas para institucionalizar aquilo que já existia, em outros ela foi estopim para o surgimento de significativas mudanças políticas e sociais.

Ressalte-se, desde já, que o presente capítulo não tem por finalidade estabelecer um novo conceito nem, tampouco, criar uma classificação revolucionária em torno da Constituição. O que se almeja é a análise detida sobre os prós e os contras das características das Constituições mercosulinas, evidenciando-se aquilo que é relevante para compreender o conteúdo dos Textos Magnos.

³ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitucion*. Madrid: Ariel, p. 150.

⁴ MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 319.

⁵ LOEWENSTEIN, op. cit., p. 150.

⁶ MIRANDA, 2003, op. cit., 320.

1.1. “CONSTITUIÇÃO”: UM TERMO COM VÁRIAS ACEPÇÕES

Em razão do termo “Constituição” ser equívoco, a noção preliminar que se tem é que se trata do modo pelo qual “[...] se constitui uma coisa, um ser vivo, um grupo de pessoas; organização⁷”. Tal expressão deriva do latim “[...] *constitutio*, de *constituere* (construir, formar, organizar), possui, em sentido geral, a sinonímia de *compleição* ou de *composição*, o que dá a idéia de um *todo formado* ou *construído* [...]”⁸. Frise-se que o termo romano *constitutio* servia “[...] para designar as manifestações de vontade normativa do grau mais elevado emanadas diretamente da autoridade do *princeps*”⁹.

Não obstante a raiz axiológica daquilo que, juridicamente, se chama “Constituição” seja a mesma da noção supramencionada, o que se busca é o entendimento um pouco mais acurado daquilo que corriqueiramente é chamado de “Estatuto Básico”, “Lei Fundamental”, “Carta Magna” etc. Por conta disso, muitos se aventuraram a tentar estabelecer um conceito, ou melhor, uma definição, que pudesse aglutinar em poucas palavras tudo aquilo que representa uma Constituição para um Estado.

Preliminarmente, buscando uma visão global do assunto, pode-se dizer que “Constituição” é a:

Principal lei fundamental da organização política de uma nação soberana, consistente num conjunto sistemático de normas que determinam a sua forma de governo, instituem os poderes públicos, regulam as suas funções, asseguram as garantias e a independência dos cidadãos em geral e estabelecem os direitos e deveres essenciais e recíprocos entre eles e o Estado¹⁰.

No mesmo liame, Hesse contribui afirmando que:

La Constitución es el *orden jurídico fundamental de la Comunidad*. La Constitución fija los principios rectores con arreglo a los cuales se debe formar la unidad política y se deben asumir las tareas del Estado. Contiene

⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 141.

⁸ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 208.

⁹ GHISALBERTI apud FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 76.

¹⁰ BRASIL, Celso. *Dicionário jurídico de bolso*. Campinas: Cel-Lex, 2000. p. 110.

los procedimientos para resolver los conflictos en el interior de la Comunidad. Regula la organización y el procedimiento de formación de la unidad política y la actuación estatal. Crea las bases y determina los principios del orden jurídico en su conjunto¹¹.

Embora não fuja daquilo que habitualmente se discorre sobre a definição de “Constituição”, esses conceitos enfrentam críticas, pois levam em conta apenas a Constituição como instrumento organizador do Estado (sentido jurídico), se esquecendo de outros que precedem a elaboração de qualquer documento fundamental, uma vez que, apesar da Constituição ser a base do direito positivo, o seu fundamento é anterior ao *jus positivum*.

Com efeito, numa *perspectiva sociológica*, a Constituição é um instrumento real de poder, sob a qual forças político-econômicas ditam os caminhos a serem seguidos por um Estado. Assim, aquilo que se transcreve em um Documento Fundamental deve ser apenas reflexo das forças sociais que efetivamente detêm o poder. A essas forças sociais Lassalle deu o nome de *fatores reais de poder* (Constituição real) que, como tais, conduzem “[...] tôdas as leis e instituições jurídicas da sociedade em aprêço, determinando que *não possam ser*, em substância, *a não ser tal como elas são*¹²”.

Em outras palavras é dizer que a verdadeira Constituição não está relacionada com o acumulado de normas de valor supremo detidas em um documento visível, mas, encontra-se adstrita à soma dos fatores reais de poder que regem um país, em razão da força militar, política, econômica etc. Ademais, de acordo com o sentido sociológico, o instrumento jurídico chamado “Constituição” só possui efetividade quando seus preceitos tiverem compatibilidade com aquilo que os fatores reais de poder determinam, do contrário, a Lei Fundamental não passará de mera *folha de papel*.

Comentando esse assunto Temer salienta que:

A efetividade derivaria dos fatores *reais* de poder. Espelha o poder. A Constituição efetiva é o fato social que lhe dá alicerce. Assim, a *folha de papel* – a Constituição efetiva (isto é, aquele somatório de poderes gerador da *folha de papel*) houver coincidência; quando tal não ocorrer, prevalecerá sempre a vontade daqueles que titularizam o poder. Este não deriva da *folha de papel*, da Constituição escrita, mas dos *fatores reais de poder*¹³.

A dita efetividade da Constituição advém da junção entre os fatores reais de poder com a transcrição de sua vontade em um documento visível, que tornarão *folhas de*

¹¹ HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Tradução de Pedro Cruz Villalon. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 16.

¹² LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma constituição?* Tradução de Walter Stöner. Porto Alegre: Villa Martha, 1980. p. 19.

¹³ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 17.

papel em verdadeiros direitos e legítimas instituições jurídicas, ao passo que, quem atentar contra eles atenta contra a lei e, por conseguinte, será punido¹⁴. Caso o Texto constitucional não possua sincronia entre os fatores reais de poder e aquilo que se dispôs, certamente, dentro de um lapso temporal, os dispositivos lá formalizados tornarão a ser contrariados e modificados conforme os sabores dos detentores do poder. Sinteticamente, se a Constituição escrita contraria a Constituição real, mais cedo ou mais tarde esta sobrepor-se-á àquela.

A esse respeito é possível exemplificar utilizando os países latino-americanos, os quais, com significativa frequência, experimentam alternância de governos autoritários e semi-democráticos. Por consequência, periodicamente, novas Cartas são elaboradas, trazendo consigo inúmeros direitos em face do Estado, que, aos poucos, vão perdendo sua força vinculante, e logo caem no esquecimento.

Lassalle ilustra esse descompasso através da seguinte parábola:

Podem os meus ouvintes plantar no seu quintal uma macieira e segurar no seu tronco um papel que diga: *Esta árvore é uma figueira*. Bastará esse papel para transformar em figueira o que é macieira? Não, naturalmente. E embora conseguissem que seus criados, vizinhos e conhecidos, por uma razão de solidariedade, confirmassem a inscrição existente na árvore de que o pé plantado era uma figueira, a planta continuaria sendo o que realmente era e, quando desse fruto, êstes destruiriam a fábula, produzindo maçãs e não figos¹⁵.

Desta feita, ao se elaborar uma Constituição deve-se tomar as devidas precauções para que o seu Texto não fique impraticável, sem qualquer lastro dos fatores reais de poder, porquanto, na ausência destes, sequer criará uma Constituição, tornando inócua qualquer pretensão de mudança social. Sob esse paradigma, Loewenstein destaca a existência de Constituições normativas, nominais ou semânticas.

Para ele, as *Constituições normativas* são aquelas em que o processo de poder se adapta às normas constitucionais e se lhes submete, isto é, a Constituição formal transforma a Constituição real limitando efetivamente o poder político. Noutros termos, em “[...] una constitución normativa: sus normas dominan el proceso político o, a la inversa, el proceso del poder se adapta a las normas de la constitución y se somete a ellas¹⁶”.

As *Constituições nominais* são aquelas que não conseguem adaptar as suas normas à dinâmica do processo político, pelo que ficam sem realidade existencial, haja vista

¹⁴ LASSALLE, op. cit., p. 35.

¹⁵ Ibid, p. 68.

¹⁶ LOEWENSTEIN, op. cit., p. 217.

que, embora possuam a intenção de limitar o poder político, não conseguem em razão da resistência da Constituição real. “La función primaria de la constitución nominal es educativa; su objetivo es, en un futuro más o menos lejano, convertirse en una constitución normativa y determinar realmente la dinámica del proceso del poder en lugar de estar sometida a ella¹⁷”.

Diante disso, é possível afirmar que a Constituição brasileira e a argentina são nominais, já que vislumbram um estágio posterior a sua realidade e, ao mesmo tempo, prepara a presente geração para um futuro político diferente. Contudo, o que se vê é que os fatores reais de poder não foram plenamente “domados”, visto que o caudilhismo e o caciquismo político ainda possuem muita força nesses países.

As *Constituições semânticas* são aquelas cuja realidade ontológica é a formalização da situação do poder político existente em benefício exclusivo dos detentores de fato desse poder. Servem apenas para estabilizar e eternizar a intervenção dos dominadores de fato na comunidade. Exemplo desta espécie de Carta é a atual Constituição venezuelana, na qual o governo Chávez, apoiado por uma maioria artificial de congressistas (perseguição de opositores), manipula o Documento Fundamental venezuelano de acordo com os seus interesses.

Nessa esteira, Loewenstein fornece o caminho para se identificar uma Constituição semântica:

En las constituciones semánticas, sin embargo, se dan síntomas seguros que permiten reconocer su carácter ontológico: cuando el presidente del Estado puede permanecer sin limitación temporal en su cargo; cuando está autorizado a poner su veto a las decisiones de la asamblea legislativa, sin que, en último término, se recurra a la decisión del electorado; cuando la confirmación de las decisiones políticas fundamentales está reservada a plebiscitos manipulados, en lugar de un parlamento libremente elegido; cuando en las elecciones está permitido solamente un partido¹⁸.

Inobstante os esclarecimentos supra-fornecidos acerca da Constituição no seu sentido sociológico, analisando as acepções do termo *Constituição*, Ferreira Filho assevera que “[...] a matéria da Constituição é política. Ela rege o Poder. Mas sua forma é jurídica. É a lei suprema¹⁹”.

Assim, considerando-se o *sentido político*, Schmitt ensina que a Constituição nada mais é que a decisão política fundamental de um povo, na qual este, em conjunto,

¹⁷ LOEWENSTEIN, op. cit., p. 218.

¹⁸ Ibid, p. 219

¹⁹ FERREIRA FILHO, 2004, op. cit., p. 78.

determinam a forma de existência da unidade política, o que permite distinguir o Documento Fundamental das demais leis constitucionais. Desse modo, as leis constitucionais são assim consideradas como aqueles dispositivos legais transcritos na Constituição que não possuem ligação direta com a decisão política fundamental²⁰.

De acordo com essa concepção, uma vez estabelecido o pacto social, é necessário que os componentes da comunidade se submetam a um poder, para que, assim, os objetivos comuns sejam realizados, estabelecendo-se a organização do governo e as limitações deste para a preservação das garantias individuais.

Comungando deste entendimento, Sieyès defende que:

A Constituição é obra do consentimento dos homens. Ela é gerada pela vontade do povo, expressão coletiva da liberdade natural de cada um de seus integrantes. O povo, porque é livre, tem o poder de estabelecer o contrato social, tem o poder de constituir (e limitar) o Poder. Tem o *poder constituinte*²¹.

A Constituição política pressupõe a auto-organização de um povo, o qual passa a ser capaz de ditar suas próprias leis e estabelecer os órgãos que lhe são pertinentes. Caso seja originária, a Lei Fundamental pode ser elaborada sem estar adstrita às formas ou condições de um ordenamento jurídico anterior, dando ouvidos somente ao direito natural, ou como preferem os positivistas kelsenianos, à norma fundamental hipotética.

No entendimento de Temer, o sentido político do termo “Constituição” refere-se “[...] a manifestação de um poder (o constituinte) que decida a respeito da forma de ser do Estado, de seus alicerces, de sua estrutura básica, de sua conformação fundamental. Tudo como fruto da *decisão política* que é tomada em certo momento²²”.

Sumariamente, para os que compreendem a Constituição sob a óptica política, ela é uma decisão política fundamental, tomada num determinado momento da história de um povo, com o escopo de organizar as atividades do Estado e limitar o poder deste. Frise-se que, “Nesse conceito político, Constituição não se confunde com Leis Constitucionais, sendo esta última denominação reservada àqueles dispositivos que, embora inseridos em uma Lei Maior, não expressam decisões políticas fundamentais de um Estado²³”.

Ainda, dentro da perspectiva política e com uma visão institucional, é possível afirmar que a constituição é o conjunto de princípios e preceitos sobre o qual o poder político

²⁰ SCHIMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1982. p. 29 e ss.

²¹ apud FERREIRA FILHO, 2004, op. cit., p. 82.

²² TEMER, op. cit., p. 18.

²³ CHIMENTI, R. C. et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 3.

repousa. São eles que tornam patente e perene instituição do Estado, independentemente das circunstâncias e da vontade dos detentores do poder. Esses princípios se aproximam da concepção das Leis Fundamentais de Europa cristã.

Temos ainda de falar do *sentido jurídico* dado ao termo “Constituição”, que nesse campo é entendido como:

*A constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias*²⁴.

De acordo com o pensamento kelseniano, a Constituição deve ser entendida como:

[...] *norma pura*, puro *dever-ser*, sem qualquer pretensão a fundamentação sociológica, política ou filosófica. A concepção de Kelsen toma a palavra constituição em dois sentidos: no *lógico-jurídico* e no *jurídico-positivo*; de acordo com o primeiro, constituição significa *norma fundamental hipotética*, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da validade da constituição *jurídico-positiva* que equivale à norma positiva suprema, conjunto de normas que regula a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau²⁵.

Explica-se, para Kelsen, defensor desta concepção, a validade de uma norma está intrinsecamente ligada à existência de uma outra norma que a precede, fazendo assim a ligação entre aquela e a norma fundamental hipotética. Com efeito, a Constituição jurídica é o elo entre a norma fundamental hipotética (situada no plano lógico-jurídico) e as demais normas (situadas no plano jurídico-positivo) espalhadas pelo ordenamento jurídico. Noutros termos, “[...] uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela²⁶”.

Chamamos de norma *fundamental* a norma cuja validade não pode ser derivada de uma norma superior. Todas as normas cuja validade podem ter sua origem remontada a uma mesma norma fundamental formam um sistema

²⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 39.

²⁵ *Ibid*, p. 39.

²⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Título original: *Reine rechtslehre*. p. 246.

de normas, uma ordem. Esta norma básica, em sua condição de origem comum, constitui o vínculo entre todas as diferentes normas em que consiste uma ordem. Pode-se testar se uma norma pertence a certo sistema de normas, a certa ordem normativa, apenas verificando se ela deriva sua validade da norma fundamental que constitui a ordem. Enquanto um enunciado de *ser* é verdadeiro porque está de acordo com a realidade da experiência sensorial, um enunciado de *dever ser* é uma norma válida apenas se pertencer a tal sistema válido de normas, se puder ser derivado de uma norma fundamental pressuposta como válida²⁷.

De acordo com o *sentido jurídico* dado à Constituição, descarta-se o sentido sociológico preconizado por Lassale, uma vez que o fundamento de uma norma não está no *ser* (fatores reais de poder), ou seja, validade não é sinônimo de eficácia²⁸. Da mesma forma, fica prejudicado o sentido político apregoado por Schmitt, pois o fundamento de uma norma não advém de um fato, mas sim de uma outra norma, conforme já se afirmou. Em consequência disso, o pensamento kelseniano expurga qualquer possibilidade de se valer de mecanismos políticos ou sociológicos para explicar o que é uma Constituição, porque esta encontra esteio no plano jurídico.

Todavia, Silva exorta que “O sentido jurídico de constituição não se obterá, se a apreciarmos desgarrada da totalidade da vida social, sem conexão com o conjunto da comunidade²⁹”. Incorre em acerto o autor brasileiro ao tecer tal comentário, vez que a unilateralidade do sentido jurídico faz com que a Constituição seja entendida como um documento criado e aplicado fora da realidade, por exemplo, a Constituição brasileira dispõe que os juros não podem passar de 12% ao ano, contudo, o Judiciário já decidiu que esta norma não se aplica aos bancos. Certamente, no conteúdo da norma fundamental hipotética está o corolário da isonomia, entretanto, a realidade dos fatores reais de poder (bancos, os detentores do poder econômico) obriga que até mesmo a Constituição se curve aos seus pés.

“Sendo o Estado comunidade e poder, a Constituição material nunca é apenas a Constituição *política*, confinada à organização política. É também Constituição *social*, estatuto da comunidade perante o poder ou da sociedade politicamente conformada³⁰”. Assim, “onde está o fenômeno *político*, aí está o fenômeno *constitucional*. Logo, se o político (por causas que não cabe agora inventariar) se alarga, o fenômeno constitucional alarga-se

²⁷ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992. Título original: *General theory of law and state*. p. 116.

²⁸ Como já se afirmou, Lassalle atribui validade e eficácia somente às normas que estivessem em acordo com os fatores reais de poder, porquanto, se assim não fosse, estariam fadadas ao descumprimento e à revogação.

²⁹ SILVA, 2003, op. cit., 39.

³⁰ MIRANDA, 2003, op. cit., p. 328.

forçosamente³¹” e, conseqüentemente, a esfera jurídica da Constituição.

Não obstante ser passível de críticas, o sentido jurídico dado a constituição é o mais difundido e o que melhor enquadra as finalidades de um Documento Fundamental. Tal aceção ainda comporta três sub-conceitos: *jurídico material*, *jurídico formal* e *instrumental* os quais serão analisados em minúcias mais adiante.

Por hora, importante fixar que a Constituição é a:

[...] organização sistemática dos elementos constitutivos do Estado, através da qual se definem a forma e a estrutura deste, o sistema de governo, a divisão e o funcionamento dos poderes, o modelo econômico e os direitos, deveres e garantias fundamentais, sendo que qualquer outra matéria que for agregada a ela será considerada formalmente constitucional³².

Derradeiramente, é imperioso afirmar que, nesses moldes, o primeiro documento estatal a imprimir essa concepção foi a *Magna Carta* de 1215 como *constitutio libertatis*, a qual não atingiu o conceito jurídico em sua plenitude, mas limitou poderes e reconheceu garantias fundamentais pugnadas pela burguesia emergente.

1.2. AS CARACTERÍSTICAS CONSTITUCIONAIS SOB A ÓPTICA JURÍDICA

Conforme já se assinalou, a Constituição no seu *sentido jurídico* pode ser caracterizada em três perspectivas: material, formal e instrumental. A perspectiva material preocupa-se com o conteúdo, já a perspectiva formal esboça a superioridade dos dispositivos, ao passo que, a perspectiva instrumental corresponde a percepção acerca de um documento visível. Em suma, cada uma delas decorre de um ponto de vista distinto sobre um mesmo objeto. Frise-se mais uma vez, que não é a finalidade do presente trabalho estabelecer uma nova concepção do termo “Constituição”, tampouco estabelecer uma nova classificação, antes, visa facilitar a compreensão dos alicerces dos Estatutos Fundamentais mercosulinos.

1.2.1. Constituições materiais

³¹ Ibid, 2003, p. 329.

³² ARAUJO, L. A. D.; NUNES JÚNIOR, V. S. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 3.

Concebida em meio aos movimentos revolucionários do século XVIII, a Constituição material trouxe consigo os ditames liberais daquela época, que, embora muito vagamente, tutelavam as ações dos governantes e estabeleciam algumas garantias aos governados. A transformação do constitucionalismo nessa época fez com que os cidadãos tivessem direitos em face do soberano, ao passo que o poder, que outrora se concentrava somente nas mãos deste, se dividisse entre vários órgãos.

Isso se deu por conta da influência dos pensadores do constitucionalismo liberal, os quais afirmaram que o Estado só poderia se tornar um Estado constitucional quando os indivíduos pudessem usufruir de liberdade, segurança e propriedade, contando ainda com a divisão entre diversos órgãos dos poderes que antigamente estavam concentrados nas mãos de um governante³³. Desta feita, o constitucionalismo liberal procurou substituir a legitimidade monárquica pela legitimidade democrática (tendo sempre os interesses burgueses como força motriz, geralmente, com viés reacionário), a qual atribuiu ao povo (indivíduos não pertencentes à nobreza) o poder de se auto-organizar, obrigando os seus representantes a se submeterem ao império da lei. Por conseguinte, “[...] esta concepção equivaleria a considerar a Constituição não apenas como *limite* mas também como *fundamento* do poder público, e não apenas como fundamento do poder mas também como fundamento da ordem jurídica³⁴”.

No mesmo diapasão Ferreira Filho leciona que:

Segundo a concepção liberal de constituição, esta é a parte essencial de uma *determinada* organização estatal – a que visa a garantir a liberdade, por meio do estatuto do Poder. Por um estatuto, que dizer, obviamente, por meio da organização jurídica que não só estrutura mas também limite o Poder do Estado³⁵.

Diferentemente do que ocorreu no nos séculos anteriores, as constituições do século XX passaram a ser mais universalistas, isto é, incorporaram conteúdos alheios à organização do Estado e do poder. Passou também a tutelar uma pluralidade de assuntos que anteriormente sequer eram aventados, incluindo-se direitos materialmente infraconstitucionais. Em verdade, é possível afirmar que o fenômeno político cresceu durante o século XX, uma vez que as necessidades da sociedade aumentaram e, por conseguinte, o espectro do interesse político-jurídico por determinadas matérias. Por conta disso, a Constituição teve de se adequar às novas realidades que se apresentaram, o que,

³³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, Tomo II, Parte II, p. 17.

³⁴ MIRANDA, 2000, p. 19.

³⁵ FERREIRA FILHO, 2004, op. cit., p. 78.

forçosamente, impôs o alargamento das normas materialmente constitucionais.

Por isso, até os presentes dias, tem-se a noção de que:

Do ponto de vista material, a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais. Tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política exprime o *aspecto material* da Constituição³⁶.

A essa definição Tavares atribui o nome de Constituição substancial³⁷, pois, para ele, o poder de organizar uma sociedade politicamente, limitar a ação dos governantes e garantir os direitos humanos, são atributos de normas substancialmente constitucionais. Dessa forma:

Se a norma em apreço estiver referida à composição interna do Estado, declarar direitos individuais limitando os direitos do Estado, enfim, se a norma for considerada fundamental de sorte que sua modificação ou supressão implique a modificação ou supressão da própria comunidade jurídica em análise, tem-se que se trata de norma substancialmente constitucional³⁸.

Segundo o citado autor, as normas materialmente constitucionais são aquelas que confirmam os *fatores reais de poder*, institucionalizando o domínio político, econômico e religioso. Assim, concepção fornecida por Lassalle sairia do campo sociológico e entraria para o campo jurídico, posição que, *data maxima venia*, discorda-se, porquanto, ao tratar-se de normas materialmente constitucionais, tem-se em mente os dispositivos essenciais, inafastáveis de uma Constituição (dentro do ponto de vista jurídico) e não as percepções extra-jurídicas, as quais, via de regra, são bastante subjetivas.

Em contrapartida, Kelsen acredita que as normas materialmente constitucionais são aquelas que, uma vez positivadas, servem para regular a produção de normas jurídicas gerais, isto é, servem como pedra de toque entre a norma fundamental hipotética e as demais normas ordinariamente elaboradas³⁹. Todavia, como já se afirmou no parágrafo antecedente, tal concepção não reflete a essência inafastável da Constituição, apenas delinea um dos importantes atributos das normas constitucionais.

³⁶ BONAVIDES, op. cit., p. 63.

³⁷ Acredita-se que, nesse ponto, a divergência com a maioria dos constitucionalistas é meramente de nomenclatura.

³⁸ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 58.

³⁹ KELSEN, 1998, op. cit., 247.

Por isso, Temer pondera que:

Indubitavelmente, existe um núcleo material nas Constituições sem o qual não se pode falar em Estado. Se este pressupõe *organização* e se esta é fornecida por instrumentos normativos cogentes, imperativos, derivam eles do exercício do poder. Assim, é norma *substancialmente* constitucional aquela que identifica o *titular* do poder⁴⁰.

Em suma, se as normas materialmente constitucionais não existissem seria impossível se vislumbrar um Estado organizado, haja vista, que os governantes não saberiam suas atribuições, os Poderes ultrapassariam suas competências e os cidadãos não teriam a quem recorrer em caso de lesão às garantias individuais ou sociais. Com efeito, não se pode falar em Estado sem Constituição, ainda que esta seja consuetudinária, pois qualquer sociedade organizada requer uma estrutura política mínima.

Ressalte-se, derradeiramente, que a Constituição material preceitua sobre os elementos essenciais do Estado, a divisão de poderes, a participação popular no governo, as funções estatais, os órgãos, os limites da ação estatal e as garantias fundamentais dos cidadãos. Lembre-se que há a possibilidade da existência de leis ordinárias de matéria constitucional, como é o caso da legislação eleitoral brasileira, a qual mesmo disposta em nível infraconstitucional, possui caráter materialmente constitucional⁴¹.

1.2.2. Constituições formais

A criação de normas formalmente constitucionais e, conseqüentemente, o nascimento das constituições de conteúdo formal se deu em razão da necessidade de se garantir certa estabilidade a uma parte do ordenamento jurídico não pertencente à constituição material, para que interesses relevantes ficassem protegidos das modificações corriqueiras impostas pelo Legislativo. Isso acarretou um escalonamento na hierarquia normativa da ordem jurídica, fazendo com que, normas originariamente ordinárias, não mais pudessem ser revogadas por procedimento legiferante comum. Em diferentes termos, a Constituição tomou para si normas originariamente infraconstitucionais e lhes atribuiu valor de norma

⁴⁰ TEMER, op. cit., 21.

⁴¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 12.

constitucional.

Com efeito, a norma constitucional em sentido formal diz respeito à:

[...] forma através da qual ela foi introduzida no ordenamento jurídico. Nesse sentido, as normas constitucionais serão aquelas introduzidas pelo poder soberano, através de um processo legislativo mais dificultoso, diferenciado e mais solene do que o processo legislativo de formação das demais normas do ordenamento⁴².

Observe-se ainda que, a existência de uma Constituição formal de conteúdo exclusivamente material é irrelevante e torna-se prescindível na estruturação do Estado, uma vez que tais normas, em si mesmas, possuem conteúdo constitucional, mormente quando derivadas de um movimento revolucionário. Para as normas materialmente constitucionais, a Constituição formal só serve para ditar regras acerca da rigidez do seu texto, determinando os procedimentos de mudança.

Em verdade, como já dito, o surgimento das normas formalmente constitucionais se deu por meio da necessidade de se garantir maior estabilidade a alguns assuntos alheios à Constituição material. Assim, conforme a sociedade foi se desenvolvendo e os interesses se tornando mais evidentes, se decidiu que as Constituições não mais tratariam apenas de organização e poder.

Sobre isso, Hesse ensina que:

El desarrollo científico, técnico e industrial, el coetáneo aumento de población, la especialización y división del trabajo, así como la consiguiente y creciente densificación y mutación de las relaciones vitales han ocasionado el crecimiento y la modificación de las tareas del Estado, su *pluralización* y su *democratización*. Han impuesto al Estado más y mayores tareas porque la moderna vida económica, cultural y social necesita de la planificación, de la dirección y de la configuración, haciendo surgir con intensidad creciente la tarea de la *procura existencial* y haciendo que la seguridad y asistencia sociales sean consideradas, cada vez en mayor medida, como tarea del Estado⁴³.

Em face disso, a partir do momento em que uma Constituição incorpora normas formalmente constitucionais, estas passam a ser reconhecidas como constitucionais tais quais as que tratam da organização política e da divisão do poder. O que implica na observância de mecanismos mais gravosos para se alterar tais dispositivos.

Acerca disso, Lenza exorta que:

⁴² LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 10. ed. São Paulo: Método, 2006. p. 44.

⁴³ HESSE, op. cit., p. 10.

[...] o Brasil adotou o **sentido formal**, ou seja, só é constitucional o que estiver inserido na Carta Maior, seja em razão do trabalho do Poder Constituinte Originário, seja pela introdução de novos elementos através de emendas, desde que observadas as regras colocadas pelo Originário [...].

Saliente-se que, além do Brasil, todos os demais países integrantes do Mercosul adotaram o formalismo constitucional. Conseqüência disso é que, algumas normas que claramente não possuem conteúdo material e estão inseridas no corpo da constituição são tributáveis da rigidez constitucional. Exemplo de norma meramente formal é o artigo 226, §6º da Constituição Federal, o qual nitidamente trata de uma questão de âmbito civil, a saber, a possibilidade de divórcio direto depois de transcorridos dois anos da separação de fato, facilmente disciplinada pela legislação ordinária. Contudo, tal dispositivo é tão constitucional quanto aqueles que exprimem o princípio da igualdade.

É relevante não se olvidar que “São também normas formalmente constitucionais, como é óbvio, as que venham a ser estabelecidas por revisão constitucional ou por outra vicissitude da Constituição⁴⁴”, tais como os tratados internacionais aprovados por *quorum* semelhante ao exigido para as emendas constitucionais ou aqueles que possuem conteúdo de direitos humanos. Estes últimos hoje são incorporados automaticamente pelo sistema constitucional, sem a exigência de procedimentos dificultosos, porquanto possuem natureza de norma materialmente constitucional.

1.2.3. Constituições instrumentais

A concepção instrumental advém da idéia de transcrição do conteúdo constitucional em um documento visível, palpável, que possa dar estabilidade aos ditames supremos. A Constituição instrumental é a formalização jurídica do enlace político entre os detentores e os sujeitos do poder. A partir da transcrição é possível afirmar que uma norma é verdadeiramente pertencente à Constituição formal.

Chamamos-lhe *Constituição em sentido institucional*, porque torna patente o Estado como instituição, como algo de permanente para lá das circunstâncias e dos detentores em concreto do poder; porque revela a prevalência dos elementos objetivos ou objetivados das relações políticas sobre intenções subjectivas destes ou daqueles governantes ou governados; porque, sem

⁴⁴ MIRANDA, 2003, op. cit., p. 336.

princípios e preceitos normativos a regê-lo, o Estado não poderia subsistir; porque, em suma, é através desses princípios e preceitos que se opera a institucionalização do poder político⁴⁵.

A Constituição instrumental pode ser *unitextual* ou *pluritextual*. Será unitextual quando todos os dispositivos constitucionais forem encartados num só documento, arquitetado com coerência sistemática e dentro de um mesmo lapso temporal. De outra sorte, será pluritextual quando seus preceitos se dividirem entre dois ou mais textos legais, os quais podem não ter sintonia cronológica.

Todos os Estados-parte do Mercosul consignaram suas normas fundamentais em documentos visíveis únicos, ou seja, não há nesses países normas constitucionais fora da sistemática do Documento Fundamental. Toda norma que estiver fora da Constituição será considerada norma infraconstitucional.

1.3. CLASSIFICAÇÃO SOB O PRISMA DO CONTEÚDO MATERIAL

Conforme acima assinalado, a Constituição material fundamentalmente diz respeito à organização do Estado, à divisão de poderes e às liberdades e garantias individuais. Por conseqüência, o conteúdo material da Constituição diz respeito a esses referenciais e, assim, qualquer classificação feita em torno do conteúdo constitucional deve observá-los.

Com efeito, por meio da opção acerca do *sistema econômico*, é possível afirmar que existem constituições *capitalistas* (de países desenvolvidos), *socialistas* e *dos países em desenvolvimento* (capitalista, mas com algumas características próprias).

É *capitalista* aquele Estatuto em que o Estado intervém de maneira sutil na ordem econômica interna, deixando por conta da livre-iniciativa a movimentação da economia (Constituição negativa). Ela possui uma carga mais notória de normas orgânicas, pois se trata de Constituição marcada pela divisão de poderes com a declaração expressa da liberdade do cidadão e, conseqüentemente, dos limites de atuação estatal⁴⁶.

Os países do Mercosul nitidamente optaram pelo sistema capitalista, o qual se fundamenta na liberdade de iniciativa e de concorrência, mas que, conforme se analisará de maneira mais detida, deve respeitar alguns parâmetros estabelecidos na ordem econômica.

⁴⁵ MIRANDA, 2003, op. cit., p. 323.

⁴⁶ TAVARES, 2002, op. cit., p. 67.

As *Constituições socialistas*, raríssimas nos presentes dias, adotam uma planificação econômica, com alto grau de intervenção e com grande número de normas programáticas.

As *Constituições dos países em desenvolvimento* têm por característica conteúdo eminentemente neoliberal, caracterizado pela “liberdade assistida” dos mercados, uma vez que possuem economias frágeis.

De acordo com seu **conteúdo normativo**, uma Constituição poderá ser: *orgânica* (estatutária); *garantia*; *balanço*; *programática* (diretivas ou doutrinárias). *Orgânica* é a Constituição que define os órgãos do Estado, as suas competências e atribuições, determinando a forma e o sistema de governo, além da participação política dos cidadãos. A *Constituição garantia* tem por escopo valorizar os direitos e garantias fundamentais do cidadão, isto é, ela “[...] visa a garantir a liberdade, limitando o poder⁴⁷”. Seu conteúdo é semelhante ao do *bill of rights*. *Constituição-balanço* era o molde constitucional adotado por países comunistas, os quais, mediante a elaboração de novos documentos fundamentais, “[...] buscavam registrar as conquistas sociais de forma a torná-las irreversíveis, promulgando-se uma nova ordem constitucional a cada etapa da evolução⁴⁸”. *Constituição programática* é aquela que, não obstante tratar da organização política do Estado, delinea projetos vindouros para a atividade econômica, social e cultural. Por conta disso:

A idéia de *programa* associa-se ao *carácter dirigente* da Constituição. A Constituição comandaria a acção do Estado e imporá aos órgãos competentes a realização das metas programáticas nela estabelecidas. Hoje, em virtude da transformação do papel do Estado, o programa constitucional assume mais o papel de legitimador da *sociedade estatal* do que a função de um direito dirigente do centro político⁴⁹.

Aproveitando-se dessa noção, Ferreira Filho faz a seguinte distinção entre *Constituição-balanço* e *Constituição-dirigente*: “Esta seria a Constituição que estabeleceria um *plano* para dirigir uma evolução política. Ao contrário da *Constituição-balanço* que refletiria o presente (o ser), a *Constituição-programa* anunciaria um *ideal* a ser concretizado”⁵⁰.

Esse modelo de Constituição passou a existir no momento em que o Estado começou a ter uma atitude positiva frente às necessidades sociais, para corrigi-las e promover

⁴⁷ FERREIRA FILHO, 2003, op. cit., p. 14.

⁴⁸ CHIMENTI, R. C. et al. op. cit., p. 10.

⁴⁹ CANOTILHO, 2001, op. cit., p. 217.

⁵⁰ FERREIRA FILHO, 2003, op. cit., p. 14.

a igualdade entre seus cidadãos. Sua adoção é mais freqüente em países em desenvolvimento, tais como os Estados-parte do Mercosul. Nas Constituições desses países, inúmeras normas apontam para uma estruturação institucional futura, sem, contudo, poder mudar algo no presente.

Vale mencionar que, apesar de ser bastante difundida pelo mundo, a *Constituição programática* (dirigente) está caindo em desuso, pelo menos nos países desenvolvidos que se engajaram em processos integracionistas, visto que seus preceitos diuturnamente são descumpridos e, conseqüentemente, os seus programas restam sem eficácia. Ademais, com a supranacionalização de algumas atribuições que outrora pertenciam ao Estado, passou a ser inviável a elaboração de normas programáticas unilaterais (criadas por um único Estado), pois, agora, tal espécie de norma deve ser idealizada em conjunto com os demais membros do bloco. Isso fez com que alguns de seus defensores afirmassem que a *Constituição programática* (dirigente) está morta.

No mesmo liame, Falk assevera que:

Com efeito, o papel do Estado está a ser reformulado na Europa e na América do Norte para minimizar a sua participação nos programas sociais, em especial nos países ricos do Norte. Nos países do Sul em rápido desenvolvimento, evidenciam-se tendências opostas, sendo que uma sociedade mais moderna espera do governo uma maior intervenção na preparação de uma rede de segurança para os seus cidadãos⁵¹.

Nessa nova perspectiva, significa afirmar que o Estado dirigente morreu, isto é, o intervencionismo estatal é abrandado e passa a exercer a função de supervisor, apenas estabelecendo diretrizes e exigindo o cumprimento daquilo que foi imposto⁵².

Não obstante isso, como bem exorta Streck⁵³, a teoria da Constituição dirigente continua sendo adequada aos países de modernidade tardia (dentre eles os Estados-parte do Mercosul). Somente com o estabelecimento de normas-programa é que os países em desenvolvimento podem estruturar políticas de Estado e não meramente de governo, já que a história demonstra a tendência ao revanchismo, sem qualquer responsabilidade com a continuidade do desenvolvimento econômico e social.

Desta forma, conforme se observará no último capítulo do presente trabalho, a

⁵¹ FALK, Richard. *Globalização predatória: uma crítica*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 178.

⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.

⁵³ STRECK, L. L. A concretização de direitos e a validade da tese da constituição dirigente em países de modernidade tardia. In: NUNES, A. J. A.; COUTINHO, J. N. M. (Orgs.). *Diálogos constitucionais: Brasil / Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. cap. 8, p. 301-371.

estruturação do dirigismo em torno dos direitos humanos de terceira geração (direito do consumidor e do meio ambiente) é um método produtivo para o respeito aos interesses coletivos em detrimento daqueles que possuem o poder econômico.

Todavia, pondo termo a essa parte da classificação, Miranda aponta com maestria que: “Na realidade, qualquer Constituição encerra elementos orgânicos e programáticos. Tudo está no grau em que aparecem, no modo como se conjugam, na efectividade que obtêm, no sentido em que a jurisprudência e a doutrina lhes conferem⁵⁴”.

Quanto à *extensão do texto*, vale mencionar que as Constituições são mais ou menos detalhistas, variando, sempre, de acordo com a estabilidade político-social do Estado. Isso faz com que as constituições sejam classificadas como *sintéticas* (breves, sumárias, básicas, ou concisas) ou *prolixas*.

As *Constituições sintéticas* têm por característica principal exposição objetiva dos elementos materialmente constitucionais, a saber, a organização do Estado, a divisão de poderes e a atribuição de direitos e garantias fundamentais. O exemplo mais insigne desse tipo de Constituição é o da Constituição estadunidense, a qual fixou em poucos preceitos normas eminentemente estruturantes.

Esclarecendo melhor essa definição:

Diz-se em geral que uma Constituição é concisa quando abrange apenas princípios gerais ou enuncia regras básicas de organização e funcionamento do sistema jurídico estatal, deixando a parte de pormenorização à legislação complementar ou orgânica. Via de regra nesses textos deve entrar somente, de modo sucinto, o que é *matéria* constitucional, em sentido estrito⁵⁵.

Como freqüentemente os constitucionalistas afirmam, tal espécie de Constituição tem a vantagem de garantir uma maior estabilidade aos preceitos constitucionais, motivo pelo qual são mais duradouras. Exemplo disso é a Constituição da Nação Argentina, a qual mesmo diante das adversidades políticas e das conseqüentes emendas, preserva o Texto Inaugural de 1853.

Em contrapartida se tem as *Constituições prolixas*, que além das normas materialmente constitucionais, trazem outras normas infraconstitucionais para o cânon Magno, tornando-as formalmente constitucionais. Assim, o Texto fundamental trata com minúcias de assuntos que, originariamente ficariam a cargo do legislador comum, com o escopo de dar mais estabilidade e segurança a certas questões que são fartas pelo interesse

⁵⁴ MIRANDA, 2000, op. cit., p. 26.

⁵⁵ BONAVIDES, op. cit., 73.

coletivo, mesmo sem pertencer à Constituição material.

Bastante difundida em países em desenvolvimento, hoje, a *Constituição prolixa* diuturnamente tem ganhado mais espaço no constitucionalismo atual em razão da necessidade de dotar certos institutos de proteção eficaz por meio da rigidez na mutabilidade do sistema constitucional. “O carácter longo não é uma opção; é um resultado da compreensão da lei fundamental como lei material fundamental de um *Estado supervisor* de uma sociedade pluralista e complexa⁵⁶”.

Tratando da Constituição brasileira, eminentemente prolixa, Silva⁵⁷ enumera os seus elementos básicos e fornece algumas explicações: *elementos orgânicos* (normas que regulam a estrutura do Estado e do poder); *elementos limitativos* (normas que estabelecem os direitos e garantias fundamentais individuais e sociais, impondo, por conseguinte, limitações ao poder estatal); *elementos sócio-ideológicos* (são aquelas normas que revelam o carácter de compromisso das constituições modernas entre o Estado individualista e o Estado Social, intervencionista); *elementos de estabilização constitucional* (normas destinadas a assegurar a solução de conflitos constitucionais, a defesa da constituição, do Estado e das instituições democráticas, premunindo os meios e técnicas contra sua alteração e infringência); e *elementos formais de aplicabilidade*: regras que estatuem a aplicação da constituição.

Seguindo o modelo brasileiro, Paraguai e Uruguai também confeccionaram Constituições prolixas, cujo conteúdo versa sobre incontáveis matérias de carácter infraconstitucional.

Importante observar que uma constituição originariamente sintética pode se tornar prolixa pela edição de novas emendas que trazem matérias oriundas da legislação ordinária para o cânon constitucional.

1.4. CLASSIFICAÇÃO SOB O PRISMA FORMAL

As normas formalmente constitucionais são aquelas que exigem um processo

⁵⁶ CANOTILHO, 2001, op. cit., p. 217.

⁵⁷ SILVA, 2003, op. cit., p. 44-45.

específico de formação e são decretadas por um poder que se define com vista a esse fim. Uma vez concebidas por meio desse procedimento legislativo, as normas passam a ter mais força diante das demais regras existentes dentro do ordenamento infraconstitucional. Lembre-se que, embora não sejam provenientes do Poder Constituinte Originário, as normas que reformam a Carta Magna são enxertadas como regras formais nucleares, independentemente do conteúdo reformador.

Preliminarmente, em face das normas formalmente constitucionais, pode-se classificar as Constituições de acordo com suas *origens*, as quais podem ser, *promulgadas*, *outorgadas*, *cesaristas* ou *pactuadas*.

Constituição promulgada, também chamada de democrática, votada ou popular, é aquela elaborada por um órgão *ad hoc* (Assembléia Nacional Constituinte), criado pela vontade popular, composto por representantes do povo com o fim de se elaborar e estabelecer os alicerces de um Estado. Sumariamente, a *Constituição promulgada* exprime “[...] em toda a extensão o princípio político e jurídico de que todo governo deve apoiar-se no consentimento dos governados e traduzir a vontade soberana do povo⁵⁸”.

Imperioso dizer que Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai possuem Estatutos Fundamentais promulgados, embora os procedimentos de elaboração de cada um deles não tenha seguido os moldes supracitados.

A *Constituição outorgada* é aquela elaborada sem a participação popular, motivada por ato unilateral de um governante, o qual, em regra, pretende legitimar seus poderes de natureza autoritária. Por isso, grande parte dos doutrinadores sequer chamam os documentos outorgados de “Constituição”, haja vista que um governante não recebe poderes para elaborar um documento fundamental. Em consonância com os constitucionalistas, essa espécie de documento é chamada de “Carta”. Sobre isso, Lenza esclarece que:

Constituição é o *nomen juris* que se dá à Lei Fundamental **promulgada**, democrática ou popular, que teve a sua origem por uma Assembléia Nacional Constituinte. Por outro lado, **Carta** é o nome reservado para aquela Constituição **outorgada**, imposta de maneira unilateral pelo agente revolucionário através de ato arbitrário e ilegítimo⁵⁹.

Já a *Constituição cesarista* é aquela elaborada por um imperador ou um ditador e confirmadas pelo povo através de um referendo⁶⁰ popular. De acordo com Silva, embora

⁵⁸ BONAVIDES, op. cit., p. 72.

⁵⁹ LENZA, op. cit., p. 49.

⁶⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 5.

haja participação popular, não é possível afirmar que esta Constituição seja democrática, “[...] pois visa apenas ratificar a vontade do detentor do poder⁶¹”. Por conseguinte, mesmo sem a aprovação pela via popular, esse tipo de Constituição seria validada. Exemplo desse procedimento ocorreu no Chile, durante o governo Pinochet.

Por fim, a *Constituição pactuada* ou *dualista* é aquela em que o rei e uma força política rival (nobreza, burguesia, Poder Legislativo etc.) firmam um compromisso instável sob o qual aquele se compromete a se submeter aos ditames constitucionais. De acordo com Bonavides:

O rei, príncipe ou Chefe de Estado enfeixa em suas mãos poderes absolutos, mas consente unilateralmente em desfazer-se de uma parcela de suas prerrogativas ilimitadas, em proveito do povo, que entra assim no gozo de direitos e garantias, tanto jurídicas como políticas, aparentemente por obra apenas e graça da munificência real⁶².

Esse tipo de Constituição surgiu durante a Idade Média, quando os monarcas começaram a perder seus poderes para a burguesia emergente a qual estava insatisfeita com aquela conjuntura. Nessa época, “[...] a superação do princípio monárquico pelas constituições pactuadas marcava efectivamente a transição da monarquia hereditária para a monarquia representativa e pronunciava a morte de legitimidade dinástica⁶³”. Exemplo dessa espécie de documento foi a Magna Carta de 1215, na qual o Rei João Sem Terra se submeteu a algumas exigências dos barões ingleses.

No que diz respeito à *mutabilidade*, uma Constituição pode ser *flexível*, *rígida*, *semi-rígida*, *super-rígida* ou *imutável*. Tais possibilidades surgiram quando se reconheceu a supremacia da Constituição em face das outras normas do ordenamento jurídico. Isso se deu em consequência da inaplicabilidade da premissa de que uma lei posterior revoga a sua antecessora à Constituição. Em regra, se a norma reformadora não obedecer ao requisito formal mais gravoso imposto a ela, certamente o seu conteúdo será rechaçado em razão de sua inconstitucionalidade.

Flexível é a Constituição que não exige maiores dificuldades do legislador reformador, pois, nesse caso, para se modificar o Texto fundamental é necessário apenas que se respeite o *quorum* para a criação da legislação ordinária, ou seja, não há maiores formalidades na alteração das normas constitucionais.

⁶¹ SILVA, 2003, op. cit., 2003.

⁶² BONAVIDES, op. cit., p. 71.

⁶³ CANOTILHO, 2001, op. cit., p. 148.

É denominada *rígida* ou *condicional* a Constituição escrita que exige um processo mais elaborado para a alteração de seus preceitos, distintos e mais gravosos do que os exigidos para a criação de normas ordinárias. “A **rigidez** traduz-se fundamentalmente na atribuição às normas constitucionais de uma capacidade de *resistência* à *derrogação* superior à de qualquer lei ordinária⁶⁴”.

A imposição da rigidez tem por objetivo garantir normas protetoras de questões importantes, a fim de que a sociedade não fique a mercê dos sabores do Poder Legislativo. Isso faz com que as normas formalmente constitucionais incorporem certa superioridade em relação às demais leis. Entretanto, rigidez não pode ser um óbice ao desenvolvimento constitucional, antes, a Constituição deve deixar margem para que o texto evolua conjuntamente com a realidade social. Sobre isso se observa que, “Embora dê maior segurança jurídica, a Constituição rígida só não fica desatualizada em relação à realidade sociopolítica se estiver sendo periodicamente relida pelo Poder Judiciário⁶⁵”.

Acerca da rigidez constitucional, Hesse leciona que:

Ambos son necesarios para que la Constitución pueda cumplir su cometido, los caracteres de apertura y amplitud por que solo ellos permiten responder al cambio histórico así como a la diversidad de las situaciones vitales, las disposiciones vinculantes porque su virtud estabilizadora posibilita esa relativa constancia, única capaz de preservar a la vida de la Comunidad de su disolución em um cambio continuo, inabarcable e incontrolable. La coordinación de ambos elementos es necesaria a fin de que ambos puedan cumplir su misión. Lo persistente no puede convertirse en un obstáculo allí donde el movimiento y el progreso se imponem; de lo contrario el cambio se produce al margen de la norma jurídica. Lo cambiante no debe eliminar la virtud estabilizadora de las disposiciones vinculantes; de lo contrario, queda incumplido el cometido de la Constitución, el orden jurídica fundamental de la Comunidad⁶⁶.

A Constituição Argentina é rígida, porquanto, em consonância com o seu artigo 30, todo e qualquer assunto contido na Carta Magna é passível de ser reformado desde que o Congresso, através do voto de dois terços de seus membros, declare a reforma.

Seguindo essa mesma sistemática, a Constituição da República Oriental do Uruguai estabelece em seu artigo 331, alínea D, que a reforma parcial poderá ser efetuada sobre qualquer matéria, desde que tenha aprovação de dois terços dos membros de cada Câmara, independentemente da aceitação do Chefe do Poder Executivo.

⁶⁴ CANOTILHO, 2001, op. cit., p. 215.

⁶⁵ CHIMENTI, op. cit., p. 11.

⁶⁶ HESSE, op. cit., p. 23.

A Constituição do tipo *imutável*, como o próprio nome diz, são estatutos cujos preceitos não podem ser modificados em hipótese alguma. Os exemplos que ilustram essa espécie de Constituição são verdadeiras relíquias históricas, pois, hodiernamente, diante das rápidas transformações sociais, tal modelo se tornou inviável. Entretanto, em algumas Cartas “[...] a imutabilidade poderá ser relativa, quando se prevêem as chamadas limitações temporais, ou seja, um prazo em que não se admitirá a atuação do legislador constituinte reformador⁶⁷”.

Parafraseando Meirelles Teixeira, Silva pondera que:

A estabilidade das constituições não deve ser absoluta, não pode significar imutabilidade. Não há constituição imutável diante da realidade social cambiante, pois não é ela apenas um instrumento de ordem, mas deverá sê-lo, também, de progresso social. Deve-se assegurar certa estabilidade constitucional, certa permanência e durabilidade das instituições, mas sem prejuízo da constante, tanto quanto possível, perfeita *adaptação das constituições às exigências do progresso, da evolução e do bem-estar social*. A rigidez relativa constitui técnica capaz de atender a ambas as exigências, permitindo emendas, reformas e revisões, para adaptar as normas constitucionais às novas necessidades sociais, mas impondo processo especial e mais difícil para essas modificações formais, que o admitido para a alteração da legislação ordinária⁶⁸.

A Constituição *semi-rígida*, também denominada de *semiflexível*, em parte se assemelha à Constituição flexível, em outra, à Constituição rígida, isto é, para se alterar algumas normas não se requer a observância de um *quorum* qualificado, ao passo que, outras normas, devem passar pelo crivo de um procedimento mais árduo.

Em diferentes termos:

Semiflexível ou **semi-rígida** é aquela constituição que é tanto rígida como flexível, ou seja, algumas matérias exigem um processo de alteração mais dificultoso do que o exigido para alteração das leis infraconstitucionais, enquanto outras não requerem tal formalidade⁶⁹.

A *Constituição super-rígida* é aquela que se divide em grupos de normas imutáveis e rígidas. Destarte, parte dos seus dispositivos, sequer podem ser alterados por procedimento solene, ao passo que em outra parte, esse mesmo procedimento solene é capaz de modificá-la. A Constituição brasileira é um exemplo de Documento super-rígido, o qual indica sua parte imutável no artigo 60.

⁶⁷ MORAES, op. cit., p. 5.

⁶⁸ apud SILVA, 2003, op. cit., p. 42.

⁶⁹ LENZA, op. cit., 53.

Embora tenha ficado imutável por três anos, de acordo com o artigo 290 da Constituição da República do Paraguai, atualmente esta é super-rígida, pois exige para sua reforma o *quorum* qualificado da maioria absoluta dos membros do Congresso, além da realização de um referendo. Não bastasse isso, no final do mesmo dispositivo o Constituinte consignou a intangibilidade de algumas matérias.

No que tange ao *modo de elaboração*, uma Constituição pode ser *dogmática* ou *histórica*. Chama-se *dogmática* ou *sistemática* a Constituição escrita, elaborada por um órgão *ad hoc* (Assembléia Nacional Constituinte), em um momento determinado, respaldada em teorias construídas por constitucionalistas e em dogmas políticos. Paralelamente, a *Constituição histórica* (constumeira), não escrita, é aquela sintetizada por meio de um lento e contínuo processo de assimilação jurídica, no qual as experiências históricas e as tradições de um povo são levadas em conta. Noutras palavras, é uma Constituição “[...] formada a partir de textos esparsos, sendo sedimentada em costumes derivados das decisões, sempre tendo como fundamento os documentos históricos que serviram de base⁷⁰”.

Com exceção da Constituição da Nação Argentina, todos os demais Estados-parte pautaram seus Estatutos Fundamentais em bases dogmáticas.

Urge mencionar que a associação do conceito de *Constituição histórica* à sua flexibilidade é um tanto temerária, uma vez que, ao discorrer sobre esse assunto, os estudiosos logo pensam no modelo inglês, o qual inexige qualquer ressalva no sentido de se dificultar a elaboração de regras que revoguem preceitos constitucionais, isto é, a alteração constitucional se dá por processo idêntico àquele aplicável na revogação de leis ordinárias. Isso se deve à estabilidade jurídico-política experimentada pela Inglaterra.

Prova disso, é a Constituição estadunidense que, mesmo sendo escrita, na sua elaboração levou em conta mais as experiências vividas e almejadas pelo seu povo do que os dogmas, as elucubrações e as teorias dos juristas. Outro exemplar de Constituição histórica é a Carta Magna argentina, a qual conserva parte do texto original de 1853, fundado na sedimentação das concepções adquiridas ao longo do tempo pelo povo argentino.

Quanto ao *conteúdo ideológico*, uma Constituição pode ser *ortodoxa* ou *eclética* (pluralista). Caso adote o perfil ortodoxo, a Carta se filiará a apenas uma ideologia, sem qualquer aproveitamento de outras que com ela concorram. Exemplo disso foi a Constituição Soviética de 1977, que incorporou os ideais comunistas sem deixar brechas para a economia de mercado. Já sob o perfil eclético, a Constituição funde em um único

⁷⁰ ARAUJO, op. cit., p. 5.

documento características de ideologias divergentes, amenizando o “fundamentalismo” de cada uma delas. Um bom exemplo de Constituição eclética é o Estatuto brasileiro de 1988, o qual, ao tratar das atividades econômicas entregou à livre iniciativa a obrigação de movimentar a economia (ideologia capitalista), mas, ao mesmo tempo, consagrou o dever de se respeitar a função social da propriedade (ideologia socialista). Os demais Estados-parte do Mercosul seguiram o exemplo brasileiro e não assimilaram apenas uma corrente ideológica.

Inerente à classificação supracitada, de acordo com a *participação das forças políticas* na elaboração do Documento fundamental, uma Constituição pode ser *simples* ou *complexa* (compromissórias). A primeira se firma em torno de um único princípio dirigente (princípio da isonomia, por exemplo), enquanto a segunda contém dois ou mais princípios fundantes.

Com efeito, enquanto na *Constituição simples* os legitimados para sua elaboração convergem naturalmente para um mesmo alvo, a *Constituição complexa* (compromissória) implica na equalização de interesses distintos no sentido de aparar as arestas deixadas pela divergência e tornar o Texto Magno mais coeso possível.

Nesse sentido, é possível afirmar que as Constituições de Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai são compromissórias, visto que seus textos revelam a busca por denominadores comuns sobre vários assuntos que implicavam e implicam em divergência.

1.5. CLASSIFICAÇÃO SOB O PRISMA INSTRUMENTAL

Como já cediço, a Constituição instrumental nada mais é do que um documento escrito, visível e palpável onde a constituição formal depositou suas normas e princípios. Em regra, tal instrumento decorre dos esforços de um Poder Constituinte em um único ato (Assembléia Nacional Constituinte). Todavia, conforme será visto, algumas vezes a Constituição de um país se materializa em textos esparsos. Importante frisar que a Constituição formal jamais se dissocia da Constituição instrumento, por conseguinte, a identificação daquela pressupõe a existência desta. Por isso, o critério classificatório que leva em conta a *forma pela qual se expressa* pode ser adotado tanto na Constituição formal quanto na Constituição instrumental, pois ambas devem ser escritas.

De acordo com tal critério, uma Constituição pode ser intitulada como *costumeira* (consuetudinária) ou *escrita*.

A *Constituição costumeira* tem por característica fundamental a inexistência de um documento visível que estabeleça a ordem jurídica interna. Por outro lado, sua estrutura está respaldada por um conjunto de valores e tradições que conduzem a vida da sociedade. Nos países que adotam esse modelo de Constituição, a jurisprudência possui grande importância, aplicando os costumes aos casos concretos e, conseqüentemente, contribuindo com a evolução do direito.

Até o final do século XVIII as Constituições costumeiras sobressaíam às Constituições escritas. Contudo, hodiernamente, não mais existem Constituições totalmente costumeiras, pois a conveniência e a segurança fornecida pela transcrição conquistaram alguns espaços nos países que adotam o sistema da *common law*. A Constituição inglesa retrata tal mudança, porquanto já transcreveu alguns princípios constitucionais em documentos. Assim, algumas “[...] leis abrangem o direito estatutário (*statute law*), o direito casuístico ou jurisprudencial (*case law*), o costume, mormente o de natureza parlamentar (*Parliamentary custom*) e as convenções constitucionais (*constitutional conventions*)⁷¹”.

É viável mencionar a definição contemporânea que Lenza fornece sobre Constituição costumeira, a qual, para ele, “[...] não traz as regras em um único texto solene e codificado. É formada por textos esparsos, reconhecidos pela sociedade como fundamentais, e baseia-se nos usos, costumes, jurisprudência, convenções⁷²”.

A *Constituição escrita* é a expressão mais clara da concepção instrumental do termo “Constituição”, por sintetizar de maneira visível o mais valioso estatuto jurídico de uma comunidade. Por isso, quando se elabora um gráfico escalonado do ordenamento jurídico, sempre se observa a Constituição no ápice.

Essa forma de expressão tem por finalidade formalizar aquilo que é importante para uma sociedade, estabelecendo de forma notória as bases do Estado, as garantias fundamentais etc. Ademais, serve de padrão hermenêutico para os demais ramos do direito, irradiando por todo o sistema jurídico a força de seus princípios e regras.

Ferreira Filho associa, de maneira absoluta, a existência de uma *Constituição escrita* a um procedimento dogmático de elaboração e, da mesma forma, torna adstrita a Constituição costumeira à lenta síntese histórica. Entretanto, acreditamos que tal associação peca pela rigidez, pois diante da Constituição estadunidense, percebe-se a possibilidade de convivência entre processo de síntese histórica e a escrituração constitucional⁷³.

⁷¹ apud BONAVIDES, op. cit., p. 67.

⁷² LENZA, op. cit., p. 49.

⁷³ FERREIRA FILHO, 2003, op. cit., p. 13.

Um outro equívoco que não pode ser cometido é o de se associar rigidez à Constituição escrita, haja vista que esta pode perfeitamente ser facilmente modificável quando o Estado se encontra fragilizado institucional e politicamente. Em contrapartida, existem países que adotam o modelo consuetudinário de Constituição, onde a modificação de qualquer ditame é tão ou mais gravoso do que o das Constituições escritas.

Como é notório, todas as Constituições mercosulinas são escritas.

Importante ressaltar que:

As Constituições escritas podem estar sistematizadas em um único corpo de lei ou podem, ao contrário, encontrar-se dispersas em diversos documentos. Às primeiras dá-se o nome de Constituições codificadas, enquanto as últimas são chamadas por alguns de Constituições legais [...] ⁷⁴.

Desta feita, valendo-se do *critério sistemático* uma Constituição pode ser classificada como *unitextual* (codificada, reduzida) ou *pluritextual* (legal, variada). Lembrando-se, desde já, que ambas se encaixam na perspectiva formal e instrumental da Constituição.

A *Constituição unitextual* é aquela que tem seu texto transcrito em um único e exclusivo documento visível. Esse mecanismo tem por finalidade atribuir coerência sistemática à Lei Fundamental. Desta feita, de acordo com o paradigma formal, toda norma constitucional está na Constituição, o que impede que dispositivos criados por emendas constitucionais fiquem “soltas” no ordenamento jurídico. Em outras palavras, toda emenda constitucional deve gerar preceitos que visam a ingressar no cânon constitucional. Ademais, na mesma perspectiva, não deve existir leis ordinárias com valor constitucional, pois isso difundiria diversos documentos de quilate constitucional dentro de um mesmo sistema, o qual, em regra, prima pela coerência.

De outro lado, Tavares define como *Constituições pluritextuais* (legais, ou variadas) “[...] aquelas integradas por documentos diversos, vale dizer, fisicamente distintos, que se reagrupam sob o epíteto de perfazerem a Constituição de determinado país. Trata-se de modalidade bastante rara de Constituição ⁷⁵”. Em suma, são Constituições escritas, mas não codificadas. Exemplos clássicos de Constituições pluritextuais foram a Constituição belga de 1830 e a Constituição francesa de 1975.

A par dessas, é preciso mencionar que a Constituição da República Oriental do

⁷⁴ TAVARES, 2002, op. cit., p. 62.

⁷⁵ Ibid., p. 62.

Uruguai, em seu artigo 331, alínea D, ao tratar da possibilidade de se reformar seu texto, abre precedente para a elaboração de leis constitucionais, cujos valores poderiam derrogar qualquer assunto pertinente à Constituição.

INSTITUCIONALIZAÇÃO EFÊMERA? ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA INTEGRAÇÃO NO MERCOSUL.

Quando alguém se propõe a falar sobre assuntos ligados ao constitucionalismo, logo vêm à mente os modelos históricos que, definitivamente, modificaram as relações entre governantes e governados, mormente no que se refere: ao estabelecimento dos poderes e dos deveres do Estado como organização política; à participação democrática do povo na escolha dos seus líderes; à rotatividade dos governantes; à diminuição das intervenções estatais nas relações entre particulares; ao respeito aos direitos humanos fundamentais, dentre outros.

É notório que as principais mudanças político-jurídicas trazidas pelo constitucionalismo se concentraram na América do Norte e na Europa Ocidental, isto é, as transformações mais significativas foram experimentadas pelos países que mais sofreram com o absolutismo monárquico e que, por isso, tiveram uma reforma estrutural muito evidente, quase radical.

Todavia, no presente capítulo, busca-se compreender uma vertente distinta do constitucionalismo histórico, a saber, o constitucionalismo dos países que hoje integram o Mercosul, os quais não estiveram ligados imediatamente com o absolutismo, mas sim com os movimentos emancipatórios.

Prima facie, é possível detectar a constante instabilidade jurídica e política da região e o conseqüente descrédito em suas instituições, o que permite associar como resultado lídimo desse processo, as constantes sucessões de Constituições, as quais nem sempre trouxeram um lastro democrático em sua essência, antes, quase sempre, foram carregadas de ideais clientelares que favoreciam e favorecem significativamente as elites locais. Como se verá pormenorizadamente, isso é fruto do desrespeito e da manipulação daquilo que deveria ordenar o Estado e garantir com efetividade as condições mínimas para o bem-estar dos cidadãos.

Em face das freqüentes crises institucionais experimentadas pelos Estados latino-americanos, dentre os quais estão as nações que compõem o Mercosul, surge a seguinte pergunta: a institucionalização efêmera e a baixa efetividade institucional destes países estão ligadas à instabilidade de suas respectivas Constituições? Certamente, num primeiro momento, a resposta será positiva, todavia, mediante uma análise um pouco mais aprofundada, é possível visualizar com clareza que os problemas dessa ordem são anteriores ao constitucionalismo dos países do Mercosul.

Com efeito, para se entender os problemas constitucionais da região, é mister observar aquilo que antecedeu os movimentos de independência e, a partir daí, refletir sobre o legado deixado pelos colonizadores, que, ainda hoje, influencia a estrutura institucional e constitucional dos quatro países.

2.1. O CONSTITUCIONALISMO E A SUA RELEVÂNCIA TRANSFORMADORA

2.1.1. Breves considerações acerca dos movimentos constitucionalizantes

O Constitucionalismo foi, nos seus primórdios, um movimento político e jurídico com vista no estabelecimento de regimes constitucionais, onde os governantes estão adstritos aos ditames proclamados pelos interesses do povo em um documento formal, geralmente visível, que traça os caminhos jurídico-políticos a serem trilhados por um Estado.

Historicamente, a palavra *constitucionalismo* corresponde ao que se chama “Estado de Direito”. No entanto, Saldanha adverte que:

[...] as duas expressões não são sinônimas [...]. O constitucionalismo aparece mais como um movimento, um processo, uma tendência a um tempo doutrinário e institucional; o Estado-de-Direito, mais como um tipo, um modelo, uma estrutura a que o Estado moderno chegou⁷⁶.

Esse movimento teve por característica “[...] a afirmação da *supremacia do indivíduo*, a necessidade de *limitação do poder* dos governantes e a crença quase religiosa nas virtudes da razão [...]”⁷⁷.

Importante lembrar que, seguindo os passos de Schmitt (concepção política da Constituição), “[...] é errado ver o constitucionalismo como um mero mecanismo de limitação do poder estatal. O constitucionalismo, ou seja, a autonomia e império do direito, cria e organiza o poder do Estado”⁷⁸.

Em suma, o constitucionalismo inaugurou um período onde os desmandos e as

⁷⁶ SALDANHA, Nelson. *O estado moderno e o constitucionalismo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 40.

⁷⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 128.

⁷⁸ CARDUCCI, Michele. *A aquisição problemática do constitucionalismo ibero-americano*. Tradução de Karina Meneghetti Brendler e Liton Lanes Pilau Sobrinho. Passo Fundo: UPF, 2003. p. 85.

arbitrariedades dos reis não mais imperam e, outrossim, o comando da norma no qual os indivíduos devem se pautar. O constitucionalismo cria, organiza e limita o poder estatal, ao passo que estabelece os deveres do Estado.

2.1.2. Evolução histórica

Sedentos por achar resquícios de um constitucionalismo arcaico, alguns estudiosos afirmam que na Grécia antiga havia a concepção de *eunomia* e *isonomia*, características que, supostamente, poderiam demonstrar um verdadeiro Estado de Direito e, por conseqüência, um Estado constitucional. Para outros, os romanos é que são os pais do constitucionalismo, porquanto estes já faziam uso das palavras *constitutio* e *constitutiones*. Porém possuíam sentidos diversos aos hodiernos, pois legitimavam a emissão de normas com valor de lei por parte do príncipe ou imperador.

Não obstante seja possível vislumbrar algumas características constitucionais no formato político adotado por Grécia e Roma, pode-se dizer que o constitucionalismo, tal como é conhecido hoje, só se viabilizou efetivamente nos países do Ocidente contemporâneo, iniciado no constitucionalismo estadunidense e francês.

Ainda assim, alguns juristas atribuem o mérito do primeiro documento com característica constitucional à Magna Carta, de 1215, elaborada pelo rei João Sem Terra na Inglaterra.

Para os espanhóis, os *fueros españoles* foram os primeiros documentos de caráter constitucional, uma vez que “Tais documentos podem ser considerados antecessores do moderno Estado Constitucional, na medida em que colocavam limitações à vontade estatal, não obstante a forma absolutista de poder⁷⁹”.

Contudo, é correto afirmar que os Estados só adquiriram fôlego para a produção de normas constitucionais depois de confrontarem os governos absolutistas no final do século XVIII, os quais mediante a detenção do poder político, temporal e econômico, oprimiam as populações através dos seus desmandos.

Em razão da opressão sobre os súditos e da insurgência da burguesia insatisfeita, surgiu o liberalismo, que:

⁷⁹ ROSA, Elianne Maria Meira. *Constitucionalismo social no Mercosul*. São Paulo: Themis, 2002. p. 22.

[...] significou a construção de um Estado em que o poder se fazia função do consenso, e em que a divisão de poderes se tornava princípio obrigatório; o direito prevalecia em seu sentido formal e a ética social repugnava as intervenções governamentais⁸⁰.

De acordo com os ideólogos do liberalismo, o Estado deveria repousar sobre o racionalismo político (evitando a atribuição total dos poderes estatais a uma só pessoa), o laicismo (a separação entre Estado e igreja) e o individualismo burguês (destinado a cessar as freqüentes interferências estatais no plano econômico).

São nessas premissas que o constitucionalismo moderno concentra sua essência, ou seja, nos Estados em que existe o império da lei, as ações estatais devem estar respaldadas em uma norma positiva, a qual legitima e limita os poderes.

Os anseios por novos sistemas governamentais não foram exclusivos dos povos colonizadores, antes, ressoaram de igual forma nas colônias, as quais, insatisfeitas com os ônus impostos pelas metrópoles, pugnavam por autonomia e liberdade. Tais objetivos foram contornados e evitados, na medida do possível, pelos colonizadores com o desenvolvimento de regulamentações jurídicas capazes de legitimar o processo de exploração e colonização.

Entretanto, a utilização e aplicação retórica de seus princípios, na América luso-hispânica colonizada, não representaram manifestações autênticas de transformação e de emancipação, mas revelaram-se proclamações abstratas, portadoras de efeitos contraditórios, entre *suas pretensões e suas realizações*⁸¹.

Por conta disso, as colônias latino-americanas se estruturam de acordo com o modelo ibérico, recriando instituições que não correspondiam com a realidade sócio-política das Américas.

Nos Estados Unidos, país que, diferentemente dos países sul-americanos, foi colonizado basicamente pela coroa inglesa, tiveram até meados de 1764 relações com o governo de Londres, quando então, segundo Nascimento:

[...] em consequência de sucessivas leis tributárias, uma reação cada vez mais violenta levaria à independência em 1776. E com a independência criaram-se, primeiro, os Estados soberanos, depois, uma Confederação de

⁸⁰ SALDANHA, op. cit., p. 53.

⁸¹ WOLKMER, A. C. Humanismo e cultura jurídica latino-americana. In: _____. (Org.). *Humanismo e cultura jurídica no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003. p. 31.

Estados e, por fim, um Estado Federal, regido pela Constituição de 1787⁸².

Influenciada pelo ideal de igualdade e liberdade apregoado na América do Norte, a França, por meio de uma Revolução, tratou de difundir o constitucionalismo para outros estados europeus e, por conseguinte, também aos países sul-americanos.

Contemporâneos à Revolução Francesa, os movimentos de independência e o constitucionalismo:

[...] obedeciam à ideologia liberal e refletiam o temor ao absolutismo, procurando garantir as liberdades individuais, sustentar o equilíbrio jurídico do Estado e a independência entre os poderes constituídos. É o predomínio da autonomia da vontade; esta concepção ignora a estrutura social e os organismos intermediários que propiciam o bem-estar do homem em sociedade⁸³.

Todavia, é preciso afirmar que muito antes dos movimentos emancipacionistas, a América espanhola já havia consagrado formalmente o princípio da igualdade jurídica, o que, bem cedo, evidenciou-se inócuo, uma vez que era clara a desigualdade de fato entre nativos e colonizadores, principalmente no que tange à ocupação de cargos públicos. Tal desigualdade ficou patente quando um dispositivo real de 1538, estabeleceu que, no provimento dos cargos, os conquistadores que fossem casados e que não possuíssem índios seriam favorecidos. Quiçá em 1590, determinou-se que a administração da justiça fosse exercida pelos descendentes dos conquistadores, povoadores e descobridores, originários das Américas.

Por derradeiro, urge reconhecer que, depois do êxito dos movimentos emancipacionistas, os países latino-americanos sofreram forte influxo do constitucionalismo norte-americano e do enciclopedismo da Revolução Francesa, mormente no que tange aos países estabelecidos às margens do Rio da Prata, os quais desenvolveram seus Estados sobre o dogma nitidamente liberal estruturado no racionalismo.

2.2. O DESENVOLVIMENTO CONJUNTO DOS PAÍSES LATINO-AMERICANOS NO CONTEXTO DO MERCOSUL E A RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA

⁸² NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de história do direito*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 124.

⁸³ ROSA, op. cit., p. 12.

Não é de hoje que governos e organismos internacionais elaboram planos para desenvolver ou integrar a América Latina, de modo a acabar, ou pelo menos, minimizar a dependência dos países latino-americanos do capital e das tecnologias provenientes da Europa e dos Estados Unidos da América.

No campo dos planos desenvolvimentistas, destaca-se a Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (Cepal) que, a partir dos anos quarenta, marcou a corrente de planejamento de políticas econômicas que paulatinamente adotaram os governos na América Latina. Nesse período, a Cepal sugeriu aos países latino-americanos um plano de substituição de importações, o qual seria promovido e orientado pelo Estado. Ademais, essa Comissão Econômica pregava a necessidade de reformas estruturais no setor agrícola, uma efetiva modernização do aparato produtivo, um maior controle fiscal e a execução de políticas de educação, saúde, habitação, entre outras⁸⁴.

De outro lado, com o fim de coibir o avanço dos ideais da Revolução Cubana, em 1959, os Estados Unidos elaboraram um plano de desenvolvimento para a América Latina, o qual propunha reformas bastante semelhantes às criadas pela Cepal. A esse plano desenvolvimentista se deu o nome de “Aliança para o Progresso”.

Inobstante os esforços para o desenvolvimento político-econômico da região, a baixa institucionalização e as freqüentes crises enfrentadas pelos países sul-americanos impediram que estes tivessem um crescimento contínuo e gradativo, uma vez que faltou para eles um desenvolvimento sócio-econômico continuado baseado na necessária estabilidade política e econômica.

Uma das causas dessa situação de subdesenvolvimento está claramente atrelada com:

[...] o baixo nível na construção institucional recebido pelas sociedades latino-americanas está intimamente ligado às formas assumidas no processo histórico de autoconstrução de suas sociedades civis, mais especificamente, com a erosão dos acordos legais constitucionais por parte das formas populistas de auto-entendimento⁸⁵.

Em outras palavras, é possível afirmar que o aparelhamento institucional das colônias latino-americanas não foi adequado, visto que os colonizadores visavam a

⁸⁴ CARDUCCI, op. cit., p. 29.

⁸⁵ Ibid, p. 85.

exploração do novo continente e não a construção de novos Estados fora da Europa. Essa inadequação continuou sendo praticada pelas elites locais, que, não interessadas na sedimentação de uma cultura institucional, cuidou de aniquilá-la de tempos em tempos.

Da mesma forma dos planos desenvolvimentistas, não são recentes as tentativas de reunião dos países sul-americanos em torno de projetos integracionistas, vez que estes, desde os movimentos de emancipação política, visavam integrar politicamente a região em virtude de um passado e de uma origem em comum.

Desde os movimentos de emancipação na região do Rio da Prata, desenvolveu-se um ideal americanista difundido em toda América Latina, cujo escopo estava na formação de grandes Estados federados. “Entretanto, a idéia de um projeto de alcance continental esbarrou nos localismos políticos das províncias, frustrando-se totalmente”⁸⁶.

A primeira tentativa de se formar um grande Estado Latino Americano foi idealizada por Simón Bolívar, o qual enxergava a viabilidade de se fundar uma federação denominada Grã-Colômbia, inicialmente composta por Colômbia, Venezuela, Equador e Peru. Como é sabido, tal projeto não logrou êxito em razão dos interesses locais.

Posteriormente, já na década de 60, surgiu a ALALC (Associação Latino-Americana de Livre Comércio) através do Tratado de Montevideu, cujo escopo era a formação gradual e progressiva de uma Zona de Livre Comércio. Na década de 80 a ALALC foi substituída pela ALADI (Associação Latino-Americana de Integração) com finalidades semelhantes àquelas propostas por sua antecessora⁸⁷.

Quiçá, em 1969, nasceu a CAN (Comunidade Andina de Nações), que, diferentemente da ALALC, propunha a construção de uma união aduaneira, com tarifas externas comuns para todos os países-parte.

Com efeito, não obstante as inúmeras tentativas de integração, a formação de qualquer tipo de comunidade na América Latina sempre foi obstaculizada pelas elites locais, as quais sempre tiveram receio que a fusão entre Estados pudesse turbar os seus desmandos.

Nesse sentido, Silva assevera que:

[...] o compadrismo político, o correligionarismo e as recíprocas concessões e acomodações de interesses das elites num *status quo* firmemente mantido, também levam ao pressuposto do estabelecimento e manutenção de regimes em geral autoritários, quando não concretamente ditatoriais, que permitem ostentar nas respectivas Constituições os aludidos e belos postulados de

⁸⁶ ROSA, op. cit., p. 78.

⁸⁷ ALMEIDA, Elizabeth Accioly Pinto de. *Mercosul & União européia: estrutura jurídico-institucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999. p. 78.

liberdade e de cidadania, sem que sequer seja seriamente cogitada a sua aplicação⁸⁸.

Conseqüência disso é que, na América Latina, em sua totalidade, sempre se presenciou a criação de notáveis declarações de direitos, no entanto, jamais se viu o efetivo cumprimento de sequer uma delas, pois, em regra, os Documentos Fundamentais de cada um dos países dessa região sempre foram extremamente semânticos, ou seja, sem realidade existencial, dirigido somente a legitimação dos detentores do poder.

O que deveras se vê, é que os períodos de desenvolvimento nos países latino-americanos são curtos e as turbulências quase perenes. Contudo, a região continua procurando estabelecer pontes para uma integração efetiva entre os povos da América Latina, mas tal objetivo ainda encontra obstáculos em questões individuais de cada nação. Dentre eles está a soberania dos Estados independentes, uma vez que esta denota a capacidade autônoma de elaborar e dizer cada qual o seu Direito.

Isso decorre do receio sobre o fenômeno contemporâneo da globalização, o qual projeta para o presente século um dismantelamento das estruturas jurídicas e sociais conquistadas desde o início do constitucionalismo, compartilhando-se porções das atribuições que outrora somente pertenciam a um determinado governo de certo país.

Hoje, o que se vê é a cessão de algumas competências visando a um crescimento conjunto dos envolvidos em uma ou mais relações multilaterais, sem, contudo, lesar a soberania de um Estado. Por isso, importa mencionar que a soberania “[...] não pertence à nação como um ente abstratamente considerado, mas ao seu povo, como garantia da autodeterminação individual e coletiva de cada um de todos⁸⁹”, isto é, quem deve conduzir o Estado é a vontade popular.

Adiante disso, para que haja uma harmonização da soberania com a integração internacional, é preciso “[...] sempre considerar as normas constitucionais, não como normas isoladas ou dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema unitário de normas e princípios⁹⁰”. Isto é, para se buscar as finalidades reais de um povo no que se refere à integração, deve-se analisar o Texto constitucional almejando a harmonização dos preceitos que aparentemente são contraditórios (soberania e integração). Assim, para que se possa chegar a um resultado satisfatório, sem o aviltamento da Carta Magna, é necessário que a

⁸⁸ SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Direito constitucional do mercosul*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 58.

⁸⁹ STRAUS, Flávio Augusto Saraiva, *Soberania e integração latino-americana: uma perspectiva constitucional do MERCOSUL*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 124.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 119.

concepção de soberania não seja aquela do final da Idade Média, mas a que melhor retrata a vontade popular nos dias contemporâneos.

Sobre isso, Straus exorta que:

[...] tal concepção de Soberania, diferentemente daquela original, de Bodin, ou de muitos dos que o sucederam, jamais poderá ser vista como antinômica à integração. Ao contrário, **é esta atualização que está a demandar o conceito constitucional de Soberania**, para legitimar, não só os múltiplos processos de integração que se encontram em curso no planeta, como também eventuais processos de secessão, como os que se esboçam na antiga Iugoslávia, no Leste Europeu ou em Timor Leste (em relação à Indonésia), pois, sendo um povo o titular da respectiva Soberania, não poderá permanecer integrado a outro ou outros povos, mormente sob a forma de Estado Unitário ou Federal, senão por sua própria vontade, até porque a legitimação da escravidão já foi há muito banida do Direito Internacional⁹¹.

Segundo o ensinamento supracitado, o Estado, quando integrado a um bloco, não perde a sua Soberania, uma vez que o titular desta (o povo) já tinha aceitado a integração, isto é, o povo conserva a capacidade de autodeterminação, podendo inclusive, separar-se do bloco, a qualquer momento, mediante denúncia ao tratado internacional⁹². Na verdade, se está diante de um novo modelo no qual a soberania não é eliminada, mas é compartilhada.

Em razão disso, não é recomendável tratar os blocos que hoje se estruturam no mundo como novas federações de Estados, mas sim como confederações, sob as quais todos os membros cedem parte de sua soberania para o bloco e recebem em troca as benesses experimentadas pelo grupo, ou seja, o Estado-membro conserva sua condição de soberano, compartilhando apenas algumas áreas que inicialmente seriam de sua atribuição exclusiva.

Relevante ressaltar que nos presentes dias, o sucesso de um bloco não está na formação de um super-Estado federal, colocando sobre este o ônus de solucionar as mazelas regionais, antes, cada membro deve tratar de problemas particulares de forma particularizada, sem invocá-los em nível supranacional.

Em diferentes termos:

Não se trata, portanto, de criar um superestado que substitua os estados. Trata-se, sim, de criar uma organização que permita aos estados exercer as suas funções no mundo atual, gerindo, pois, as redes de estados não de forma hierarquizada mas auto-reguladora com base em normas que regulem a

⁹¹ STRAUS, op. cit., p. 124.

⁹² No Mercosul, a denúncia está prevista no artigo 21 do Tratado de Assunção, o qual orienta que: “O Estado Parte que desejar desvincular-se do presente Tratado deverá comunicar essa intenção aos demais Estados Partes de maneira expressa e formal, efetuando no prazo de sessenta (60) dias a entrega do documento de denúncia ao Ministério das Relações Exteriores da República do Paraguai, que o distribuirá aos demais Estados Partes”.

relação entre estados⁹³.

Sinteticamente, na compatibilização entre soberania e integração entre os países-membro de um bloco, “O que importa, assim, é que este Povo não se submeta, que não se obrigue a não ser em função do próprio consentimento, quando então não se tratará de submissão, mas de contrato, de assunção de obrigações soberanamente⁹⁴”.

Seguindo essa nova concepção de soberania e, contrariando os prognósticos negativos sobre uma integração de países latino-americanos, nasceu, em 1991, o Mercosul, “[...] associação de Estados nacionais destinada a proteger imediatamente a economia dos seus membros, e mediatamente a sua soberania nacional em face das investidas desnacionalizadoras da economia global⁹⁵”.

Instituído por meio do Tratado de Assunção em 31 de dezembro de 1994, o Mercosul tem por escopo a integração entre Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai num bloco econômico em torno de um mercado comum.

Embora o Mercosul tenha sido reconhecido no Brasil através do Decreto nº 350, de 21.11.1991, antes disso, o povo brasileiro, por meio de seus representantes na constituinte, já havia atribuído legitimidade a esse mister, determinado explicitamente no art. 4º, parágrafo único, da Constituição Federal que o Brasil buscasse se integrar com as nações latino-americanas. Esse dispositivo orienta que: “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

Infere-se que, através desse artigo, o povo brasileiro permitiu que o Brasil “abrisse mão” de parte da sua soberania para formar uma comunidade latino-americana de nações. Inobstante isso, para alguns, tal preceito é entendido como *mero programa*, sem qualquer compromisso efetivo de realização. No entanto, o conteúdo que a Carta Constitucional aponta a necessidade por uma efetiva integração entre os povos latino-americanos, sem medir esforços para fazê-la.

Urge ressaltar ainda que comando contido no dispositivo supracitado emanou do Poder Constituinte Originário, que pressupõe a cabal concordância do povo, o qual, como já se afirmou, é titular da soberania estatal. Isso faz com que as normas programáticas contidas na Constituição devam ser interpretadas em consonância com o princípio da máxima

⁹³ AMARAL, J. F. União européia: o pós-federalismo. *Boletim de ciências econômicas*. Universidade de Coimbra, Coimbra, ano 55, n. 49, p. 79-95, 2006. p. 83.

⁹⁴ STRAUS, op. cit., p. 137.

⁹⁵ SILVA, 2000, op. cit., p. 25.

efetividade e o da força normativa, porquanto devem atribuir o sentido de maior eficácia ao texto e, ao mesmo tempo, adequá-lo às atualizações normativas.

Vale mencionar que Argentina (artigos 31 e 75, inc. 22, da CNA), Paraguai (artigos 137, 141 e 145, CRP) e Uruguai (artigo 6º da CROU), acompanharam o Direito brasileiro e também estabeleceram em suas respectivas Constituições a previsão do processo de integração entre nações latino-americanas. Por isso, acredita-se que “O corolário deste diálogo será, no futuro, a possibilidade da criação de uma Carta Social do MERCOSUL⁹⁶”, o que, naturalmente, significará o mesmo para a América Latina como um todo, levando-se em consideração a expectativa da ampliação desse bloco.

Diante dessas disposições explicitadas pelo direito positivo dos quatro países-membros do Mercosul, pergunta-se: já é possível haver um espaço público entre os países do bloco? Analisando as semelhanças entre os países latino-americanos, Belaunde responde que:

[...] sin lugar a dudas están dadas la condiciones para que exista. Todo ayuda: la lengua, la historia compartida, la religión (catolicismo y un gran fondo de cristianismo), la forma de gobierno, los derechos humanos, el pluralismo (como se observa en la forma de gobierno), los derechos humanos, el pluralismo (como se observa en la tolerancia a otras lenguas), los lazos de dependencia económica, la cultura compartida, etc⁹⁷.

Porém, embora haja inúmeros aspectos favoráveis para uma efetiva integração dos países latino-americanos, incluindo a criação de um espaço público comum, os fins apregoados pelo Tratado de Assunção ainda têm de enfrentar a “[...] arraigada cultura de exclusivismo nacional, da qual decorre uma ótica isolacionista [...]”⁹⁸. Conseqüência disso é que não há uma efetiva adequação dos órgãos internos em relação aos padrões dos órgãos intergovernamentais.

Isso porque, não há uma transparência efetiva nas atividades do poder público, por conseguinte, quase não existe participação popular na gestão pública e no funcionamento dos partidos políticos. Na realidade, a participação popular somente se dá em momentos pontuais com o sufrágio, o qual, não raramente, é violado por fraudes. Assim, é quase que inexistente a participação dos indivíduos na criação de um Estado verdadeiramente democrático condicionado pelo respeito ao Direito.

Todavia, como bem salienta Grün, a globalização e os movimentos

⁹⁶ ROSA, op. cit., p. 260.

⁹⁷ BELAUNDE, D. G. ¿Existe un espacio público latino americano? *Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 1, p. 1-10, jan./jun. 2003. p. 9.

⁹⁸ SILVA, 2000, op. cit., p. 299.

integracionistas tendem a fornecer um maior espaço para a produção do direito àqueles que jamais tiveram relevância direta na produção das normas jurídicas. Desta forma, será possível vislumbrar corporações multinacionais, uniões internacionais de trabalhadores e organizações não governamentais (exemplo: Green Peace) influenciando diretamente no ordenamento jurídico dos blocos econômicos, ou até mesmo, no globo como um todo⁹⁹.

Nessa perspectiva, poderá haver um espaço público comum entre os países do bloco, onde a política comunitária assumirá papel relevante em decisões fundamentais por meio dos partidos políticos, das associações religiosas e das organizações não governamentais (atuação comunitária ou global), contribuindo assim para a uniformização político-institucional do Mercosul e dos demais blocos econômicos.

O primeiro passo a ser dado rumo a esse caminho é a criação de órgãos supranacionais efetivamente reconhecidos. Para tanto, é preciso que os Estados que compõem o bloco estructurem as suas jurisdições de acordo com a jurisdição supranacional, ou seja, o parâmetro para a interpretação da norma deve ser fornecido por um tribunal supranacional, mormente em matéria de direitos humanos. Quiçá, os órgãos internos de cada país-membro devem respeitar e se adequar à estrutura fornecida pelo bloco, para que não haja discrepâncias na atuação do Direito supranacional.

Sob esse prisma, Boldorini acrescenta que:

Este modo de integración supone la creación de órganos supranacionales. Por lo tanto, los Estados que la integran delegan su respectivo monopolio en la creación del Derecho a favor de un órgano supranacional y, además, se comprometen a aplicar en su territorio las disposiciones que dicte. Hay, asimismo, un órgano jurisdiccional comunitario autónomo¹⁰⁰.

Extrai-se que a integração pressupõe uma reforma constitucional visando disciplinar a relação entre o Direito interno e internacional, para implementar um melhor relacionamento entre os Estados-membros e também para tornar mais claras e facilitadas as relações entre si. Não obstante isso, a possibilidade de vinculação dos juízes internos às decisões supranacionais parece um pouco distante, haja vista que tal vertente da integração requer um maior amadurecimento político.

Ademais, as normas regulamentadoras, provenientes de tratados entre os membros do bloco, sequer são aplicáveis de plano aos quatro países, antes, há necessidade da aprovação de determinado ditame supranacional pelos parlamentos dos Estados-membros,

⁹⁹ GRÜN, E. Las globalizaciones jurídicas. *Revista Facultad de derecho y ciencias políticas*. Medellín, n. 105. v. 36, p. 323-339, 2006. p. 329.

¹⁰⁰ Apud STRAUS, op. cit., p. 49.

para, aí sim, se tornar cogente aquilo que se pactuou.

Sobre isso, Anjos explica que:

Todo esse conjunto normativo, destinado a reger as relações entre os agentes da integração, por respeito à soberania dos estados partes dos referidos tratados não se integra automaticamente às suas ordens jurídicas, não gozando, como seria o caso se tratasse de um direito verdadeiramente comunitário, do denominado efeito direto. Como se sabe, o princípio do efeito direto permite que os tribunais nacionais apliquem normas do Direito Internacional quando estas se acham ainda no estágio de independência das ordens nacionais, naquelas situações em que as regras internacionais não são incorporadas ao direito nacional ou quando incorporadas o formam inadequadamente¹⁰¹.

Noutras palavras, é o mesmo que se afirmar que além do Mercosul não ser estruturalmente e suficientemente organizado, ele não possui normas que exprimam obrigatoriedade, cogência normativa. O que se vê é a absorção do “[...] princípio da vigência simultânea, que impede a aplicação da norma emanada do Mercosul enquanto não incorporada em todos os sistemas jurídicos dos países membros¹⁰²”, cuja expressão maior está no artigo 42 do Protocolo de Ouro Preto.

Por isso, é relevante frisar que jamais existiu um direito comunitário no Mercosul tal qual ocorre na União Européia. Há, na verdade, muito receio de se tocar em questões atinentes à soberania da cada Estado, ou seja, preferiu-se preservar o individualismo de cada um dos membros em detrimento da solidificação de um bloco. Contudo, no dia 7 de maio de 2007, em Montevideu, instituiu-se o parlamento do Mercosul, cuja composição se deu por indicação dos Poderes Legislativos de cada um dos membros.

No Brasil, o presidente do Congresso Nacional, Renan Calheiros, indicou nove deputados titulares e nove suplentes para representarem o Brasil em questões relativas ao bloco. Perceba-se que, até agora, ao contrário do Parlamento Europeu, o órgão legislativo do Mercosul foi estruturado pelo voto indireto, o que demonstra a intenção de se organizar uma confederação de Estados e não uma federação de cidadãos. Na Europa, o parlamento “[...] é eleito por voto direto e universal pelos cidadãos europeus, para um mandato de 5 anos. A composição do Parlamento será proporcional às populações dos Estados componentes¹⁰³”.

Inobstante as aspirações confederativas, na projeção da estruturação do

¹⁰¹ ANJOS, Alberico Teixeira dos. O Mercosul e sua produção normativa. *Revista brasileira de direito comparado*. Instituto de direito comparado luso-brasileiro, Rio de Janeiro, ano 25, n. 28, p. 149-179, 2005. p. 159.

¹⁰² *Ibid.*, p. 161.

¹⁰³ FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito constitucional comparado*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 390.

Mercosul, espera-se que, até 2010, haja eleição direta de parlamentares, com representação por gênero, etnia e região, tornando-o um bloco formado por cidadãos, correndo o risco de se criar mais um gigante Estado federal. Imperioso mencionar que qualquer projeto federalista idealizado para o Mercosul nascerá morto, visto que a realidade imposta pela globalização exige um número maior de relações multilaterais, não sendo aconselhável a restrição dos interesses de uma nação a uma determinada região do globo. Por conseguinte, espera-se a estruturação e a fortificação de um modelo confederativo, cujo paradigma não seja uma rede exclusiva de estados.

Destaque-se que tanto o Tratado de Assunção quanto o Protocolo de Ouro Preto nunca falaram em supranacionalidade, mas em intergovernabilidade. Isso porque, como já se afirmou, ao contrário da União Européia, o objetivo do Mercosul não é criar uma nova federação de Estados, mas sim estruturar uma confederação entre os mesmos, para que as identidades políticas, culturais e sociais de cada um dos Estados sejam preservadas. Acredita-se que em face disso e de outras questões já mencionadas acerca de soberania, os países-membros do Mercosul não correm o risco de perderem suas identidades, porquanto uma confederação reserva plena autonomia aos entes confederados, isto é, não se trata de uma organização de cidadãos, mas sim de Estados soberanos.

Utilizando-se do diagnóstico feito por Amaral ao bloco europeu, pode-se afirmar que, para que o sucesso do Mercosul seja efetivado, é necessário “Garantir a gestão, através de instituições supranacionais, mais responsáveis perante os estados, dos interesses comuns e coletivos¹⁰⁴”. É preciso ainda que os países-membros elaborem uma normatização que efetivamente viabilize a integração com reconhecimento e cumprimento cabal dos tratados internacionais.

O processo de globalização tem acentuado os interesses coletivos mundiais (os desafios lançados pelas armas de destruição maciça ou pelas agressões ambientais são exemplos claros) e tem por vezes tornado mais difíceis as atuações dos estados destinadas à satisfação das necessidades comuns individuais (por exemplo, a instabilidade monetária mundial devida à liberalização dos movimentos de capitais)¹⁰⁵.

Além disso, é forçoso erigir o respeito aos direitos humanos ao lugar máximo dos ditames intergovernamentais e estabelecê-lo como condição *sino quo a non* para o ingresso de outros países que hoje se encontram distantes do bloco.

¹⁰⁴ AMARAL, op. cit., p. 85.

¹⁰⁵ Ibid., p. 84.

Urge ressaltar ainda que, para o sucesso de um bloco na atual conjuntura, não se deve exigir exclusividade, ou melhor, fidelidade dos parceiros em face de outros blocos, haja vista que ante um mundo globalizado não há mais a possibilidade de se unilateralizar as relações entre Estados. Se assim não for, estará presente a verdadeira lesão da soberania estatal, pois se criaria uma federação, cujos entes federados estariam submetidos integralmente às manifestações do bloco, sem espaço para os interesses soberanos de um determinado povo.

De outra sorte, o Estado confederado poderia fazer tudo aquilo que bem lhe apraz, desde que, não prejudique os outros membros do bloco. Exemplo concreto disso é a inclusão da Venezuela como país-membro do Mercosul. Ora, um país que vive sob uma ditadura constitucional de índole armamentista poderia vir a integrar um bloco, cujo estandarte é a paz e os Direitos humanos?

Aparentemente, a inclusão da Venezuela, por hora, não parece a melhor opção para o Mercosul, pois tal aceitação implicaria em lesão ou ameaça de lesão aos interesses individuais e coletivos, principalmente quando um movimento armamentista travestido de nacionalismo, põe em risco direitos difusos dos outros países-parte.

De igual forma, embora não seja possível a exclusão de um sócio-fundador, a participação do Brasil no Mercosul deveria ser revista e os demais membros deveriam reivindicar explicações sobre o desmatamento na Amazônia, uma vez que a preservação do meio ambiente também diz respeito aos parceiros do bloco.

De acordo com Amaral:

Esta concepção tem uma contrapartida, que é a necessidade de os povos aceitarem uma regulação que os impeça de prejudicar indevidamente os interesses dos outros povos e daí a obrigatoriedade interesses coletivos. Dessa forma, a defesa de uma confederação de estados não se pode confundir com uma posição nacionalista, para a qual só os interesses nacionais contam, mesmo quando prejudicam os interesses coletivos. A limitação da soberania dos estados faz, com efeito, todo o sentido quando se trata da regulação de interesses coletivos¹⁰⁶.

Derradeiramente, é preciso afirmar que, para uma integração efetiva e duradoura entre os países que compõem o Mercosul, é necessário que se superem os antigos ranços de outras épocas, readaptando-se as Constituições de cada um deles à nova realidade que se apresenta, principalmente no que tange a novel concepção de soberania, à defesa dos direitos humanos e à tutela da ordem econômica. Demais disso, é imperioso que se

¹⁰⁶ AMARAL, op. cit., p. 88.

conscientizem governos e cidadãos sobre o respeito dos direitos coletivos *lato sensu*, porquanto um grupo heterogêneo só pode ser bem sucedido quando se respeita os interesses de todos aqueles que o integram.

2.3. O CONSTITUCIONALISMO NOS PAÍSES DO MERCOSUL

Durante o período de colonização, Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, assim como o resto dos países da América Latina, tiveram por característica institucional “[...] a reprodução de uma cultura humanista anacrônica e de um aparato jurídico corporativo, patrimonialista e repressivo¹⁰⁷”. Isto é, diferentemente do que ocorrera nos Estados Unidos, os colonizadores da América Latina não se preocuparam em lançar bases sólidas para uma institucionalização que pudesse levar as colônias a um desenvolvimento humano satisfatório, antes, os objetivos das coroas ibéricas se resumiram no “lucro pelo lucro”, a essência de um capitalismo selvagem, ao sabor do pensamento da época.

O modelo de colonização dos países do bloco se fundou no centralismo político, no alto grau de burocratização, na fragilidade institucional e na inexistência da participação popular na vida das colônias e, pior, não sabiam o que isto implicava como responsabilidade para eles. Isso fez com que os movimentos de independência não tivessem grandes projetos de construção de um Estado, de forma que os colonos queriam a autonomia política sem saber o que isso significava.

Desta feita, os colonos foram facilmente motivados pelo ideal liberal individualista que já havia encontrado seu espaço na América do norte e na Europa.

No entanto, Carducci adverte que:

[...] a aquisição política do Estado liberal constitucional realizou-se somente de forma quase simbólica e converteu-se em instrumento de uma elite governante que não segue as condições previstas, mas, ao contrário, com a ajuda da Constituição, governa inconstitucionalmente¹⁰⁸.

Assim, a adoção do liberalismo como ideal primário em face do absolutismo deu lugar às constituições “semânticas”. Nestas, a realidade ontológica é a formalização da situação do poder político existente em benefício exclusivo dos detentores de fato desse

¹⁰⁷ WOLKMER, op. cit., p. 36.

¹⁰⁸ CARDUCCI, op. cit., p. 26.

poder. Servem apenas para estabilizar e eternizar a intervenção dos dominadores de fato na comunidade¹⁰⁹. Sinteticamente, as Constituições dos países do Mercosul, em alguns períodos, assumiram um caráter semântico e apenas serviram para perpetuar o *status quo*. Noutros termos, esse tipo de Constituição adotado apenas legitimou as relações de poder que de fato já existiam. Isso fez com que aqueles que, outrora já possuíam o poder, continuassem a exercer o domínio de uma forma mais velada.

Por essa razão, é preciso ressaltar que as instituições constitucionais nunca atingiram um grau de maturação suficiente para acomodar políticas de longo prazo por períodos significativos que facilitassem uma evolução sociopolítica nos países do Mercosul.

Esse déficit institucional, fortemente ligado à permanência de formas políticas de auto-entendimento que erosionam a autoridade do constitucionalismo como instituição, propicia e se imbrica, por sua vez, com o surgimento de movimentos populistas ou autoritários que através da instrumentalização de mecanismos constitucionais próprios, corroem a autoridade da lei e do direito¹¹⁰.

Deveras, é cristalina a associação da baixa institucionalização ao surgimento de movimentos populistas ou autoritários, uma vez que estes destroem aquilo que já foi juridicamente construído, passando por cima dos comandos legais.

Além da ausência de estímulo por parte dos colonizadores ibéricos, parte dessa insuficiência institucional foi causada pela politização das instituições, as quais, em vários momentos, estiveram vinculadas a alguma corrente ideológica que visava tomar do poder.

Acerca disso, Bryce assevera que:

Lamentablemente, cuando los nuevos países accedieron a la independencia, se encontraron con un hecho nuevo: y es que nunca habían tenido experiencia de gobierno, jamás habían practicado el *self government* como sucedió en las colonias norteamericanas. Y no existía formada una clase política. Fruto de ello es que, salvando algunas personalidades y periodos destacados, todo o casi todo el siglo XIX es un periodo de sobresaltos, de familiarismo y de continuas guerras, tanto civiles como internacionales¹¹¹.

Diante desse problema, não é possível imaginar um desenvolvimento sociopolítico sem a construção de mecanismos institucionais sólidos que garantam a efetivação dos objetivos apregoados pelos textos constitucionais, porquanto, uma “[...]”

¹⁰⁹ MIRANDA, 2000, op. cit., p. 23.

¹¹⁰ CARDUCCI, op. cit., p. 21.

¹¹¹ Apud BELAUNDE, op. cit., p. 7.

mudança de longo prazo não é possível sem a consolidação (civilização) efetiva de instituições (expectativas cognitivas e normativas) capazes de obrigar o compromisso dos que têm poder com os que não o têm¹¹².

Mister afirmar que o processo de modernização nos países do Mercosul não foi seguido pela estabilização legal, algo que gerou um baixo grau de jurisdição e uma precariedade institucional.

Embora não estivessem mais subjugadas aos desmandos da península ibérica, as Cartas políticas dos países que hoje integram o Mercosul sempre se posicionaram no sentido de conservarem o controle centralizado, burocrático e antidemocrático do poder, não obstante proclamarem a independência científica, a divisão de poderes, a garantia liberal de direitos e a existência do Estado Democrático de Direito.

Conseqüência disso é que os governos desses países podem ser considerados antidemocráticos em virtude da conservação dos privilégios imperiais em favor do chefe do Poder Executivo, o qual exerce com primazia os atos de governo. Noutros termos, é imperioso dizer que:

Na região, a instituição presidencial derivou num presidencialismo abusivo e excessivo. O controle do Executivo tem sido tomado por presidentes que não o eram no sentido republicano da palavra, senão resquícios do absolutismo que acabavam por desconhecer a própria instituição¹¹³.

Apesar da grande maioria das democracias estáveis no mundo adotarem o regime parlamentarista, os países que compõem o Mercosul, conjuntamente com os demais países latino-americanos adotaram como sistema de governo o presidencialismo, o qual só foi bem sucedido nos Estados Unidos, aliás, isto por se tratar de um presidencialismo que convive com estruturas políticas diferentes das nossas, isto em termos de Estados-membro e de partidos políticos.

No presidencialismo, o chefe do Poder Executivo adquire o poder de vetar leis e incorpora ampla possibilidade de ação em situações de emergência.

Um fator de tensão no sistema presidencialista é que:

[...] tanto o presidente como a assembléia têm razões para considerar-se como legítimos, pois ambos os poderes são eleitos pelo voto popular, e sua origem e sobrevivência são mutuamente independentes. Assim, em caso de interesses opostos, não há nenhum princípio democrático que possa resolver as disputas entre o Executivo e o Legislativo acerca de qual dos dois

¹¹² CARDUCCI, op. cit., p. 80.

¹¹³ Ibid., p. 48.

representa realmente a vontade do povo¹¹⁴.

A crença em uma “super-legitimidade” do presidente e os inúmeros privilégios destinados a ele são causas constantes do surgimento de novos governos, cujas raízes se encontram no populismo e no autoritarismo, modelos que, via de regra, destroem a pouca institucionalização e aumentam a descrença dos investidores. Em regra, os usurpadores do poder na América Latina se valeram de golpes de Estado para emplacarem seus desmandos, diferentemente do que ocorreu nos países desenvolvidos, nos quais os movimentos revolucionários, reforçados pela vontade popular, mudaram os rumos de diversos Estados.

Costuma-se distinguir revolução propriamente dita do *golpe de Estado* (*coup d'État*): aquela envolve movimentos de massa e tem mais profundidade; esta ocorre tão somente na cúpula e se limita a efeitos políticos. Um golpe de Estado se caracteriza quando, por meios inconstitucionais, uma elite governante derruba e substitui outra no poder, sem reflexos profundos na estrutura da sociedade. Tem sido o caso, por exemplo, de diversos *pronunciamentos* ocorridos na América Latina: repentinamente um grupo de generais destitui os governantes do país, sem que isso represente mudanças na organização sócio-econômica como um todo.

Revolução, pelo contrário, pressupõe corte de vínculos entre o passado e o futuro. No momento em que começam a se produzir normas que não encontrem fundamento material, nem precedente formal, naquelas que existiam imediatamente antes, - aí temos uma revolução¹¹⁵.

É preciso mencionar que um dos maiores poderes atribuídos aos presidentes dos países que integram o Mercosul é a possibilidade de criar regimes de exceção em casos de emergência que coloquem em risco a segurança nacional. Nessa atribuição o chefe do Poder Executivo assume a função de “ditador constitucional”, e, como tal, pode cassar os direitos individuais dos cidadãos. Dentre os instrumentos utilizados em casos de emergência está o estado de sítio *ad libitum*, o qual se encontra positivado nas constituições dos quatro países-membros e que, em face disso, permite ao presidente eleito suspender liberdades cívicas e governar ditatorialmente.

Frise-se que não se quer extirpar o instituto do estado de sítio, haja vista que, na sua essência, tem o escopo de resguardar a ordem constitucional, fazendo com que os alicerces do Estado permaneçam firmes mesmo em tempos de convulsão social. Entretanto, deve-se criticar tal mecanismo por, às vezes, servir de suporte para a perpetuação de um determinado governante num cargo. Ocorre que, historicamente, essa brecha deixada pelo

¹¹⁴ CARDUCCI, op. cit., p. 49.

¹¹⁵ RUSCHEL, Ruy Ruben. *Direito constitucional em tempos de crise*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1997. p. 60-61.

Texto constitucional para momentos de emergência fora utilizada para a imposição de regimes militares, os quais, em regra, contavam com a simpatia de setores representantes de interesses econômicos transnacionais e as burguesias locais.

Essa postura, em algumas oportunidades, criou regimes autoritários, não soberanos, visto que não contavam com a ratificação popular e não se submetem ao império da lei, ou seja, não há convergência entre aquilo que se pratica no governo e os ditames impostos pelo Pacto Inaugural. Isso fez com que os países do Mercosul conjuntamente com os outros países latino-americanos fossem rotulados como lugares “sem lei”, onde a lei pode deixar de ser cumprida pelo poderoso. Tal situação não atribui credibilidade ao sistema e suas instituições. Por isso, os sucessivos desrespeitos às constituições latino-americanas fazem com que as Cartas Magnas não sejam efetivas e, assim, reconhecidas como Constituições sem constitucionalismo, frutos da formação de Estados que precedeu a estruturação das nações¹¹⁶.

Conseqüência disso é que as constantes mudanças de rumo na política dos países-membros fizeram com que um projeto de longo prazo fosse deixado de lado por causa da ideologia política de um determinado grupo. Isso implicou na insatisfação dos governados com seus governantes e permitiu o surgimento de “[...] movimentos sociais latino-americanos, principalmente na segunda metade do século XX [...]”, os quais “[...] foram eficazes para frear e deslocar as ditaduras militares, porém não foram capazes de consolidar a democracia¹¹⁷”.

Contudo, parece cristalino a prejudicialidade desse modelo perverso para os países latino-americanos, pois:

Esses processos de *transições*, de mudanças políticas e reorganizações autoritárias da sociedade foram modificando as condições da democracia e da política, porém, fundamentalmente, fragilizaram as regras de convivência, as expectativas e as normas de reciprocidade sócio-cultural, fazendo da democracia uma mera retórica técnica que despotencializou as instituições e a própria democracia¹¹⁸.

Em verdade, os presidentes personificam e aparelham o Estado de acordo com suas características pessoais. É em torno deles que os principais atos de governo se materializam e, por conseqüência, é a eles que o povo atribui a figura do único responsável pela gestão pública. Em face disso, não foram raras as oportunidades em que o personalismo político dos presidentes implicou no cerceamento de direitos humanos e na imposição de governos demagógicos, nos quais, de certa forma, o povo era adulado pelos “mimos

¹¹⁶ CARDUCCI, op. cit., p. 80.

¹¹⁷ Ibid., p. 74.

¹¹⁸ VIADEL apud Ibid., p. 25.

paternalistas” de um lado, ao passo que, por outro, tinha liberdades individuais restringidas.

Hodiernamente, é possível asseverar no que tange à garantia de direitos fundamentais, ao menos formalmente, que todo “[...] o direito constitucional latino-americano, baseia-se na dignidade da pessoa humana e na proteção dos direitos que dela derivam¹¹⁹”. De igual forma, todos os países que compõem o Mercosul fundam suas bases constitucionais no reconhecimento e na tutela da dignidade da pessoa humana, valor que, conjuntamente com os outros citados acima, corrobora para a integração efetiva do bloco.

Com supedâneo nesse corolário (dignidade da pessoa humana), conforme se tratará adiante, os Estados-parte têm caminhado, cada um no seu ritmo, rumo à defesa constitucional dos direitos humanos de terceira geração, mormente àqueles ligados à defesa do consumidor e do meio ambiente.

Nesse sentido, Rolla destaca que:

Sin embargo, a la base de las recientes codificaciones constitucionales en materia de derechos fundamentales, se encuentra una nota comun, que se traduce en el valor primario de la dignidad humana, que opera como núcleo aglutinador del sistema juridico de derechos humanos¹²⁰.

Demais disso, os países membros do Mercosul consagram manifestações claras em suas legislações acerca da defesa dos direitos humanos, ainda que estes provenham de tratados internacionais. Dentre as constituições que salientam tal tutela, pode-se mencionar a Constituição da Argentina, no seu art. 75, e a do Brasil, no seu art. 4º.

Em razão desse reconhecimento dos direitos humanos, uma forte característica contida nas constituições dos países do Mercosul é o excessivo uso de normas programáticas, as quais, para alguns, são apenas:

[...] normas orientadoras da ação do Estado e dos operadores jurídicos, porém privam de eficácia direta a seu conteúdo, não estabelecendo verdadeiros direitos ou faculdades das pessoas nem obrigações para os órgãos estatais, nem tuteláveis juridicamente, são normas de caráter essencialmente políticas com o fim de que a ação dos governantes se canalize no sentido de satisfazer, na medida das possibilidades econômicas do Estado, as pretensões materiais da comunidade que levam a uma sociedade mais igualitária e justa [...]¹²¹.

¹¹⁹ ALCALÁ, H. N. A dignidade da pessoa humana e os direitos econômicos, culturais e sociais: uma aproximação latino-americana. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 20, p. 156-183, out./dez. 2004. p. 159.

¹²⁰ ROLLA, Giancarlo. *La concepcion de los derechos fundamentales en el constitucionalismo latinoamericano*. Universidade de Génova: Génova. Disponível em:

<http://www.costituionale.unige.it/crdc/docs/articles/rolla3.pdf>. Acesso em: 7 de maio de 2007. p. 7.

¹²¹ ALCALÁ, op. cit., 168.

Sendo assim, tais normas não possuiriam eficácia plena e, por conseguinte, dependeriam da situação de desenvolvimento e da existência de recursos do Estado para sua realização. Na atualidade, inúmeros estudiosos do Direito constitucional já declararam a morte das constituições programáticas ou dirigentes, entendendo que estas, de uma forma ou de outra, acabam sendo desrespeitadas ou sequer implementadas.

Note-se que uma consequência desse dirigismo constitucional é a exaustiva enumeração de direitos nas Constituições latino-americanas, quiçá, a dos países-membros do Mercosul, sobre a qual Rolla afirma que:

[...] los catálogos constitucionales en tema de derechos, es la evidente propensión a la especificación de las situaciones subjetivas reconocidas como derechos. La codificación tiende a ser exhaustiva y a especificar en modo detallado los perfiles de la personalidad y del actuar humano que se encuentran tutelados. Las listas resultan bastante minuciosas y con frecuencia el constituyente se encarga de identificar directamente las situaciones jurídicas subjetivas por tutelar¹²².

Isso se dá em razão da falta de segurança jurídica desses Estados, que não raramente expõem para suas populações interpretações tendenciosas que cerceiam direitos conquistados ao longo de décadas pelo povo. Todavia, a mera positivação da dignidade da pessoa humana não é suficiente para que o povo sinta no mundo concreto o verdadeiro sentido desse preceito, haja vista que a transcrição de um princípio em uma Carta política não supre as necessidades da população, porquanto esse procedimento é concebido de cima para baixo, sem reflexo algum no mundo real. O fato é que tais discrepâncias têm gerado cada vez mais uma desconfiança, tanto na efetividade da Constituição, quanto da vontade política e, ainda, na capacidade do Estado em implementá-la.

Diante disso, recomenda-se que os direitos humanos devam ser codificados somente quando estiverem sido aceitos e incorporados pela cultura jurídica e política de cada país¹²³.

Sobre esse problema dos países do Mercosul, Carducci esclarece que:

Somente a formação de um sistema institucional compatível com o grau de diferenciação social, característica das modernas sociedades complexas, é capaz de estabelecer um complexo constitucional efetivo, cuja base supõe a

¹²² ROLLA, op. cit., p. 6.

¹²³ Este é o ponto fulcral da concepção social da Constituição formulada por Lassalle.

total autonomia do direito, da política, da ciência, da religião, da arte etc¹²⁴.

Por derradeiro, é preciso afirmar que a institucionalização efêmera, o déficit democrático, a concessão de poderes excessivos ao chefe do Poder Executivo, a grande quantidade de normas programáticas e a exaustiva enumeração normativa são as causas da fragilidade do constitucionalismo nos países do Mercosul por conta das suas sucessivas alterações constitucionais.

2.3.1. Influências constitucionais dos países do Mercosul

Sem lugar para dúvidas, é inegável que as constituições dos países-parte do Mercosul possuem semelhanças com as constituições europeias, especialmente com o velho constitucionalismo espanhol e português; pois, Espanha e Portugal impuseram seus ordenamentos jurídicos e estabeleceram nas colônias latino-americanas as instituições de acordo com as que já existiam no velho continente.

Portanto, da Cultura Jurídica latino-americana há de se ter em conta a herança colonial luso-hispânica (e suas respectivas raízes romano-germânicas) e os processos normativo-disciplinares provenientes da modernidade capitalista, liberal-individualista e burguesa¹²⁵.

A parte espanhola da América pode considerar como sua primeira constituição a Carta elaborada pelas Cortes de Cádiz, a qual teve por escopo ajudar a conciliar os interesses dos colonizadores e dos colonos em face do absolutismo.

Possuem verdade os que afirmam a participação latino-americana nas Cortes de Cádiz, porquanto 63 dentre os 366 deputados eram americanos, os quais contribuíram para a elaboração do documento que, a partir de então, passaria a limitar os poderes do império espanhol. Destarte, “[...] la Constitución de 1812 se considera el primer y único intento que realizó la clase política española, conjuntamente con la americana, de crear una comunidad hispánica de naciones, una verdadera *commonwealth*”¹²⁶.

Mister asseverar que, no Brasil, borbuhavam os ideais liberais em 1821, os

¹²⁴ CARDUCCI, op. cit., p. 21.

¹²⁵ WOLKMER, op. cit., 34.

¹²⁶ BELAUNDE apud ROLLA, op. cit., p. 3.

quais pressionavam a adoção de um governo constitucional. Tais pressões fizeram com que, por pelo menos algumas horas, o país adotasse a Constituição de Cádiz até que uma Constituição própria, editada em conformidade com a realidade local, fosse arquitetada.

Assim, na noite de 21 de abril de 1821:

O monarca cedeu à imposição, coagindo pelas circunstâncias. Na mesma noite emitiu e mandou imprimir decreto com o seguinte teor: *Sou servido ordenar que de hoje em diante se fique estrita e literalmente observado neste Reino do Brasil a mencionada Constituição Espanhola até o momento em que se ache inteira e definitivamente estabelecida a Constituição deliberada e decidida pelas Cortes de Lisboa*¹²⁷.

Tomado pela histórica dificuldade de tomar decisões, no dia 22, D. João VI expediu um novo decreto declarando nulo tudo aquilo que ele mesmo determinou na noite anterior, nomeando um governo provisório, o qual deveria orientar os destinos do Brasil até que a Constituição Portuguesa fosse criada.

Passado o período colonial, as nações latino-americanas se organizaram com o intuito de criar seus respectivos Estados e, por conseguinte, suas Constituições.

Acerca desse período é preciso ressaltar que:

[...] os documentos e os textos legais elaborados na América Latina, em grande parte têm sido a expressão da vontade e do interesse de setores das elites dominantes, formadas e influenciadas pela cultura européia ou anglo-norte-americana. Poucas vezes, na história da região, as constituições e os códigos positivos reproduzem, rigorosamente, as necessidades de todos os seguimentos da sociedade civil. Em geral, os textos legais, [...] *foram formulados e promulgados de cima para baixo. Foram concebidos pelas elites e não pelos trabalhadores, dificilmente os documentos jurídicos podem ser considerados neutros, equilibrados e apolíticos* [...] ¹²⁸.

É evidente que as Constituições latino-americanas inaugurais não foram influenciadas somente pela península ibérica, antes, os ordenamentos dos países do sul experimentaram consideráveis evoluções por meio dos ideais liberais do século XIX proclamados na Declaração francesa dos direitos do homem e do cidadão e no *Bill of Rights* norte-americano.

Como conseqüência, as primeiras Cartas políticas dos países-membros do Mercosul primaram pela extinção da forma monárquica de governo; a construção de Estados republicanos (com exceção do Brasil que, durante os primeiros anos de sua independência

¹²⁷ RUSCHEL, op. cit., p. 12

¹²⁸ WOLKMER, op. cit., 35.

conservou a atribuição do governo a um rei, auto-intitulado Imperador); pela separação de poderes; pela alternância dos governantes etc.

Contudo, essas Cartas políticas não foram meras cópias dos documentos revolucionários a elas contemporâneos, mas guardaram em suas essências características peculiares, jamais vistas em outros ordenamentos.

Sobre esse assunto, Belaunde ensina que:

La cultura latinoamericana, y en consecuencia el Derecho Constitucional latinoamericano – mucho más que el Derecho privado – tienen ciertos rasgos especiales que los hacen distintos de los demás sistemas o culturas, con los que no pueden igualarse. Evidentemente, no creo que pueda afirmarse que el constitucionalismo latinoamericano sea *original*, porque decididamente no lo es. Pero podemos decir que es *peculiar*, es decir, que no ha adaptado, transformado y mejorado, de manera que con tales ingredientes, han creado algo distinto, no original, pero sí diferenciado de sus matrices europeas y de sus raíces vernáculas. Y además, con acentos propios¹²⁹.

Demais disso, a jurisdição constitucional dos países do Mercosul é um capítulo à parte nessa distinção dos sistemas constitucionais, uma vez que esses Estados criaram métodos híbridos de controle de constitucionalidade. Com efeito, nesses países não se segue rigorosamente os modelos (austríaco, francês e norte-americano) de controle de constitucionalidade, todavia, há uma fusão entre eles que resulta num sistema *sui generis* de averiguação de constitucionalidade.

No que tange às espécies de constitucionalismo latino-americano é possível distinguir três tipologias: “[...] um constitucionalismo social mexicano, um constitucionalismo liberal luso-brasileiro e um constitucionalismo *bolivariano*¹³⁰”. Como é evidente, o Brasil seguiu os caminhos do constitucionalismo luso-brasileiro (embora, no decorrer da história, tenha sofrido influxo dos ideais do constitucionalismo mexicano), ao passo que, Argentina, Paraguai e Uruguai seguiram as influências do constitucionalismo social mexicano.

Resta salientar que a união dos países-parte em tona do Mercosul, além de alavancar o crescimento econômico da região, ao menos como proposta e expectativa, provoca uma mútua influência normativa e jurisprudencial, a qual funciona como uma espécie de controle de constitucionalidade, haja vista que os tratados que reconhecem direitos são assinados por todos aqueles que ratificaram o tratado de Assunção.

Assim, os países-parte estão criando as bases para uma futura constituição

¹²⁹ BELAUNDE, op. cit., p. 5.

¹³⁰ LOBRANO apud CARDUCCI, op. cit., p. 19.

regional e, conseqüentemente, uma verdadeira jurisdição constitucional do Mercosul, mas isto, porém, é visto numa perspectiva de longo prazo, considerando o conjunto de desencontros não resolvidos e de propostas não implementadas. Dentre elas a plena harmonização das normas que regem a ordem econômica de cada um dos partícipes no processo de integração, mormente no que toca à defesa do consumidor e do meio ambiente.

2.3.2. A evolução do constitucionalismo nos Estados-parte do Mercosul

Por causa da invasão Napoleônica e da abdicação do rei Carlos IV, a Espanha convocou uma grande assembléia legislativa, a qual se deu o nome de “Cortes de Cádiz”. Essas Cortes foram estabelecidas em 1810 e funcionaram por quatro anos. Através dessas Cortes se aprovou a chamada Constituição de 1812, votada como já se afirmou, por 366 deputados, dentre os quais, 63 eram provenientes das colônias americanas e representavam os territórios das capitânias gerais.

De acordo com Belaunde:

La Constitución de 1812 fue el primer y único intento que realizó la clase política española, conjuntamente con la americana, de crear una comunidad hispánica de naciones, una verdadera *commonwealth*, que lamentablemente no llegó a nada. Con la vuelta al trono del rey Fernando VII, se derogó la Carta de 1812 y se volvió al absolutismo¹³¹.

Insatisfeitos com esse retorno ao absolutismo, a elite latino-americana buscou meios para emancipar os territórios americanos a fim de criar Estados com independência política e econômica do império espanhol.

De igual forma, na América portuguesa:

[...] fatores *externos* (invasão napoleônica à Península Ibérica e a ruptura do *pacto colonial*) e *internos* (o crescimento de movimentos nacionalistas) contribuíram para as lutas de independência que, além de caráter político e social, não deixaram de expressar posturas plenamente humanistas¹³².

Assim, dada a insustentabilidade do pacto colonial, os países latino-americanos

¹³¹ BELAUNDE, op. cit., p. 4.

¹³² WOLKMWER, op. cit., p. 33.

foram um a um proclamando sua autonomia política e promulgando sua Carta fundamental.

Deveras, é sabido que:

O advento do constitucionalismo ocorreu, em tempos diversos, para os quatro países que hoje integram o MERCOSUL. O Brasil obteve sua independência e, em seguida, lançou-se à tarefa de elaboração de sua primeira Carta Magna outorgada pelo imperador em 1824. Nesse tempo, o Uruguai estava sob o domínio do Império do Brasil e, portanto, submetido à mesma Constituição Imperial brasileira, até obter a independência e promulgar sua primeira Constituição, em 1830. No caso da Argentina, a situação era peculiar, em razão de as províncias autônomas haverem desenvolvido uma forma bastante aperfeiçoada de constitucionalismo, que dava sustentação ao ordenamento jurídico interno, além de formar as bases constitucionais para a sua primeira Carta Política, em 1853¹³³.

Aos poucos, os quatro países foram estabelecendo os ideais que nortearam o período pós-independência, dentre os quais estão o modelo econômico capitalista, o liberalismo individualista, o sistema de governo presidencial (salvo no Brasil, onde a monarquia sobreviveu por mais alguns anos) etc. No entanto, é cediço que, mesmo depois da independência, as elites desses países continuaram buscando conservar as antigas estruturas de caráter corporativo e patrimonialista, “compatibilizando” tais práticas com os ideais supracitados.

Como se vê, os desmandos que freqüentemente se apresentam nessa região são frutos da “[...] herança não-democrática, elitista [...], hierárquica e autoritária [...]”¹³⁴, que se impôs desde os colonizadores e que foram mantidos pelas elites locais. Por conta desses desencontros na condução de suas políticas internas, é preciso afirmar que, na concessão de direitos sociais ao povo, a Argentina, o Brasil, o Paraguai e o Uruguai foram extremamente tardios, mormente quando comparados com o México que, desde a primeira Carta política, garantiu inúmeros direitos aos cidadãos.

A respeito disso, Rosa assegura que:

Os direitos sociais absorvidos mais precocemente pelo constitucionalismo dos países que hoje integram o MERCOSUL, foram a educação gratuita e os socorros públicos. Na Constituição do Império do Brasil de 1824, constavam estes dois preceitos. Assim também procedeu a primeira Constituição uruguaia com respeito à educação e, um pouco mais tarde, a Carta Política paraguaia. Na Argentina, a gratuidade do ensino público era prevista em projetos que precederam à aprovação da Carta de 1853, entretanto o texto acabou sendo aprovado com a supressão deste dispositivo. As Constituições

¹³³ ROSA, op. cit., p. 245.

¹³⁴ WOLKMER, op. cit., p. 34.

provinciais, a partir daí, incorporaram, em seus textos a obrigatoriedade em prover o ensino básico gratuito. Contudo, o texto de 1853/1860 resguarda como princípio diretor, nas Declarações de Direitos e Garantias, o direito de ensinar e aprender. Os Estatutos Políticos, em vigência nos quatro países, resguardam o direito de ensino básico, a liberdade de ensinar e aprender, e a autonomia das Universidades¹³⁵.

No mesmo diapasão, é importante frisar que os colonizadores espanhóis tomaram medidas mais efetivas do que os portugueses no que tange à educação, haja vista que aqueles se adiantaram muito em fundar universidade nas colônias. Isso se reflete claramente no presente, porquanto Argentina, Paraguai e Uruguai possuem um índice de escolaridade maior que o do Brasil, que sustenta um alto número de analfabetos.

No que tange à escravidão:

A Carta Magna argentina também se conformara dentro de paradigmas estritamente liberais, entretanto isola, do mesmo modo, a política escravista do Brasil, declarando livres todos os escravos que se introduzissem em território nacional. Por fim, a primeira Constituição paraguaia enfatiza o comprometimento do Estado com o processo educativo, declara o trabalho como atividade livre, recepcionando igualmente os princípios liberais e condena enfaticamente o regime de escravidão, colocando, de vez, o Brasil isolado nesta vergonhosa posição de manter sua economia atrelada à exploração do braço escravo, até 1988¹³⁶.

Por mais de cem anos os países-membros vivenciaram regimes semi-democráticos, sem, contudo, experimentar o que verdadeiramente significa a palavra democracia.

Estimulados por organismos externos, as forças militares tomam o poder e apenas deixam claro aquilo que estava velado, a saber, a irrelevância do povo ante a condução do Estado. Isso fez com que diversas “Constituições” fossem outorgadas, as quais cassavam direitos historicamente conquistados pela população, além de estabelecer arbitrariedades incompatíveis com qualquer Estado democrático.

Findado o período ditatorial na década de 1980, a “democracia” retorna e avança no sentido de garantir diversos direitos à pessoa humana e à sociedade como um todo. Os países-membros se comprometem em respeitar a ordem constitucional, a alternância nos cargos públicos, a transparência no gasto do dinheiro público, o respeito dos direitos humanos, o controle constitucional da legislação etc.¹³⁷

¹³⁵ ROSA, op. cit., p. 257.

¹³⁶ Ibid., p. 256.

¹³⁷ BELAUNDE, op. cit., p. 8.

2.3.3. O constitucionalismo argentino

O Estatuto provisório de 1811 foi o primeiro passo dado pelo constitucionalismo argentino, uma vez que trouxe nuances relativas à regulação das atribuições da Junta Provisória de Governo e do Triunvirato. Posteriormente, em 1819, o Congresso de Tucumán sancionou uma Carta constitucional de caráter centralista e conservador, a qual não foi ratificada pelas províncias, pois estas objetivavam construir uma confederação de províncias, deixando de lado qualquer possibilidade de se estruturar um grande Estado unitário.

Repetindo os mesmos erros da Constituição de 1819, a Carta de 1826 também foi rechaçada pelas províncias, em virtude das mesmas tendências centralizadoras dos seus preceitos. Contrariando essa perspectiva, em 1831, por meio da convenção de Santa Fé surge o Pacto Federal, o qual veio a ser o precedente mais importante para a Constituição de 1853.

Em face dos desencontros entre aprovação e aceitação de um Texto fundamental para a nação argentina, o período de 1810 a 1860 se caracterizou pela elaboração de Constituições Provinciais, cartas e pactos, cujos objetivos estavam firmados na regulamentação do relacionamento entre as províncias.

Acerca disso, Rosa afirma que nos cinquenta primeiros anos da independência argentina:

[...] as províncias fortaleceram suas autonomias e solidificaram suas instituições, criando assim verdadeiros entes de direito público que acabaram por lançar a base essencial de um sistema federal de governo. A província de Buenos Aires se soma às demais na luta por instituições autônomas, porém velhos grupos, formados por elites com idéias centralistas e interesses localizados, impõem o pensamento de um governo nacional¹³⁸.

Nessa época, apenas três províncias não possuíam documentos constitucionais: Buenos Aires, Rioja e Mendonça. Os documentos constitucionais das demais províncias não possuíam um rigor formal como se observa nas constituições contemporâneas, pois tinham caráter rústico e precário, meramente declaratório das aspirações de outrora. Todavia, é inegável a importância de tais documentos no processo de sedimentação dos ideais

¹³⁸ ROSA, op. cit., p. 85.

constitucionais no texto nacional, uma vez que isso fez com que o ideal do federalismo amadurecesse, respeitando as regulamentações locais e suas autonomias.

Em 20.11.1852, na cidade de Santa Fé, inicia-se o processo solene de instituição do Congresso Constituinte, o qual teve por escopo elaborar e promulgar aquela que seria a primeira Constituição argentina. No entanto, para essa Assembléia, Buenos Aires não enviou representantes, pois se recusava em perder sua hegemonia e os privilégios do seu porto.

É importante ressaltar que:

As fontes nas quais se inspiram os congressistas, são os propósitos antecedentes nacionais, tais como, os pactos e tratados, as diversas tentativas de produzir uma Constituição desde 1813, a Constituição norte-americana e a notável obra de Alberdi: *Bases y puntos de partida para la organización nacional*¹³⁹.

Aprovada em 30 de abril de 1853 e promulgada 25 de maio do mesmo ano pelo Congresso Constituinte, a primeira Constituição da Argentina passa a produzir seus efeitos, o que faz até os dias atuais, embora esteja bastante emendada. “Tal Texto, assim como suas alterações válidas, sempre guardaram estreita consonância com a realidade política e social do País, o que jamais ocorreu com suas congêneres brasileiras [...]”¹⁴⁰, e, por isso, sempre foi dotada de longevidade e aceitação da população.

O Documento de 1853 estruturou o Poder Legislativo em um sistema bicameral, com Câmara e Senado. Este conservou a autonomia das províncias, as quais detinham igualdade de representação no Senado, ao passo que a Câmara era preenchida pelo voto proporcional dos eleitores. Assim, “El Senado es el órgano federal por antonomasia em razón de la representación paritaria de las provincias, según fue instituído por la Constitución nacional de 1853, siguiendo el antecedente de la ley suprema norteamericana”¹⁴¹.

Interessante notar que o respeito às províncias fez com que a Argentina experimentasse uma realidade confederativa semelhante àquela vivenciada nos Estados Unidos, já que as unidades federadas tinham organizações distintas e se encontravam em estágios diversos de desenvolvimento humano e social. Em verdade, pode-se assegurar que a federação argentina foi estruturada sobre princípios de direito internacional e não sobre normas de direito público interno, o qual, em regra, leva em conta apenas questões

¹³⁹ ROSA, op. cit., p. 91.

¹⁴⁰ SILVA, 2000, op. cit., p. 47.

¹⁴¹ HERNANDEZ, A. M. La descentralización del poder en estado argentino. *Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 1, p. 339-399, jan./jun. 2003. p. 343.

demográficas e geográficas para se determinar uma fração da federação.

Consequência disso é que

[...] o federalismo argentino é concreto e efetivo, porque oriundo de culturas independentistas locais, que num primeiro passo criaram uma confederação; ao contrário, o federalismo brasileiro é meramente formal e retórico, porque oriundo de cultura geral unitária, com cerca de quatrocentos anos de prática anterior. Tudo permite concluir, sua origem foi artificial, inconciliável com a formação do País¹⁴².

Entretanto, é preciso salientar uma sutil característica centralizadora transcrita no Texto inaugural do constitucionalismo argentino, o qual previu a possibilidade do governo federal interferir nas províncias em determinadas situações. Ademais, criou a justiça federal, encabeçada por uma Corte Suprema, a qual deveria equacionar as leis provinciais e federais.

Nesse Documento “O poder executivo nacional foi confiado a um presidente e vice-presidente cujo período de governo compreendia seis anos sem direito a reeleição¹⁴³”. Outros aspectos relevantes trazidos pela Constituição argentina foram as garantias da liberdade de trabalho e a gratuidade da educação primária.

Mister frisar que, trilhando um caminho paralelo à confederação argentina, a província de Buenos Aires não ratificou a Constituição argentina de 1853, antes, no ano de 1854, aprovou seu próprio Estatuto Fundamental. Somente em 1860, depois de algumas concessões recíprocas, criou-se “[...] uma Convenção especialmente para formalizar a incorporação de Buenos Aires à Confederação Argentina, acordada por ambos os governos em um pacto de 11-11-1859 (Pacto de São José de Flores) e no convênio de 6-6-1860 [...]”¹⁴⁴.

Tal Convenção, além de formalizar a incorporação da província de Buenos Aires, implicou na desobediência de um requisito formal imposto pela Constituição de 1853, a saber, a imutabilidade do texto constitucional por dez anos. A reforma de 1960, de maneira retrógrada, suprimiu o direito de instrução primária gratuita, todavia, avançou, ao proclamar a abolição da escravatura e ao negar a possibilidade de aplicação da pena de morte.

Inobstante isso, durante quase um século a Constituição argentina se manteve quase que intacta, sem reformas significativas, o que implicou numa maior identificação entre a sociedade e o Documento Fundamental, mesmo porque, o Texto basilar argentino é histórico, fundado nas experiências vivenciadas por seu povo, sem o dirigismo comum dos países subdesenvolvidos.

¹⁴² SILVA, 2000, op. cit., p. 143.

¹⁴³ ROSA, op. cit., p. 92.

¹⁴⁴ Ibid., 93.

Somente em 1946 se vislumbrou uma reforma profunda na Constituição argentina de 1853, quando então, em 1949, se fez uma ampla reforma constitucional conduzida pelo governo de Juan Domingo Perón. Tal reforma teve como característica principal o abandono do modelo liberal que a Carta de 1853 trazia consigo.

Numa óptica positiva, essa reforma incorporou novos direitos sócio-políticos, incrementou os direitos do trabalhador, tutelou a seguridade social, permitiu a reeleição do presidente, nacionalizou alguns setores da economia etc. De outro prisma, a reforma omitiu-se com relação ao direito de greve e à autonomia sindical. Contudo, a Constituição nacional de 1949 “[...] teve a curta vigência de sete anos, já que foi deixada sem efeito, por ato do governo de fato surgido do movimento armado que derrotou Perón, sendo tal derrogação ratificada pela Convenção de 1957¹⁴⁵”.

Com a tomada do poder por parte dos militares, Perón e sua constituição paternalista deram lugar ao governo militar em 1955. Durante esse período, elaborou-se o texto constitucional de 1957, o qual é reconhecido pela criação do art. 14 bis. Esse artigo pode ser fracionado em três partes: na primeira, elencou os direitos do trabalhador; na segunda, reconheceu os direitos de associação; e, na terceira, apontou os direitos à seguridade social. O lapso conhecido como governo militar “[...] caracterizou-se pela emissão de atos, leis e decretos que, de forma direta ou indireta, alteraram a ordem constitucional vigente¹⁴⁶”.

Passado esse período negro da história argentina, em 1994 ocorreu a última das reformas constitucionais de que se tem notícia. Nela buscou-se preservar um perfil de continuidade, sobre o qual conservaram os valores e princípios consagrados em 1853. Diante disso, o Poder Constituinte Reformador conservou os primeiros 35 artigos da Constituição de 1853 e apenas alterou os artigos posteriores ao art. 35, nos quais incorporou novos ideais e princípios que atualmente regem a Argentina.

A reforma de 1994 trouxe diversas inovações, dentre elas, a tutela do meio ambiente, a redução do mandato presidencial para quatro anos com a possibilidade de reeleição, criação do Conselho da Magistratura etc. De acordo com o texto atual da Constituição, a Federação Argentina é composta por três esferas de poder: governo federal, governo provincial e governo municipal. Ademais, há uma esfera *sui generis* de governo, ou seja, há uma esfera que não se enquadra nas esferas supracitadas.

Este ente estatal de classe especial é o governo autônomo da cidade de Buenos Aires, o qual conserva a natureza de cidade-estado em razão de sediar a administração da

¹⁴⁵ ROSA, op. cit., p. 100.

¹⁴⁶ Ibid., p. 93.

Nação Argentina¹⁴⁷. Ademais, a reforma de 1994 continuou garantindo que: “[...] las provincias tienen poderes conservados e ilimitados, y el gobierno federal ejerce los delegados en forma expresa o implícita, y, por tanto, son poderes limitados¹⁴⁸”.

O sistema de controle de constitucionalidade argentino é exercido de maneira difusa, pois não existe um órgão específico para se reconhecer a existência ou não de normas inconstitucionais de forma concentrada. Assim, cabe aos juízes argentinos definirem caso a caso, aquilo que contraria ou não o sistema constitucional vigente (art. 116 e seg. da CNA).

Por fim, cabe destacar que a Constituição da nação Argentina não traz, de maneira explícita, os referenciais balizadores da ordem econômica, antes se refere de maneira esparsa sobre a defesa do consumidor e do meio ambiente, de acordo com o que se observará mais adiante no capítulo terceiro do presente trabalho.

2.3.4. O constitucionalismo brasileiro

Ante a incapacidade de custear as despesas coloniais, Portugal aplicou no Brasil o regime de capitânicas para povoar, colonizar, administrar e explorar, satisfatoriamente, as novas terras. A fórmula administrativa consistia na subdivisão do território e das competências entre capitães-mores, donatários e colonos.

Nesse regime, os Capitães-Mores recebiam amplos poderes civis, criminais, administrativos e tributários, além de exercerem a função de juiz em casos menores, podendo até aplicar pena de morte se o réu não fosse pessoa pertencente à nobreza. Já os donatários podiam fundar vilas, conceder direitos municipais e instituir certas taxas. Eles eram responsáveis pela redistribuição das terras recebidas dos Capitães-Mores. Por fim, os Colonos possuíam plenos direitos sobre as terras recebidas, sob a condição de exploração efetiva da mesma.

Paralelamente às capitânicas, em 1549, instituiu-se o sistema de Governadores Gerais, que aplicou um elemento unitário na administração da colônia, homogeneizando-se assim, os caminhos a serem percorridos pelos capitães-mores. Nessa fase foi criado o Regimento do Governador-Geral, o qual, de certa forma, precedeu “[...] às cartas políticas, pelo menos na delimitação das funções e no respeito exigido das leis, forais e privilégios,

¹⁴⁷ HERNANDEZ, op. cit., p. 391.

¹⁴⁸ Ibid., p. 341.

atenuando o arbítrio, fixando a ordem jurídica¹⁴⁹”.

Nesse período, Portugal transplantou para sua colônia americana as instituições que funcionavam no velho continente, o que fez com que o Brasil tivesse um significativo atraso institucional frente às demais nações desenvolvidas do planeta, isto é, enquanto os Estados norte-americanos sedimentavam uma cultura de auto-organização, o Brasil insistia em implantar fórmulas que já haviam falhado na Europa, sem qualquer respaldo fático.

A cultura colonial imposta e aplicada ao Brasil conservou quase integralmente “[...] o modelo luso-ibérico da *centralização política e dos valores tradicionais*, concepções que foram contestadas pelo ideário iluminista das *transformações culturais e políticas do despotismo esclarecido, pombalino*, quase dois séculos depois¹⁵⁰”. Contudo, aos poucos, o Brasil foi se organizando política e administrativamente, adaptando as instituições portuguesas à realidade do novo continente.

Em face da chegada de D. João VI ao Brasil juntamente com a família real, “[...] era preciso instalar as repartições, os tribunais e as comodidades necessárias à organização do governo; cumpria estabelecer a ordem, com a polícia, a justiça superior, os órgãos administrativos, que tinham até aí faltado à colônia¹⁵¹”.

Ocorre que tal organização não adentrou ao território nacional, antes, se limitou a circundar a região do Rio de Janeiro. Assim, no interior, o poder de fato continuou concentrado nas mãos dos Capitães-Mores, os quais conservaram a exclusividade de dizer o direito e aplicar sanções.

Insta salientar que, por conta disso, já na fase colonial:

[...] se vê delinear a estrutura do Estado brasileiro que iria constituir-se com a Independência. Especialmente, notamos que, na dispersão do poder político durante a colônia e na formação de centros efetivos de poder locais, se encontram os fatores reais de poder, que darão a característica básica da organização política do Brasil na fase imperial e nos primeiros tempos da fase republicana, e ainda não de todo desaparecida: a formação coronelística oligárquica¹⁵².

No que tange aos ditames legais vigentes nesse período, é preciso ressaltar que a legislação era:

[...] um emaranhado de normas. As mais importantes estavam contidas nas

¹⁴⁹ SILVA, 2003, op. cit., p. 70.

¹⁵⁰ WOLKMER, op. cit., p. 33.

¹⁵¹ SILVA, 2003, op. cit., p. 72.

¹⁵² Ibid., p. 72.

consolidações como foram as Ordenações Afonsinas, vigentes no início do século XVI, as Ordenações Manuelinas, que vigoraram até 1603, e as Ordenações Filipinas, dessa data em diante. Compunham essas consolidações os princípios e dispositivos do direito civil sobre família, sucessões, obrigações, contratos e propriedade, do direito penal e do direito processual¹⁵³.

As Ordenações foram os remédios adotados para curar a dispersão ocasionada pela grande quantidade de leis esparsas que se avolumavam dia a dia, que, por conseguinte, dificultava a aplicação da lei pelos juristas portugueses e brasileiros.

A despeito da unidade legislativa, antes mesmo da proclamação da independência, Portugal e Brasil já eram dois reinos distintos, unidos apenas por uma *união real*. Tal união permitiu que a “nobreza” brasileira (aristocracia culta formada na Universidade de Coimbra), alçasse vãos mais altos no sentido de aplicar no Brasil alguns ideais que estavam em voga na Europa, a saber: o liberalismo, o parlamentarismo, o constitucionalismo, o federalismo, a democracia, a república.

Com o retorno da corte ao velho continente, esses ideais se afloraram e compeliram o príncipe regente a proclamar a independência do Brasil e se comprometer a elaborar um documento constitucional ao qual ele, e todos os detentores do poder deveriam respeitar. Por conseguinte, o príncipe, que naquele momento foi aclamado como imperador, convocou uma assembléia para que se arquitetasse uma Constituição. Importante não olvidar os movimentos populares que, através de ações hostis, também contribuíram para a independência.

Segundo Silva:

A idéia descentralizadora, como a republicana, despontara desde cedo na história político-constitucional do Império. Os federalistas surgem no âmago da Constituição de 1823, e permanecem durante todo o Império, provocando rebeliões como as *Balaçadas*, as *Cabanadas*, as *Sabinadas*, a *República de Piratini*¹⁵⁴.

Em virtude da vastidão territorial, não foi tão simples reunir representantes de todas as províncias na Assembléia Constituinte. Dentre os 90 deputados eleitos por 14 províncias para a elaboração de uma Carta Política, vários sequer chegaram a participar dos trabalhos. Entretanto, é importante frisar que a participação do Imperador na condução da Assembléia foi um dos elementos que garantiu a unidade territorial por centralizar o poder

¹⁵³ WEHLING apud ROSA, op. cit., p. 47.

¹⁵⁴ SILVA, 2003, op. cit., p. 77.

político exclusivamente em suas mãos.

Para a elaboração de um anteprojeto constitucional formou-se uma comissão integrada por seis membros. O trabalho realizado recebeu críticas contundentes em razão de conter inúmeras semelhanças com as recentes constituições de Portugal e Espanha. Em razão dos fatos, Antônio Carlos ficou incumbido de elaborar novo projeto, que se apresentou como código liberal contendo 272 artigos e elaborado de acordo com as idéias da época [...] ¹⁵⁵.

Esse código liberal não teve êxito, pois seu texto era bastante analítico, carregado de expressões descritivas, as quais deixavam os princípios fundantes assaz obscuros. Por conta disso, Dom Pedro I apresentou um projeto que serviu como sustentáculo para a elaboração da Constituição Imperial brasileira, a primeira elaborada no Brasil. Essa Constituição foi influenciada pelas doutrinas e experiências mais modernas experimentadas pelos países europeus. Todavia, a Carta do império não se livrou dos paradigmas jurídicos luso-brasileiros, nem tampouco da forma monárquica de governo.

Os Poderes Moderador e Executivo eram exercidos pelo Imperador. O Poder Judiciário era composto por juízes e jurados, ao passo que:

O Poder Legislativo era exercido pela assembléia geral, composta de duas câmaras: a dos deputados, eletiva e temporária, e a dos senadores, integrada de membros vitalícios nomeados pelo Imperador dentre os componentes de uma lista tríplice eleita por província (arts. 13, 35, 40 e 43). A eleição era indireta e censitária ¹⁵⁶.

Inobstante a clareza dos paradigmas constitucionais ibéricos, “Contudo, segue pacífica entre os autores a tese de que a principal influência sobre a Carta Imperial, foi a Constituição Francesa de 1814 ¹⁵⁷”, uma vez que pregava os ideais liberais individualistas, garantindo o direito de propriedade, a livre iniciativa, a liberdade de trabalho etc. Dentre as principais características desse Texto estão: a índole fortemente centralizadora, a garantia da instrução primária gratuita a todos os cidadãos e o reconhecimento da dignidade humana.

Entretanto, na prática, mantém-se o regime escravista e o tráfico negreiro. A cidadania não é reconhecida aos trabalhadores escravizados e às populações americanas negativas. Com uma população de aproximadamente quatro milhões de habitantes, o Brasil detinha um contingente de 1,5 milhões de

¹⁵⁵ ROSA, op. cit., p. 65.

¹⁵⁶ SILVA, 2003, op. cit., p. 75.

¹⁵⁷ ROSA, op. cit., p. 124.

trabalhadores escravizados¹⁵⁸.

Na reforma de 1834, foi necessário que os eleitores votassem em deputados com a prerrogativa de *poder reformador* para executar a tarefa de revisar o Texto Fundamental. Por conta disso, o Senado não participou do Ato Adicional de 12.8.1834, porquanto os senadores não receberam do povo um mandato *ad hoc*. A principal conquista trazida por essa reforma foi: a atribuição de competência legislativa às assembleias provinciais, com a devida sanção do presidente da província. Frise-se que, a partir desse momento, inicia-se o processo de federalização brasileiro, o qual diferentemente do norte-americano, se deu por segregação¹⁵⁹. Tal medida implicou em uma maior descentralização do poder e num aumento da autonomia provincial.

Porém, no Brasil, não é aconselhável afirmar que as províncias de fato eram dotadas de soberania. Em verdade, criou-se “[...] uma federação artificial quanto ao passado e à realidade das unidades que a integram, como resultado da desagregação de um Estado unitário¹⁶⁰”.

É preciso fixar que, em razão de uma emancipação pacífica orientada pelo príncipe de Portugal, D. Pedro I, é sabido que o Brasil, desde o início do seu auto-governo, não encontrou convergência entre o constitucionalismo e aquilo que o povo desejava. Com efeito, desde a formação do Estado brasileiro o povo ficou marginalizado nas decisões políticas, restando a alguns poderosos a missão de conformar um Texto fundamental à realidade social. Noutros termos, diferentemente dos países que batalharam por suas independências, a população não viu no movimento emancipacionista uma causa sua, a qual valia a pena dar a própria vida.

Com a proclamação da república, as ideologias que apregoavam o liberalismo, o federalismo e a democracia, ganharam coro e se fortaleceram no sentido de servirem de sustentáculo para a nova ordem jurídico-constitucional que naquele momento surgia.

A Constituição de 1891, a primeira Carta republicana promulgada no Brasil, influenciada pelos documentos políticos norte-americano, argentino e suíço, foi elaborada com base nas idéias liberais que ainda predominavam na segunda metade do século XIX, adotou a concepção formal liberal para a condução do Estado. Não obstante isso, na prática,

¹⁵⁸ ROSA, op. cit., p. 127.

¹⁵⁹ O federalismo por segregação é aquele fruto do desmembramento de um Estado unitário em diversas regiões administrativas autônomas. No modelo estadunidense, os Estados, que já eram autônomos, se juntaram com o escopo de fundar um grande estado federado. A essa modalidade de união se dá o nome de federalismo por agregação.

¹⁶⁰ SILVA, 2000, op. cit., p. 123.

tal Documento carecia de realidade existencial, pois seus ditames não encontravam efetividade no meio da sociedade, passível de ser considerada, de acordo com Lassalle, meras folhas de papel.

Nesse período, os poderes e prestígio dos governadores se sustentavam na influência dos coronéis, os quais conservaram os poderes adquiridos durante o período colonial e imperial, em nada se alterando após a fragmentação do Estado unitário. Por isso é possível afirmar que:

O coronelismo fora o poder real e efetivo, a despeito das normas constitucionais traçarem esquemas formais da organização nacional com a teoria de divisão de poderes e tudo. A relação de forças dos coronéis elegia os governadores, os deputados e senadores. Os governadores impunham o Presidente da República. Nesse jogo, os deputados e senadores dependiam da liderança dos governadores. Tudo isso forma uma constituição material em desconsonância com o esquema normativo da Constituição então vigente e tão bem estruturada formalmente¹⁶¹.

A despeito dos ideais republicanos que outrora se afluíam, os clamores sociais sobre legislação trabalhista não foram atendidos pela Constituição de 1891. No que tange aos direitos sociais ela se mostrou bastante tímida, se mostrando, inclusive, bastante restritiva nessa área se comparada à Carta imperial, a qual já garantia socorros públicos e o direito à instrução primária.

A reforma de 1926 se deu por iniciativa do Presidente da República, Arthur Bernardes, que entre tantas modificações introduzidas no texto, incorporou ao Texto constitucional alguns direitos do trabalhador, visto que o desenvolvimento econômico propiciou condições para o enfraquecimento do coronelismo, permitindo-se, por conseguinte a observância de algumas questões sociais.

A partir desse momento, o constitucionalismo começa a abandonar o modelo luso-brasileiro para seguir os passos da Constituição social mexicana, voltada à realização de políticas sociais mais relevantes, sob a batuta de um Estado paternalista.

A Constituição de 1934 trouxe a possibilidade do voto feminino (arts. 108 e ss.). Sua essência foi visivelmente influenciada pela Constituição alemã de Weimar, pela Constituição mexicana de 1917 e pela Constituição da República Espanhola de 1931, o que carregou seu texto de normas programáticas de cunho social. Nesta Carta, ficou evidente desde o início o interesse de estabelecer um regime democrático fundado na unidade nacional, na liberdade e na justiça. Entre suas preocupações estava a estruturação do bem-estar social e

¹⁶¹ CARONE apud SILVA, 2003, op. cit., p. 80.

econômico. Além disso, ela inaugurou alguns instrumentos constitucionais de garantia de direitos, dentre eles o Mandado de Segurança e a Ação Popular.

Com efeito, a Carta de 1934 foi a primeira a trazer a expressão “direitos sociais”, dentre os quais tutelavam a isonomia salarial, o salário mínimo regional, a jornada de 8 horas, a proibição do trabalho do menor de 14 anos, repouso semanal, indenização por dispensa sem justa causa, assistência médica e sanitária do trabalhador, proteção à maternidade, previdência social, férias anuais remuneradas etc. Demais disso, a Carta de 1934 garantiu o amparo aos desvalidos, aos infantes e às famílias com prole numerosa.

Inobstante a satisfação popular gerada pelos direitos ofertados pelo Texto de 1934, esta foi modificada por Decreto Legislativo em 6.12.1935. Dentre essas emendas houve uma que permitiu:

[...] ao Presidente da República declarar estado de sítio ou estado de guerra em defesa das instituições políticas ou sociais. Em razão deste fato, na vigência da Constituição de 1934, durante um considerável período, estiveram suspensas as garantias constitucionais¹⁶².

Apesar dos avanços conquistados por esse Documento, Getúlio Vargas, o presidente da época, dissolveu a Câmara e o Senado, revogou a Constituição de 1934 e outorgou a Carta de 1937, prometendo a realização de um plebiscito para aprová-la. No entanto, jamais convocou o povo para se manifestar sobre sua criação. Em suma, instituiu-se uma verdadeira ditadura soberana, vez que se colocou acima do próprio Estado, assumindo o Poder Constituinte Originário.

Tal texto caracterizou-se por ser extremamente flexível, haja vista que sofreu vinte e uma emendas, “[...] através de *leis constitucionais*, que a alteravam ao sabor das necessidades e conveniências do momento e, não raro, até do capricho do chefe do executivo¹⁶³”. Essas “leis constitucionais” são assim chamadas em virtude do desrespeito do rigor formal que geralmente envolve as normas constitucionais, isto é, bastava a elaboração de textos ordinários para que se revogassem normas de conteúdo constitucional, sem a exigência de quorum qualificado.

Demais disso, a Carta de 1937, rotulada por alguns de “Polaca”, uma vez que seus ditames seguiram os passos da Carta Polonesa imposta pelo General Pilsudski dois anos antes, foi considerada como um texto semântico, porquanto estruturou o Estado para um

¹⁶² ROSA, op. cit., p. 140.

¹⁶³ SILVA, 2003, op. cit., p. 83.

regime autoritário, individualizado e, extremamente, corporativista. Em face disso, ela fantasiava as relações de poder.

Contudo, não se deve atribuir somente críticas a essa Carta, antes ressaltar que:

Sob a égide da Constituição de 1937 foram criados a Justiça do Trabalho (já instituída pelo art. 122 da Carta de 1934), os Conselhos Regionais do Trabalho, o Conselho Nacional (no Rio), Juntas de Conciliação e Julgamento nas capitais dos Estados e no Rio, todos esses órgãos sob a competência do Ministério do Trabalho, porém gozando de alguma autonomia. Entretanto, estava suspenso o direito de greve (considerado delito), não existia a autonomia sindical. Estes encontravam-se vinculados ao Ministério do Trabalho¹⁶⁴.

Em face da turbulência político-econômica gerada pela segunda guerra mundial, foi preciso reavaliar tudo aquilo que vinha sendo praticado no Brasil e reestruturar a ordem jurídica brasileira de acordo com a realidade que se apresentava, ou seja, o combate ao nazi-fascismo e a adaptação a uma nova ordem mundial bipolar, preconizada por duas grandes potências, de um lado os Estados Unidos (capitalista) e, de outro, a União Soviética (socialista).

Por conseqüência, elaborou-se a Constituição de 1946, a qual conservou as conquistas trabalhistas de 1934 e 1937. Isto é, o que se fez foi uma ampliação dos direitos laborais, reconhecendo o direito de greve, assistência aos desempregados (sem regulamentação clara) e a participação nos lucros das empresas.

Entretanto, é impreterível mencionar que para a elaboração do texto de 1946 o ditador dispensou a formação de uma Assembléia Nacional Constituinte *ad hoc*, antes, achou por bem atribuir ao parlamento ordinário o ônus de estabelecer uma nova ordem constitucional. Assim, em 2 de fevereiro de 1946, instalou-se o parlamento travestido de Assembléia Constituinte, algo extremamente condenável pela doutrina constitucionalista, visto que são órgãos e funções distintos.

Segundo a boa doutrina, a A.N.C. deve representar uma só entidade – o povo. Ora, o Congresso tem significado jurídico misto, composto de mandatários do povo (os deputados) misturados a representantes dos Estados (os senadores). O método de escolha de uns e outros, ademais, introduz certa desproporcionalidade em relação ao eleitorado, o que não é próprio de uma assembléia constituinte¹⁶⁵.

¹⁶⁴ ROSA, op. cit., p. 143.

¹⁶⁵ RUSCHEL, op. cit., p. 95.

De acordo com Ruschel, para se haver uma Assembléia Nacional Constituinte legítima é preciso que haja eleição dos representantes sem nenhuma restrição em torno de filiação partidária, permitindo-se assim um amplo debate pelos diversos segmentos sociais sobre os rumos do novo Estado e, por fim, uma ratificação popular por meio de referendo sobre temas essenciais da Constituição¹⁶⁶.

Essa Constituição não conseguiu realizar-se plenamente, até porque, os seus ditames não encontraram suporte na realidade, passando a ser considerada, de acordo com o pensamento de Lassalle, uma mera folha de papel.

Note-se que, por meio de uma emenda constitucional (EC n. 6/61) que modificou a Constituição dessa época, trouxe a única experiência brasileira com o sistema parlamentarista, o qual, em pouco tempo, foi suplantado pelo sistema presidencialista de governo que resiste até os presentes dias.

Inobstante as minguadas experiências democráticas trazidas pelas Constituições republicanas, em 1964, através de um golpe militar extremamente repressivo, o exército tomou o poder e passou a governar o país por meio de presidentes militares. Buscando legitimar as arbitrariedades praticadas naquele momento, os militares decidiram elaborar um Texto Fundamental que desse legitimidade existencial ao novo regime.

A despeito da falta de rigor formal em virtude da pressa em sua elaboração (o trabalho não foi conduzido por uma Assembléia Nacional Constituinte), a Constituição Brasileira de 1967 foi aprovada por meio do Ato Institucional nº4 de 7.12.1966 que convocou o Congresso Nacional, para reunir-se extraordinariamente, votar e promulgar o projeto de Constituição de iniciativa do Presidente da República.

Essa postura implicou numa série de vícios formais que fizeram com que a Carta de 1967 fosse considerada ilegítima. Dentre esses vícios estão: a falta de participação direta e proporcional das bases da sociedade em sua elaboração; a promulgação pelo Congresso Nacional, o qual é órgão constituído e não Constituinte; a ausência de rigor formal no quorum de votação das propostas; a pressão por celeridade imposta pelo comando militar; a possibilidade de aprovação do texto proposto por expiração do tempo (aprovação tácita) concedido pelos “revolucionários” (artigo 8º, *in fine*, do A. I. 4); por fim, a ameaça de suspensão de direitos e de cassação de mandatos dos parlamentares¹⁶⁷.

Em suma, “A Carta de 1967 espelhou uma enorme mentira histórica que

¹⁶⁶ Ibid., p. 96.

¹⁶⁷ RUSCHEL, op. cit., p. 30-31.

conduziu o país ao presente estado de descrédito popular nas instituições¹⁶⁸”. Tudo parecia falso: a democracia, a federação, a independência dos poderes, o liberalismo e o Estado Social.

A principal característica da Constituição de 1967 foi a centralização do poder, de todas as Constituições brasileiras foi a que deu maiores poderes ao Presidente da República. Outra ocorrência importante, no sentido de que definiu o rompimento da ordem constitucional, foi a edição dos atos institucionais [...] seguido de vários atos complementares e Decretos-Leis¹⁶⁹.

Em face dessa insegurança jurídica, os cidadãos que tivessem seus direitos fundamentais violados não poderiam mais se valer do Mandado de Segurança, do *Habeas Corpus* e nem de outros instrumentos processuais cabíveis para cessar a lesão de direitos. Em contrapartida, durante o auge do regime militar, surge o direito ao seguro-desemprego, benefício custeado pela previdência social (foi regulamentado pela Lei nº 4.923/75), o qual foi apenas citado pela Constituição anterior. Ademais, reduz-se o tempo de contribuição para as mulheres que pretendiam se aposentar.

A falta de realidade existencial implicou na elaboração de outro documento fundamental. Tratada por uma corrente minoritária como emenda constitucional ao Texto de 1967, a Carta de 1969 é pacificamente reconhecida como uma nova Constituição, a qual não trouxe direitos relevantes que a distinguisse das suas antecessoras, ao contrário, restringiu ainda mais os âmbitos de liberdade.

Acerca disso, Silva exorta que:

Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformado, a começar pela denominação que lhe deu: *Constituição da República Federativa do Brasil*, enquanto a de 1967 se chamava apenas *Constituição do Brasil*¹⁷⁰.

Superada a fase ditatorial, em 18.8.1985, por iniciativa do então presidente da República José Sarney, instituiu-se uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais com o objetivo de elaborar o projeto constitucional que veio a ser consolidado na Constituição de 1988. Para isso:

¹⁶⁸ Ibid., p. 37.

¹⁶⁹ ROSA, op. cit., p. 150.

¹⁷⁰ SILVA, 2003, op. cit., p. 87.

[...] enviou ao Congresso Nacional proposta de emenda constitucional convocando a Assembléia Nacional Constituinte. Aprovada como EC n. 26 (promulgada em 27.11.85), em verdade, convocara os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para se reunirem, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1.2.87, na sede do Congresso Nacional¹⁷¹.

Infelizmente, olvidando os equívocos do passado, o presidente atribuiu ao Congresso Nacional a responsabilidade de elaborar e promulgar uma Constituição. Com isso, conforme já se afirmou, permitiu que um órgão constituído fizesse as funções de um órgão Constituinte. Isto é, enquanto este é ilimitado e incondicionado, devendo explicações somente ao povo, àquele está adstrito ao ordenamento constitucional anterior, visto que sua formação se deu em razão e sobre a égide da Carta de 1969.

Segundo Ruschel:

A falsa Constituinte planejada pelo presidente Sarney carece do imprescindível atributo da soberania. A referência *livre e soberana* constante do artigo 1º da proposta do governo é um evidente engodo. Vinculada diretamente a um dos Poderes – o Legislativo – não pode ser nem livre, nem soberana: está ela presa aos interesses constituídos¹⁷².

É preciso destacar que, no momento em que se atribuiu ao Congresso Nacional a responsabilidade de elaborar e promulgar a Constituição de 1988, todos os preceitos dali procedentes estariam eivados de vício formal, o qual implicaria na vinculação dos “constituintes” ao sistema anterior (Carta de 1967 / 1969). Diante disso, permitiu-se correr o risco de contaminar a “Constituição cidadã” com os ranços de ilegitimidade das Cartas que a antecederam. Além disso, a outorga do poder constituinte ao Legislativo implicou na criação de normas que favorecem os legisladores ordinários.

Esse Texto Fundamental teve por escopo a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, atributos que renderam a ela o reconhecimento como uma Constituição social por excelência. Conseqüência disso é que o seu texto ficou extremamente carregado de normas programáticas, não raramente tratadas como meras promessas por serem insuscetíveis de serem efetivadas pelo Poder Judiciário.

Ressalte-se que, “Os registros históricos têm provado que, *quanto menor o conteúdo de dirigismo* e mais abrangente o seu aspecto conceitual, *maior eficácia, efetividade*

¹⁷¹ SILVA, 2003, op. cit., p. 89.

¹⁷² RUSCHEL, op. cit., p. 104.

e perenidade têm as Constituições¹⁷³”. Por isso, teme-se que a Constituição vigente não tenha grande longevidade, visto que a falta de compatibilidade entre ela e a realidade social somada ao elevado dirigismo de seus preceitos, projetam uma profunda reforma, senão uma total revogação do Texto vigente.

Procurando minorar um pouco as evidentes desigualdades sociais, criou-se mais um mecanismo de tutela de direitos, a saber, o Mandado de Segurança Coletivo impetrado por: partidos políticos com representação no Congresso Nacional; pelas organizações sindicais; entidades de classe ou associações que estejam legalmente constituídas e com funcionamento comprovado há pelo menos um ano, na defesa dos interesses de seus membros ou associados.

A Constituição brasileira 1988 buscou inibir a formação de oligarquias pessoais, ressaltando que o exercício da atividade política depende da existência de partidos políticos. Contudo, o que se vê é a continuidade da tradição clientelista, a qual outrora era explícita, porém, hodiernamente, é implícita. Em outros termos, vale lembrar, que os partidos brasileiros têm donos, são os chamados “caciques”, os quais usufruem do legado deixado pelos antigos coronéis.

Derradeiramente, o Documento Fundamental de 1988 adotou um sistema híbrido de controle de constitucionalidade, no qual se englobou sistema preventivo francês (por meio do veto presidencial e das comissões de constituição e justiça), o repressivo-concentrado austríaco (onde somente uma Corte Suprema pode se manifestar sobre matéria constitucional) e o repressivo-difuso norte-americano (exercido por qualquer juiz).

2.3.5. O constitucionalismo paraguaio

Algumas leis paraguaias pré-constitucionais já garantiam a igualdade entre os homens perante a ordem jurídica e a abolição da escravidão. Isso fez com que sua legislação fosse pioneira na região, na proibição do tráfico negreiro. Essa postura permitiu a alguns afirmarem que, apesar de ter sido governado por ditadores de 1816 a 1870, o Paraguai experimentou um período de cinquenta e quatro anos de uma verossímil efetividade constitucional, “[...] embora não de uma Constituição nos termos do que presentemente se

¹⁷³ SILVA, 2000, op. cit., p. 64.

concebe como sistema democrático: houve vigência e observância de uma Constituição personalista e ditatorial, mas essa era a cultura política do país¹⁷⁴”.

Por isso, somente em 1870 se formula a Constituição paraguaia, isto é, a primeira e tardia Lei Suprema do Paraguai, a qual primou pelo princípio da “[...] separação dos poderes, definido a partir de critérios de interdependência funcional, igualdade jurídica e reciprocidade¹⁷⁵”. Tal Carta consagrou o acesso à educação primária obrigatória e gratuita; o direito de reunião pública pacífica; a reiteração do abolicionismo; a igualdade perante a lei; o individualismo político; o liberalismo econômico etc. No entanto, a Constituição de 1870 deixou de tratar de questões de conteúdo social, o que foi feito somente por normas infraconstitucionais.

Elaborada sobre ideais ditatoriais, a Constituição paraguaia de 1940 foi fruto de um projeto antidemocrático, que não passou pelo crivo de uma Assembléia Constituinte, embora esta tenha sido convocada. Ela entrou em vigor por meio de um decreto do Poder Executivo, que estabeleceu os parâmetros constitucionais e submeteu o projeto a um referendo para aprovar o texto.

Em conseqüência disso, o Paraguai incorporou uma “Constituição” de essência ditatorial, vez que o Presidente não respeitou o rigor formal na elaboração da Carta de 1940, o que fez com que esta fosse rotulada por muitos como inconstitucional, dada a ausência da participação democrática do povo em sua elaboração. Em outras palavras, tal Estatuto não se desvinculou do ordenamento constitucional, porquanto, sem uma Assembléia *ad hoc* os Textos Fundamentais de 1870 e de 1940 continuavam unidos umbilicalmente, no entanto, o mais recente infringia os ditames do mais antigo, o que, por conseqüência, implicava na inconstitucionalidade dos preceitos de 1940.

Passada essa amarga experiência, na Constituição paraguaia de 1967, os direitos sociais passaram a integrar o cânon constitucional, dentre os quais se inserem, principalmente, o acesso à seguridade social; a gratuidade e obrigatoriedade do ensino primário; a liberdade de sindicalização; o direito de greve. Interessante mencionar que essa Carta teve uma grande preocupação com acesso dos mais pobres ao ensino superior, pois, naquela época, estabeleceram-se em seu texto alguns mecanismos para que os estudantes carentes pudessem cursar uma faculdade.

Não obstante os avanços supracitados:

A Carta de 1967 e sua reforma de 1977 caracterizam-se pelo predomínio do

¹⁷⁴ SILVA, 2000, op. cit., p. 269.

¹⁷⁵ ROSA, op. cit., p. 198.

poder executivo sobre o legislativo e o judiciário. Esta hegemonia quebrou o equilíbrio entre os poderes, ferindo de morte o princípio republicano. Assim, restou configurado na nova Carta um presidencialismo autoritário¹⁷⁶.

Vencidas essas etapas autocráticas, em 1992, mediante aprovação do Congresso Constituinte, nasce uma nova Constituição cujo objetivo principal é o restabelecimento da democracia paraguaia. Nela se reconhece amplamente os direitos sociais e trabalhistas, individuais ou coletivos, além de criar novos mecanismos para sua tutela. Além disso, o Texto Magno de 1992 conservou o direito à liberdade sindical e garantiu a autonomia dos sindicatos, ou seja, estes, desde então, não mais sofreram intervenção direta do Estado.

O Texto de 1992 assumiu o “[...] respeito ao compromisso do Estado com a qualidade de vida da população e seu papel na implementação de políticas de amparo à extrema pobreza, e aos limitados pela incapacidade física¹⁷⁷”. Ademais, reconheceu a união estável como núcleo familiar; a proteção aos índios; a assistência médica gratuita; a responsabilidade do Estado em prover educação gratuita; o direito à estabilidade por parte do trabalhador etc.

Nela não se fez um escalonamento hierárquico das leis, isto é, há apenas a distinção entre normas constitucionais e infraconstitucionais (artigo 203 e seguintes). Adiante disso, estabeleceu no artigo 211 da Constituição paraguaia, caso uma proposta de lei não seja votada em determinado tempo, a íntegra do projeto passará ao Poder Executivo para a promulgação e publicação. É imperioso afirmar que, embora tal medida sobreponha de certa forma o Executivo em detrimento do Legislativo, o seu efeito em países cujas instituições não estão firmadas pode ser altamente produtivo, haja vista que usualmente o Poder Legiferante se utiliza do artifício “tempo” para barganhar interesses espúrios com o presidente.

Quanto a composição do Legislativo se dá pela seguinte forma:

[...] deputados e senadores, Juntas Municipais e Intendentes são eleitos na circunscrição do respectivo Departamento, por voto direto; representam ao Departamento, tal como nos sistemas federais [...]”. “[...] tanto deputados como senadores são representantes *do povo*, inexistindo a figura de representantes *dos Departamentos*, que correspondem aos Estados brasileiros¹⁷⁸”.

Por fim, é mister reforçar que não existe no Paraguai o controle difuso da constitucionalidade das leis e atos do Poder Público, antes, apenas a Sala Constitucional da

¹⁷⁶ ROSA, op. cit., p. 203.

¹⁷⁷ Ibid., p. 208.

¹⁷⁸ SILVA, 2000, op. cit., p. 145.

Suprema Corte pode se manifestar, de maneira concentrada, sobre eventuais inconstitucionalidades. Contudo, é permitido que, por meio do requerimento de um membro de outra sala, seja a questão decidida no plenário da Corte.

Ressalte-se que embora não haja o controle difuso de constitucionalidade, é sempre admissível ao litigante suscitar inconstitucionalidade de uma norma ou de um ato do poder público por via de exceção, o que implicará no envio da questão à Sala Constitucional, a qual deverá dizer se a questão levantada é ou não é inconstitucional¹⁷⁹.

2.3.6. O constitucionalismo uruguaio

O povo uruguaio, em um período pouco anterior à independência, manifestava o desejo de organizar um governo autônomo fundado em bases republicanas democráticas, sem a interferência das idéias monárquicas. Almejavam, por conseqüência, que o Estado deveria se orientar por uma administração racional, com a devida separação de poderes e a independência efetiva em relação aos colonizadores espanhóis.

Contudo, forçadas por uma ação expansionista do Brasil, as províncias da Cisplatina passaram a fazer parte do Império brasileiro. Assim, de acordo com a proposta de anexação feita pela coroa, os platinos:

Teriam direito de enviar deputados ao Congresso Nacional, seriam respeitadas as leis do país que não estivessem em desacordo com as do Reino; os cargos políticos, exceto o de Capitão Geral, reservando a Lecor, seriam desempenhados por naturais do país ou residentes do mesmo, em meio à indiferença popular¹⁸⁰.

Por conta disso, é possível afirmar que a Constituição Imperial Brasileira de 1824 foi a primeira carta política vigente na Cisplatina, porquanto foi jurada pelo Congresso Cisplatino em 9.5.1824. No entanto, pouco depois, em 25.8.1825, a Assembléia de Representantes declarou a independência da Província Oriental, o que implicou na anulação de todos os dispositivos que garantiam, até então, a incorporação do Uruguai ao Brasil.

No mesmo feito, a Assembléia de Representantes declarou a união da Província Oriental com as Províncias Unidas do Rio da Prata. Conseqüência disso foi que,

¹⁷⁹ SILVA, 2000, op. cit., p. 247.

¹⁸⁰ ROSA, op. cit., p. 222.

instalada na vila de San José, em 22.11.1828 a primeira Assembléia Constituinte do Uruguai inicia os trabalhos para a elaboração de sua Constituição inaugural e para a organização do seu ordenamento jurídico.

Em consequência dos esforços empregados na constituinte de 1828, surge em 1830, a primeiro Estatuto Político efetivamente uruguaio, o qual assumiu um caráter liberal, nos moldes do liberalismo europeu. Dentre as principais conquistas trazidas por essa Constituição está a proibição do tráfico de escravos e o pioneirismo no estabelecimento de um conjunto de normas trabalhistas de caráter programático.

Em contrapartida das inovações ofertadas pelo Texto de 1830, a Constituição de 1918 não trouxe grandes transformações no que tange ao constitucionalismo uruguaio, uma vez que estabeleceu apenas algumas obrigações do empregador pelos acidentes de trabalho e tornou obrigatório o seguro contra o sinistro laboral.

Já a Carta de 1934 teve por característica principal a extensão do seu texto, pois trazia em seu bojo nada menos que 284 artigos, o que fez com que os constitucionalistas a classificassem como analítica, ou seja, seus dispositivos fugiam dos limites materiais de uma Constituição, passando assim a tutelar interesses que poderiam ser protegidos por normas infraconstitucionais. Isso se deu para que se atribuísse estabilidade a alguns assuntos sensíveis à sociedade da época.

Não obstante isso, a busca por tal estabilidade não evitou a grande reforma efetuada em 1942, a qual trouxe uma interessante solução para as normas não efetivas, a saber: “[...] todos os artigos da Constituição que reconheçam os direitos do cidadão ou que atribuam faculdades e imponham deveres às autoridades públicas, poderão ser aplicadas independentemente de existir ou não regulamentação através de lei ordinária¹⁸¹”. Assim, facilitou-se o acesso às liberdades e garantias individuais constitucionalmente reconhecidas.

Foi a partir desse momento constitucional que o Uruguai passou a perfilhar e proteger através da lei todo o trabalho intelectual. Além disso, instituiu um mecanismo social muito utilizado hodiernamente por governos populistas, qual seja a oferta de compensações financeiras às famílias carentes e numerosas.

Criado dentro do mais absoluto rigor formal, o Texto político de 1967 foi elaborado por uma Assembléia Nacional Constituinte, a qual submeteu seus direcionamentos à aprovação plebicitária em novembro de 1966. Porém, “Na década de 70, novas convulsões militares levaram ao rompimento das instituições; sucederam-se alguns governos castrenses,

¹⁸¹ ROSA, op. cit., p. 232.

até que em 1984 foi restabelecida a normalidade constitucional¹⁸².”.

Carregada do dirigismo constitucional e impregnada por normas analíticas, a Constituição uruguaia, assim como a paraguaia e a brasileira, sofreu várias emendas e algumas reformas, que, dentre as principais, destacam-se as de 1989, 1994 e 1997.

No que se refere à estrutura política do Uruguai, a Constituição de 1967 não concedeu autonomia política aos municípios, mas a atribuiu aos Departamentos. Todavia, estes não são representados por senadores como ocorre nas federações (ex. Brasil), ao contrário, os componentes da Câmara alta representam o eleitorado como um todo (artigo 262 a 281).

No Uruguai, assim como no Paraguai, não há escalonamento legislativo, isto é a Constituição se limita a dividir as normas entre constitucionais e infraconstitucionais (artigo 85). De igual forma, o controle de constitucionalidade uruguaio é bastante semelhante àquele praticado no Paraguai. Assim,

[...] a inconstitucionalidade poderá ser argüida pelos litigantes em qualquer processo judicial; nesta hipótese, o procedimento nas instâncias ordinárias será suspenso, e remetidos os autos à Suprema Corte para que se pronuncie sobre a argüição. Reitera-se, trata-se de sistema assemelhado ao alemão, como já se observou em relação ao controle de constitucionalidade paraguaio; a diferencia-los, a circunstância de que no sistema alemão as decisões do Tribunal Constitucional têm efeito vinculativo e *erga omnes* para todos os órgãos públicos e processos em curso, enquanto no sistema uruguaio – assim como no paraguaio – as decisões da Suprema Corte só produzem efeitos para o caso concreto, entre as partes¹⁸³.

Frise-se, por fim, que a Constituição uruguaia vigente é a segunda mais antiga dentre os países-membros do Mercosul, a qual conta com quarenta anos de existência e só é mais nova que a histórica Constituição argentina. Isso decorre da reconhecida efetividade constitucional experimentada pelo Uruguai nos períodos de prática democrática, os quais, diga-se de passagem, foram mais duradouros do que os dos seus vizinhos.

2.3.7. O constitucionalismo venezuelano e a adesão da Venezuela ao Mercosul

¹⁸² SILVA, 2000, op. cit., p. 274.

¹⁸³ Ibid., p. 252.

Interessada em integrar o Mercado Comum do Sul (Mercosul), em 8 de julho de 2004, a Venezuela se tornou membro associado do bloco, tal qual Bolívia, Chile e Peru, os quais apenas têm relações comerciais livres com os países-membro, mas não possuem direito a voto nas questões econômicas, políticas e institucionais.

Procurando estreitar as relações com o bloco, em 9 de dezembro de 2005, o Presidente Hugo Chávez assinou um acordo de adesão da Venezuela ao Mercosul na condição de país-membro. Para isso, o país teve que passar por algumas mudanças estruturais para que as suas instituições se alinhem aos ditames do bloco. Ocorre que, nos últimos anos a Venezuela demonstrou o interesse de se tornar membro pleno do Mercosul, o que veio a se efetivar em 04 de Julho de 2006 e, assim, o país de Chávez passou a participar das negociações entre os países-membros e terceiros alheios ao bloco.

Contudo, especula-se que as condições impostas pelos países que compõem o Mercosul não foram realmente cumpridas pela Venezuela e que a inclusão desta se deu em virtude de barganhas financeiras através de investimentos diretos e indiretos naqueles. Exemplo disso foi a recente compra de títulos da dívida pública argentina por parte de uma estatal venezuelana.

Em face desse ingresso, é importante discorrer sobre a Venezuela, a qual ocupa um importante espaço quando se fala em Constitucionalismo latino-americano, haja vista que a primeira Constituição venezuelana, nascida em 1811, precedeu a Constituição espanhola de Cádiz e as demais Cartas elaboradas pelas ex-colônias hispânicas. Tal constituição foi claramente influenciada pelos ideais norte-americanos e franceses no que tange à forma republicana de governo, separação de poderes, organização federativa e reconhecimento dos direitos do homem. Por outro lado, fixou o catolicismo romano como religião oficial e não reconheceu a liberdade de culto como um das garantias fundamentais.

Malgrado o pioneirismo constitucional, o Documento de 1811 não teve longevidade e foi revogado em 1812 pela aceitação da Constituição de Cádiz como instrumento hábil para a estruturação do Estado venezuelano.

Em 1819, mediante apresentação de um projeto por Simon Bolívar, surge uma nova Carta venezuelana, cuja característica principal foi o fortalecimento do poder executivo calcado no centralismo político. Nela conservou-se o sistema presidencialista de governo, no qual o presidente tinha o mandato por quatro anos com a possibilidade de reeleição.

Com o escopo de integrar as ex-colônias espanholas, em 1821, deu-se a criação

da República da Grande Colômbia e sua respectiva Constituição, a qual encampou o território venezuelano e impôs uma organização extremamente centralista, muito embora o Estado fosse dividido em regiões administrativas autônomas (Estado federal).

Passado o tempo, percebeu-se que a agregação de Estados independentes não logrou êxito e, por conta disso, elaborou-se a Constituição de 1830, que consagrou a forma republicana de governo de cunho popular, representativo e alternativo. Nesse período, o mandato presidencial durava quatro anos, sem a possibilidade de reeleição imediata.

O Documento Fundamental de 1857, trouxe em seu bojo a permissão da reeleição presidencial subsequente ao primeiro mandato, sendo este de seis anos de duração. Além disso, a mais eminente das conquistas constitucionais desse Documento foi a abolição da escravatura. Logo depois, em 1858, nasceu a primeira Constituição venezuelana respaldada em alicerces democráticos, a qual firmou a necessidade do voto direto, universal, livre e secreto.

Em 1864, um novo Texto político estabeleceu o nome do Estado venezuelano como “Estados Unidos da Venezuela” e dividiu o território em vinte estados e um distrito federal. Na reforma constitucional de 1874, reduziu-se o período do mandato presidencial para dois anos e decretou-se o voto público, escrito e firmado, no qual não se permitia o anonimato do cidadão.

As Constituições de 1881, 1893, 1901 e 1904 não trouxeram grandes inovações ao constitucionalismo venezuelano. No entanto, frise-se que o Texto de 1891 retornou o período do exercício do mandato presidencial para quatro anos, além de criar o controle das leis e dos atos do poder público através da Alta Corte Federal. Durante o governo do ditador Juan Vicente Gómez, sete constituições (1909, 1914, 1922, 1925, 1928, 1929 e 1931) foram criadas, as quais tiveram caráter semântico e serviram apenas para articular os desmandos do seu criador.

A Constituição de 1936, embora tivesse em sua raiz o ideal democrático, observou-se a repulsa daqueles que apregoavam as doutrinas comunistas ou anarquistas, reservando-se a eles o exílio. Para reparar esse erro, a Carta de 1945 permitiu a adesão dos cidadãos às doutrinas dissidentes do governo.

O Texto de 1947 carrou importantes conquistas democráticas ao povo venezuelano, dentre as quais: a eleição de deputados pelo voto popular; o voto universal, direto e secreto para todos os venezuelanos maiores de 18 anos, alfabetizados ou não, independentemente de sexo. Tal constituição teve vigência até 1948, quando, a partir de então, o povo venezuelano ficou a mercê dos governos militares. Estes, em 1953, alteraram

mais uma vez o nome do Estado venezuelano, que passou a se chamar “República da Venezuela”.

No ano de 1961, nasceu uma Constituição demasiadamente estatista, com grande ampliação dos poderes do chefe do Poder Executivo, o qual só poderia ser reeleito depois de dez anos do término do mandato anterior. Por outro lado, inovou trazendo a possibilidade de eleição popular dos governadores de Estado e a possibilidade de efetuar *recall* em face dos ministros do gabinete. Esse Documento Fundamental, estabeleceu na Venezuela um Estado federal dividido em República, Estados, Distrito Federal, Territórios Federais e Dependências Federais, todos eles de cunho democrático, representativo e alternativo. Urge ressaltar que no artigo 13 tal Constituição erige o Distrito Federal à condição *sui generis* de Estado.

Essa Constituição é a que tem o maior período de vigência dentre as Cartas venezuelanas, e continua vigente mesmo depois de sofrer algumas modificações. No entanto, ela se encontra na eminência de sofrer as maiores reformas de sua história, porquanto, sob a batuta do Presidente Hugo Chávez e uma representatividade artificial do Congresso, os destinos da Venezuela são incertos.

Conforme já se afirmou acima, não é recomendável, no presente momento, uma efetiva adesão da Venezuela ao bloco, pois as práticas antidemocráticas no governo Chávez são notórias (cassação da concessão da RCTV, tabelamento dos preços ao consumidor, nacionalização de setores da economia, perseguição aos opositores políticos etc) e podem conduzir o Mercosul ao isolacionismo. Tal postura pode implicar no desequilíbrio de um dos fundamentos do Mercosul, a saber, a manutenção de regimes democráticos na região. Talvez por isso o Senado brasileiro tenha resistido à ratificação dessa adesão.

Não obstante isso, é preciso consignar que algumas medidas adotadas por Chávez visam claramente a emancipação sócio-econômica do povo venezuelano, restaurando os ideais constitucionais bolivarianos. O que causa arrepios na comunidade internacional é a forma pela qual o presidente venezuelano trata algumas questões, seguindo modelos que já provaram ser inviáveis. Exemplo disso é o congelamento de preços de alguns produtos básicos. Tal mecanismo gera um freqüente desabastecimento do mercado e uma conseqüente busca por medidas alternativas (“câmbio negro de produtos”).

Tentando sanar o problema do desabastecimento, o governo venezuelano subsidia alguns produtos alimentícios, que são vendidos em feiras-livres organizadas pelo Estado. Num primeiro momento, pode-se afirmar que essa política é favorável aos menos favorecidos, porquanto aqueles que outrora não tinham condições de consumir hoje passaram

ter. Contudo, não se demora muito para perceber que isso implica numa maior dependência entre povo e Estado, contrariando a tendência mundial de se abandonar o modelo paternalista e assumir uma postura de promotor de oportunidades.

O fato é que não é menos ultrajante passar o dia todo numa fila para consumir um produto (nem sempre de boa procedência) do que não consumi-lo, uma vez que a exposição de uma pessoa a tais condições implica também numa falta de dignidade. Não há uma mudança efetiva na condição social do indivíduo. Somente com a criação de oportunidades é que os mais pobres realmente serão tributários de dignidade efetiva.

Pelo foco econômico é indiscutível a importância da Venezuela para o Mercosul, especialmente, para o Brasil, o qual tem naquele país o seu terceiro maior gerador de superávits. Em termos claros, os petrodólares venezuelanos são muito bem vindos, desde que não estejam acompanhados da truculência de seu presidente, Hugo Chávez.

3. A IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS COLETIVOS PARA A MANUTENÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA NOS PAÍSES DO MERCOSUL

Conforme já se observou alhures, o constitucionalismo liberal evidenciou o repúdio ao intervencionismo estatal, reservando ao Soberano somente algumas competências que não interferissem nos interesses da burguesia emergente. Deveras, no século XVIII, não era concebível imaginar que o Estado pudesse estabelecer parâmetros econômicos, já que “[...] a diretriz fundamental que importava cumprir era a da exclusão do Estado do campo econômico, vale dizer, interditava-se-lhe por completo a ingerência nessa área¹⁸⁴”.

As Constituições liberais não necessitavam, no seu nível (delas, Constituições liberais), dispor, explicitamente, normas que compusessem uma ordem econômica constitucional. A ordem econômica existente no mundo do ser não merecia reparos. Assim, bastava o que definido, constitucionalmente, em relação à propriedade privada e à liberdade contratual, ao quanto, não obstante, acrescentava-se umas poucas disposições veiculadas no nível infraconstitucional, confirmadoras do capitalismo concorrencial, para que se tivesse composta a normatividade da *ordem econômica liberal*¹⁸⁵.

Conste-se que tal mecanismo modificou a civilização moderna, fazendo com que os Estados tivessem um crescimento na sua produção industrial, incorporando riquezas e tecnologias. Por outro lado, percebe-se que houve um nítido afastamento entre as classes mais abastadas e aquelas que ainda não usufruíam das benesses do capitalismo liberal. Isso provocou a insatisfação da maioria das populações e, por conseguinte, despertou a necessidade dos Estados tomarem as rédeas daquele processo.

Com efeito, os antigos referenciais pertencentes à burguesia pós-feudal, baseados na intersubjetividade, não mais interessavam à coletividade do século XX, ou seja, o sistema econômico estava atrelado às necessidades de uma época distinta daquela que se vivenciava. Ademais, a liberdade de iniciativa desmedida provocou uma concorrência incontrolável, onde os economicamente mais fortes oprimiam os economicamente mais fracos. “Daí a necessidade de certa medida de intervencionismo estatal, da transição do

¹⁸⁴ BASTOS, Celso Ribeiro, *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 7. p. 3.

¹⁸⁵ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 10. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2005. p. 73.

Estado liberal para o Estado social, para implantar o primado da justiça¹⁸⁶”.

Paralelamente, até então havia apenas um sistema econômico de governo, o capitalista (liberal), no qual os detentores dos meios de produção levavam ao extremo a concepção de propriedade privada. Somente no século XX, é que o Estado liberal (capitalista) deixou de ser o único modelo econômico existente e passou a perder espaço para o modelo socialista, impregnado pelos ideais marxistas.

Essa foi uma tendência mais que natural, porquanto a insatisfação do proletariado se fazia latente nos quatro cantos do planeta. Conseqüência disso é que se tentou humanizar o capitalismo, fazendo com que o sistema deixasse de ser tão opressor e passasse a respeitar alguns paradigmas sociais pré-estabelecidos. “A ordem jurídica liberal retificaria e reforçaria uma *ordem (social) espontânea*, ao passo que a ordem jurídica intervencionista pretendia a substituição dessa *ordem espontânea* por outra [...] *artificial*”¹⁸⁷.

Embora as medidas aplicadas pelos Estados tenham sido de cunho social, é importante salientar que não se tratou de iniciativas socializantes dos meios de produção, mas sim versava apenas sobre o estabelecimento de padrões, diretrizes mínimas para o bom funcionamento da economia de um determinado país. Para isso, foi preciso dissociar a planificação econômica (própria dos regimes socialistas) do intervencionismo econômico, haja vista que este conserva o modelo capitalista e a propriedade privada, estabelecendo algumas normas para evitar que o poderio econômico abuse dos menos favorecidos, ao passo que a planificação pressupõe a apropriação estatal dos meios de produção.

O intervencionismo foi e continua sendo o meio pelo qual se estabelece padrões mínimos de conduta aos detentores dos meios de produção, fazendo inserir, em algum sistema jurídico-normativo, parâmetros para a realização dos fins econômicos. Tais parâmetros trazem consigo uma forte carga social, já que “[...] toda a ordem jurídica é social, na medida em que voltada à ordenação social”¹⁸⁸.

Contudo, nos presentes dias, é possível aferir que o intervencionismo estatal tem mudado o seu *modus operandi*, isto é, o Estado pós-moderno tem deixado de ser centralizador, atribuindo a entes da Administração indireta (agências reguladoras) algumas competências específicas para regular setores econômicos, evitando abusos naquelas áreas que a ordem econômica procura tutelar.

Nessa perspectiva, “[...] *o interesse coletivo passa a preponderar e,*

¹⁸⁶ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 243.

¹⁸⁷ GRAU, op. cit., p. 65.

¹⁸⁸ Ibid., p. 71.

posteriormente, após a reeleitura do direito privado em face da nova ordem constitucional, passa a haver uma maior preocupação com o ser humano e sua dignidade social¹⁸⁹”.

No mesmo sentido, Silva esclarece que:

A intervenção por via de regulamentação da atividade econômica surgiu como pressão do Estado sobre a economia para desenvolvê-la à normalidade; normalidade, então, consistia em manter um regime de livre concorrência; por isso, as primeiras formas de intervenção manifestaram-se através de um conjunto de medidas legislativas que intentavam restabelecer a livre concorrência¹⁹⁰.

Imprescindível mencionar que, mesmo antes do surgimento das Constituições escritas (formais), já existiam normas institucionalizadoras da ordem econômica, isto é, já existia um sistema econômico posto, o qual defluía das normas então vigentes. Destarte, “As Constituições do século XIX eram Constituições políticas; as Constituições do século XX são Constituições econômicas¹⁹¹”, não que estas deixem de ser políticas, porém, a sua sistemática atribui grande relevância à ordem econômica.

De acordo com Bastos:

[...] só a partir deste século as Constituições passaram a conter dispositivos sobre organização da economia. Isto não quer dizer que só então tenha surgido a Constituição econômica. Na realidade, o que ocorreu foi que ela tornou-se *explícita*, ao revés do que se dava até então quando era *implícita*. A existência dessas normas específicas sobre economia não deve, contudo, conduzir a afirmações ousadas no sentido da configuração de uma Constituição econômica dentro do texto constitucional. Em outras palavras, Constituição econômica existe sim, mas como um conjunto de normas jurídicas, tendo como critério unificador o dado econômico ou a regulação da economia. Ela não é todavia autônoma. Pelo, só ganha sentido se embutida dentro da Constituição em sentido amplo, em função da qual se torna inteligível e compreensível¹⁹².

Com o ingresso da matéria econômica no cânon constitucional, formulou-se a idéia da existência de uma Constituição Econômica, fato que alguns datam do final do século XVIII. Contudo, essa nomenclatura se firma mais recentemente dentro do constitucionalismo, precisamente no primeiro pós-guerra, o qual reivindicou uma maior intervenção estatal nos andamentos da economia.

¹⁸⁹ POPP apud TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Editora Método, 2003. p. 190

¹⁹⁰ SILVA, 2003, op. cit., p. 783.

¹⁹¹ FERREIRA, 1994, op. cit., p. 125.

¹⁹² BASTOS, op.cit., p. 6.

Em face da necessidade de modificar a situação que outrora se apresentava, a Constituição Econômica não poderia se reservar em meramente descrever a ordem econômica posta (mundo do ser), omitindo-se diante dos clamores sociais, antes, incorporou uma faceta intervencionista provocando significativas modificações nos mecanismos de produção (mundo do dever-ser).

Desta feita, “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 econômica¹⁹³”, ou seja, há de existir no Poder Constituinte o desejo de mudar, transformar, reformar aquilo que está posto, fazendo com que o poder econômico deixe de oprimir aqueles que não detêm os meios de produção.

Em outros termos:

A Constituição é assim aquele conjunto de normas contidas no texto constitucional com princípios definidores de determinada forma de *sistema econômico*. A idéia de sistema econômico é válida, consagrando determinada ordem econômica e social, com um tipo de organização e funcionamento¹⁹⁴.

A partir daí surge uma importante distinção entre Constituição Econômica Formal e Constituição Econômica Material. A primeira (conforme exposta no capítulo inicial deste trabalho) diz respeito às normas Constitucionais positivadas, cujo escopo é disciplinar e evitar os abusos do poderio econômico, estabelecendo diretrizes mínimas para o respeito à coletividade. Já a segunda, volta-se para a ordem econômica natural, na qual os detentores dos fatores de produção (fatores reais de poder de acordo com Lassalle) ditam as regras do “jogo econômico”. Observe-se que, ainda que a ordem econômica não fosse positivada, o assunto “economia” ainda sim seria materialmente constitucional, visto que se trata de questão de interesse coletivo, inerente à organização de um Estado soberano.

Por isso, não causa estranheza o fato de alguns países, como Argentina e Uruguai, não possuírem disciplina constitucional sobre a ordem econômica, a qual fica a cargo das normas infraconstitucionais. Na Argentina, “A Lei de Defesa do Consumidor reconhece expressamente no art. 3º, a integração dela com a Lei de Defesa da Concorrência e Lei de Lealdade Comercial¹⁹⁵”. Em verdade, há uma ordem econômica constitucional implicitamente disciplinada, orientada pelos valores supremos de cada nação, respeitando-se

¹⁹³ GRAU, op. cit., p. 78.

¹⁹⁴ FERREIRA, 1994, op. cit., p. 126.

¹⁹⁵ BATISTI, Leonir. *Direito do consumidor para o Mercosul*. Curitiba: Juruá, 1998. p. 308.

os fins de cada Estado, os direitos e garantias fundamentais do povo e o Estado Democrático de Direito.

Ressalte-se que não há no mundo uma Constituição que não tenha preceitos que toquem ou balizem a ordem econômica, já que, nos presentes dias, nada foge ao interesse econômico, dentre eles: os direitos sociais, o meio ambiente, a defesa do consumidor etc. O que se quer evidenciar é que alguns Estados estabelecem diretrizes explícitas sobre a ordem econômica, enquanto outros se reservam a conduzi-la de maneira global, de acordo com os corolários supremos de suas Constituições.

É inegável a relevância da disciplina econômica no texto constitucional, uma vez que a positivação atribui estabilidade e segurança jurídica a tais preceitos (Constituição formal), todavia, frise-se “[...] que a vida econômica tem as suas leis próprias. Por isto é muito freqüente as normas constitucionais sobre o assunto não terem a mesma eficácia que possuem em outras áreas do direito¹⁹⁶”.

A introdução, no nível constitucional, de disposições específicas, atinentes à conformação da ordem econômica (mundo do ser), não consubstancia, em rigor, uma ruptura dela. Antes, pelo contrário, expressa – como venho afirmando – o desígnio de se aprimorar, tendo-se em vista a sua defesa¹⁹⁷.

Assim, “Pode-se considerar a Constituição econômica formal como a parcela da Constituição que obriga e interpreta o sistema econômico (material), ou seja, que confere forma ou sistema econômico que, na sua essência é capitalista¹⁹⁸”.

Urge evidenciar que as Constituições escritas que tratam da ordem econômica formal em seus respectivos países, trazem, usualmente, conteúdos: diretivo, voltado ao cumprimento de alguns paradigmas; orgânico, estabelecendo de maneira discriminada as áreas de atuação do Estado na economia; e, compromissório, direcionado para a realização de vários fins almejados por diversas correntes ideológicas (defesa do meio ambiente, valorização do trabalho, defesa do consumidor etc).

¹⁹⁶ BASTOS, op. cit., p. 7.

¹⁹⁷ GRAU, op. cit., p. 75.

¹⁹⁸ TAVARES, 2003, op. cit., p. 81.

3.1. CONCEITO DE ORDEM ECONÔMICA

Com o colapso do sistema socialista, hodiernamente poucos países ainda se arriscam a planificar suas economias, dentre os quais não se encontra nenhum dos Estados-parte que integram o Mercado Comum do Sul. Portanto, não é arriscado afirmar que Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai esteiam suas economias sobre referenciais capitalistas, atribuindo, ao setor privado, a liberdade de iniciativa sobre os meios de produção.

Conforme outrora citado, Argentina e Uruguai não possuem em suas Constituições ditames que cuidem especificamente da ordem econômica, enquanto Brasil e Paraguai estabelecem de maneira explícita em seus Documentos Fundamentais, as diretrizes a serem seguidas pelos detentores dos meios de produção e circulação de riquezas. De tal modo, o conceito de ordem econômica pode ser variável de acordo com a sistemática de cada Estado, visto que alguns tratam constitucionalmente do assunto enquanto outros deixam para o legislador infraconstitucional fazê-lo.

Uma definição preliminar do que seja ordem econômica poderia estar associada à noção de ordem econômica material, relacionada com a existência no mundo real, (mundo do ser), isto é, dos caminhos “naturais” seguidos pela livre iniciativa. Em outra acepção, pode-se afirmar que ordem econômica é o conjunto de normas sociais (jurídicas, religiosas, morais) que implicam na regulação do comportamento dos *players* (sujeitos econômicos). Por fim, é possível entender que a ordem econômica é o conjunto de normas jurídicas (exclusivamente) que disciplinam a livre iniciativa (mundo do dever ser), independentemente de estar ou não transcrito num Documento Fundamental¹⁹⁹.

Destarte, pode-se definir, genericamente, a ordem econômica (jurídica) como “[...] o conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção 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)²⁰⁰”.

Imperioso constar que a chamada Constituição Econômica não coincide diametralmente com a ordem econômica, pois esta é mais abrangente do que aquela e, por isso, foge do pleno alcance dos ditames do Texto Fundamental. Na realidade, a Constituição Econômica apenas estabelece diretrizes, princípios gerais que conduzem a ordem econômica, deixando a cargo do legislador infraconstitucional a incumbência de minuciar as limitações da

¹⁹⁹ GRAU, op. cit., p. 67.

²⁰⁰ Ibid., p. 72.

livre iniciativa.

Ressalte-se que, independentemente da opção de se constitucionalizar ou não diretrizes econômicas, a ordem econômica nos países-partes do Mercosul se funda no modelo capitalista, mas deve se pautar por alguns princípios basilares que conduzirão o bloco para uma união mais homogênea. A importância disso está no fato de que o Mercosul, antes de tudo, é uma união econômica entre países que, por conseguinte, deve manter preceitos gerais de limitação da livre iniciativa objetivando do interesse coletivo.

3.2. INTERVENCIONISMO ESTATAL NA ORDEM ECONÔMICA: OS DIREITOS HUMANOS DE TERCEIRA GERAÇÃO COMO PARADIGMA PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A busca pela formação de um mercado comum entre países soberanos denota a junção dos mecanismos econômicos de todos os Estados-parte de um tratado de integração, com o escopo de maximizarem a produção industrial e a realização de serviços de suas populações. No entanto, muitas vezes se esquece de explicitar algumas diretrizes que servem para amoldar o processo de integração econômica, fazendo com que essa união pareça ser norteada somente pelo lucro.

Para que isso não ocorra, imperioso que um país que se dispõe a integrar economicamente com outros respeite vários direitos que, em alguns casos, transcendem as fronteiras físicas de um Estado, passando a atingir outros povos, outras nações. Hodiernamente, isso é muito comum, pois um país pode se desenvolver em detrimento de outro, isto é, enquanto um aumenta sua produção em prejuízo da defesa do consumidor e do meio ambiente, outro tem de suportar o aquecimento global, o regime irregular de chuvas, o déficit na balança comercial em razão dos baixos preços praticados pelo país que não respeita diretrizes mínimas na condução da ordem econômica etc.

Visando coibir esse tipo de conduta, os parceiros do Mercosul, já no estabelecimento dos objetivos da integração, consignaram a intenção de formar um bloco que não fosse voltado única e exclusivamente para a área econômica, antes, firmaram a obrigação de realizarem: justiça social, preservação do meio ambiente, estimulação da qualidade de bens e serviços e a melhoria da condição de vida dos seus habitantes.

Não se pode olvidar que nos presentes dias é inerente à formação de um bloco o respeito aos direitos humanos em todas suas extensões, mesmo porque, somente através da

proteção deles que um bloco ganha conhecimento e credibilidade global.

Nesse sentido, Piovesan orienta que:

Esses parâmetros conferem lastro ético e morais a tais organizações regionais, que não se reduzem à criação de um mero mercado comum para a livre circulação de bens, mercadorias e serviços. Aos objetivos de integração e cooperação econômica, somam-se objetivos de natureza política concernentes à consolidação da democracia e à efetivação dos direitos humanos na região²⁰¹.

Com efeito, o respeito aos direitos humanos e à democracia deve ser condição *sine quo a non* para o ingresso de um país no Mercado Comum, inibindo ou, pelo menos, tentando inibir o desnivelamento entre os Estados-parte. Quiçá, este deve ser o parâmetro para a manutenção de um país no bloco, já que a diferença de tratamento pode levar o Mercosul ao colapso e, conseqüentemente, a total desagregação.

De fato, é ilusório imaginar que apenas com medidas voltadas para a economia será possível construir uma verdadeira integração entre os países do Cone Sul, já que o respeito e a proteção dos direitos humanos são o sustentáculo de todo esse processo²⁰².

No mesmo diapasão, deveria se exigir um pouco mais dos países que pretendem ingressar no Mercosul, ordenando um padrão mínimo de respeito aos direitos humanos. Em face disso, não deveria ser admitido o ingresso imediato da Venezuela, pois é notório seu desrespeito à democracia, à liberdade de expressão e imprensa, à liberdade política etc. O ingresso venezuelano tem sido sustentado pelos “petro-dólares” disponibilizados por Chávez, o qual chegou a comprar títulos da dívida pública argentina utilizando recursos do governo venezuelano.

É urgente o exercício da:

[...] chamada *cláusula democrática* do Mercosul, que exige como condição indispensável de seus membros a vigência do regime democrático. A respeito, vale destacar o caso da crise política do Paraguai de março de 1999, em que tal cláusula democrática foi invocada, firmando-se que eventual golpe de estado poderia levar a expulsão daquele país do Mercosul²⁰³.

²⁰¹ PIOVESAN, F. Globalização econômica, integração regional e direitos humanos. In: _____. (Coord.) *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 61

²⁰² GOTTI, A. P.; RICARDO, C. M. Direitos humanos como sustentáculo do mercosul. In: PIOVESAN, F. (Coord.) *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 334

²⁰³ PIOVESAN, op. cit., p. 56.

Por outro lado é preciso que os países fundadores do Mercado Comum do Sul respeitem rigorosamente os direitos humanos (de maneira uniforme) para que os demais não passem a arcar com os ônus da integração. Inobstante isso, o que se tem noticiado nos presentes dias é o completo desamparo aos direitos humanos e o abandono da democracia em prol do desenvolvimento econômico. Desse modo:

Testemunha-se, ainda, o impacto transformador e desagregador da transnacionalização dos mercados sobre as estruturas político-institucionais, na medida em que as decisões passam a ser tomadas no âmbito de organismos multilaterais e conglomerados multinacionais, com a substituição da política pelo mercado, enquanto instância decisória²⁰⁴.

O sucesso do processo de integração está insofismavelmente atrelado às aspirações de realização de justiça social, a qual é inspirada no respeito à ordem democrática, garantindo a todos os cidadãos “comunitários” direitos mínimos, sobre os quais possa haver um desenvolvimento verdadeiramente sustentável. O crescimento do PIB deve ser buscado, mas não separado dos referenciais de manutenção da ordem econômica (justiça social), haja vista que, se assim não for, haverá desproporção entre os países que integram o bloco.

Como bem exorta Ferreira:

A justiça social deve ficar relacionada a uma idéia de conotação mais íntima com as reivindicações dos direitos humanos, abrangendo também os direitos econômicos e sociais e o respeito à pessoa humana. A justiça social identifica-se com o bem comum, como finalidade da ordem econômica²⁰⁵.

Desta forma, a ordem econômica deve se pautar pelo respeito às diretrizes impostas por cada um dos Estados-parte, mormente no que se refere aos direitos transindividuais que, de acordo com o grau de proteção, podem fazer com que a competição entre os *players* (agentes econômicos) se torne desigual. Exemplo: um produtor de couro no Brasil respeita todas as normas ambientais a ele impostas, fazendo com que seu negócio se torne não agressivo à natureza. Todavia esse custo é repassado para o consumidor, encarecendo-se o valor final do seu produto. De outro lado, há um produtor de couro uruguaio, cujo produto tem a mesma qualidade do brasileiro. No entanto, o industrial portenho não respeita nenhuma norma ambiental infraconstitucionalmente imposta, fazendo com que sua produção seja barateada. Tal situação pode gerar uma série de efeitos negativos

²⁰⁴ PIOVESAN, op. cit., p. 67.

²⁰⁵ FERREIRA, 1994, op. cit., p. 243.

no Mercado Comum, porquanto aquele que se preocupa com o ambiente e vende seu produto um pouco mais caro do que o concorrente poderá deixar de ser cauteloso com a natureza ou, até mesmo, falir em consequência da deslealdade comercial.

É importante mencionar que interesses transindividuais “São interesses que excedem o âmbito estritamente individual, mas não chegam propriamente a constituir interesse público²⁰⁶”. Dentre esses interesses, evidencia-se no presente trabalho a defesa do consumidor e do meio ambiente. Ambos constituem direitos humanos de terceira geração, como preferem alguns. A *contrario sensu*, para Piovesan não há como se dividir os direitos humanos gerações, uma vez que:

Introduz ela a concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais, e vice-versa²⁰⁷.

Assim sendo, o compromisso com o respeito aos direitos humanos por parte dos Estados que compõem o Mercosul, deve passar pela tutela do consumidor e do meio ambiente em face da busca pelo desenvolvimento econômico. Esses chamados direitos transindividuais quando invocados numa perspectiva comunitária passam a ter um caráter transnacional, em virtude do alcance indeterminado das consequências do ato lesivo.

Sobre isso Eide exorta que:

Caminhos podem e devem ser encontrados para que o Estado assegure o respeito e a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, de forma a preservar condições para uma economia de mercado relativamente livre. A ação governamental deve promover a igualdade social, enfrentar as desigualdades sociais, compensar os desequilíbrios criados pelos mercados e assegurar um desenvolvimento humano sustentável²⁰⁸.

Mister que se busque um desenvolvimento sustentável conjugado entre Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, permitindo-se a busca por riquezas através dos meios de produção, sem, contudo, afetar o meio ambiente e o mercado consumidor, pautando-se

²⁰⁶ CAPPELLETTI apud MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 48.

²⁰⁷ PIOVESAN, op. cit., p. 41.

²⁰⁸ EIDE apud Ibid., op. cit., p. 70.

sempre pela boa-fé e transparência²⁰⁹.

O grande desafio consiste na implementação desses direitos nos Estados-partes do Mercosul, já que a efetivação dessas medidas requer investimentos estatais sem retorno imediato. Ademais, a pressão política dos interessados na manutenção do *status quo* faz com que a perspectiva de mudança seja bastante lenta e quase irrisória.

3.3. A ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA

No Brasil, a ordem econômica passou a ter espaço nas Constituições a partir do momento em que estas se tornaram prolixas, trazendo para si matérias e conteúdos que, até então, eram tratados por normas infraconstitucionais. Sob influência da Constituição social mexicana de 1917 e da alemã de Weimar (1919), em 1934, o Brasil consignou no seu Texto Magno normas que disciplinavam a ordem econômica, impondo limites para a livre iniciativa.

A Constituição brasileira de 1946 tem um título especial intitulado *Da Ordem Econômica e Social*, abrangendo diversos artigos. Verifica-se que o legislador constituinte brasileiro, usando a expressão *ordem econômica e social*, reconheceu a conexão e a interdependência necessária entre ambas²¹⁰.

As Constituições que se seguiram conservaram esse mesmo modelo, procurando atribuir às regras que norteiam a ordem econômica o *status* de normas constitucionais e, por conseguinte, a garantia de serem modificadas somente por *quorum* qualificado.

A Constituição de 1988 não é diferente, mantém em seu bojo normas que balizam a ordem econômica. Todavia, essa sistematização é criticada por alguns que acham que o Poder Constituinte pecou pelo excesso ao erigir as normas que cuidam da ordem econômica ao nível das normas constitucionais.

Dentre os que corroboram com essa afirmação está Bastos, o qual assevera que:

[...] embora não se possa contestar que a ordem econômica, por inserir-se na Constituição, tornou-se matéria constitucional, nem por isso se deve deixar

²⁰⁹ RIOS, A. V. V. O Mercosul, os agrotóxicos e o princípio da precaução. *Revista de direito ambiental*. RT, São Paulo, ano 7, n. 28, p. 41-57, 2002. p. 42.

²¹⁰ FERREIRA, 1994, op. cit., p. 126-127.

de denunciar os exageros do constituinte, que levou para o bojo da Lei Maior normas que quadravam muito bem no contexto em que ela se encontravam, qual seja o da lei ordinária²¹¹.

Tal posicionamento, *data maxima venia*, parece precipitado, pois a enumeração de diretrizes no Texto Constitucional é algo extremamente salutar em países cuja instabilidade política e econômica é perene. Entretanto, sob a óptica da Constituição Material, o citado autor detém razão, uma vez que a estruturação da ordem econômica é algo inerente ao Estado moderno e, por conseqüência, sequer precisa constar na Constituição.

Em verdade, o Poder Constituinte quis ditar parâmetros de incidência específica sobre ordem econômica visando a consecução de efeitos específicos sobre a livre iniciativa, tentando evitar que o domínio do poder econômico prejudique os fins estatuídos pelo Estado²¹².

De outra parte, se nem todos os princípios econômicos encontram-se reunidos no título próprio, é forçoso reconhecer que muitos dos princípios adotados expressamente no art. 170 não possuem apenas a conotação econômica, como ocorre com a proteção do meio ambiente, que é uma aspiração muito mais ampla, sendo o aspecto econômico uma das abordagens possíveis. Contudo, tendo sido expressamente designada pela Constituição econômica, não pode ser olvidado como princípio a ser incluído no seu estudo²¹³.

A Carta Magna brasileira consagrou o modo de produção capitalista. Desta forma, o Estado brasileiro deixou a cargo da iniciativa privada a responsabilidade de fazer com que a economia ande, reservando em suas mãos a possibilidade de atuar em alguns setores que envolvam a segurança nacional. Isso faz com que o país não fique refém de outras nações, atrelando sua independência econômica a algum interesse externo.

A República Federativa do Brasil chamou para si a responsabilidade de civilizar e humanizar a ordem econômica, tentando aparar arestas do capitalismo liberal, procurando realizar os fins do próprio Estado, qual seja, a consecução da justiça social e o respeito à dignidade da pessoa humana.

Conseqüência disso é que:

[...] embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado.

²¹¹ BASTOS, op. cit., p. 7.

²¹² SILVA, 2003, op. cit., p. 768.

²¹³ TAVARES, 2003, op. cit., p. 133.

Conquanto se trate de declaração de princípio, essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado, na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil (art. 1º, IV)²¹⁴.

Noutros termos, a ordem econômica brasileira se manteve calcada nos referenciais do capitalismo neo-liberal estabelecendo, nos incisos do artigo 170 da Constituição, ditames mínimos para que a economia caminhe conforme os objetivos do Estado brasileiro.

Para Dworkin tais ditames possuem características de diretrizes, ou seja, são:

[...] pautas que estabelecem objetivos a serem alçados, geralmente referidos a algum aspecto econômico, político ou social (ainda que – observa – alguns objetivos sejam negativos, na medida em que definem que determinados aspectos presentes devem ser protegidos contra alterações adversas)²¹⁵.

Segundo Canotilho, os preceitos expostos no artigo 170 da Constituição estão entre os princípios fundamentais, os quais “[...] visam essencialmente definir e caracterizar a coletividade política e o Estado e enumerar as principais opções político-constitucionais”. Além disso, os princípios fundamentais “[...] constituem por assim dizer a síntese ou matriz de todas as restantes normas constitucionais, que àquelas podem ser directa ou indirectamente econduzidas²¹⁶”.

De acordo com esse entendimento:

A Ordem Econômica e Financeira é indissociável dos princípios fundamentais da República Federativa e do Estado Democrático de Direito. (...) A concretização dos princípios que informam a Ordem Econômica e Financeira é inseparável dos Direitos e Garantias Fundamentais, que asseguram aos Brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade²¹⁷.

Silva, contrariando a expressão do artigo 170, afirma que a palavra *princípios* é utilizada no sentido de “[...] fundamentos da ordem econômica do que apenas de normas-síntese informadoras do sistema, mas também destas²¹⁸”.

²¹⁴ SILVA, 2003, op. cit., p. 764.

²¹⁵ Apud GRAU, op. cit., p. 158.

²¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora. 1991. p. 66

²¹⁷ HORTA apud TAVARES, 2003, op. cit., p. 85.

²¹⁸ SILVA, 2003, op. cit., p. 761.

Crê-se que os dois últimos autores citados possuem razão, já que o *caput* e os incisos do artigo 170 da Carta Magna estabeleceram de maneira imediata, a partir da promulgação do Texto de 1988, a forma pela qual os detentores dos meios de produção deveriam agir e conduzir seus negócios. Em suma, tem o sentido de orientar a intervenção do Estado. Contudo, pela forte carga social dos seus dizeres, os princípios (fundamentos) que informam a economia brasileira, às vezes, carecem de efetividade.

Urge ressaltar que “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 deles²¹⁹”. O Estado deve permitir a atuação da livre iniciativa desde que os agentes econômicos explorem as atividades econômicas em consonância com aquilo que está transcrito no artigo 170 do Documento Fundamental.

Nesse diapasão, Grau fornece a melhor leitura para o dispositivo legal em tela:

[...] cujo enunciado é, inquestionavelmente, 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 [...] ²²⁰.

Deste modo, a Constituição brasileira consagrou de maneira explícita a liberdade de iniciativa e, ao mesmo tempo consignou o seu exercício ao respeito de alguns padrões, isto é, os detentores dos meios de produção só exercerão legitimamente essa liberdade quando estiverem comprometidos com a consecução desses fundamentos. Do contrário, o Estado tem o poder-dever de intervir na ordem econômica, reequilibrando os fins almejados pela coletividade. Isso tem o efeito de condicionar a atividade produtiva ao respeito do meio ambiente e do consumidor, por exemplo²²¹.

Aparentemente há uma antinomia entre o intervencionismo e a livre iniciativa. Mas não é isso o que ocorre. Na realidade, o intervencionismo se faz a favor do mercado, como agente regulador da economia, para evitar que os economicamente fortes esmaguem os economicamente fracos²²².

²¹⁹ TAVARES, 2003, op. cit., p. 134.

²²⁰ GRAU, op. cit., p. 68.

²²¹ SILVA, 2003, op. cit., p. 772.

²²² NISHIYAMA, Adolfo Mamoru, *A proteção constitucional do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 142

Evidencie-se que não se trata de planificação econômica, embora, em alguns casos, o Estado atue como agente econômico em setores sensíveis (segurança nacional). O Brasil optou pelo sistema capitalista de propriedade privada, mas reservou para si o direito de intervir no mercado quando este tomar rumos distintos dos referenciais transcritos no artigo 170 da Constituição. Assim, a propriedade privada não tem um significado absoluto, antes, deve assegurar a todos existência digna de acordo com a justiça social. “A adoção de um intervencionismo planejado revela a passagem do intervencionismo anárquico, pontual, para uma forma de *dirigismo* econômico²²³”.

Daí decorre que ao Estado cabe na ordem econômica posição secundária, embora importante, já que sua ação deve reger-se pelo chamado “princípio da subsidiariedade” e deve ser tal que “não reprima a liberdade de iniciativa popular, mas antes aumente, para a garantia e proteção dos direitos essenciais de cada indivíduo²²⁴”.

Agora, mais do que nunca, está em voga discutir os princípios da ordem econômica em face da nova economia mundial, de caráter global, na qual as mínimas perdas podem definir a manutenção ou a saída de um agente econômico de mercado. Por isso, doravante se cuidará de dois princípios que estão em evidência na Constituição brasileira e que devem pautar o progresso econômico em qualquer lugar do planeta: a defesa do consumidor e do meio ambiente.

3.4. A DEFESA DO CONSUMIDOR COMO PRINCÍPIO INFORMADOR DA LIVRE INICIATIVA NOS ESTADOS-PARTE DO MERCOSUL

Por se tratar de uma união econômica, o Mercosul deve ser analisado sob uma óptica um pouco mais aprofundada do que aquela que se limita a enxergar o fluxo de bens e serviços trocados entre os Estados-parte. De outra sorte, é preciso ter em vista o que cada Estado faz para que essa união não se torne mais um mecanismo de opressão das populações que integram esse bloco.

É preciso analisar qual a importância da defesa do consumidor no desenvolvimento econômico de cada membro do Mercosul, principalmente por ser uma

²²³ SILVA, 2003, op. cit., p. 787.

²²⁴ FERREIRA FILHO, 2003, p. 356.

instituição intergovernamental que não produz normas cogentes a serem aplicadas por seus partícipes. A falta de supranacionalidade implica em uma tutela disforme deste direito humano coletivo.

Saliente-se que o respeito aos direitos do consumidor é crucial para o avanço do bloco, uma vez que:

[...] tendo o Mercosul personalidade jurídica de direito internacional, conforme previsto no art. 34 do Protocolo de Ouro Preto, e submetendo-se às fontes de direito internacional, deve, obrigatoriamente, comprometer-se com a proteção dos direitos humanos, sob pena de não ser considerada uma organização legítima pela comunidade internacional contemporânea²²⁵.

De fato, a proteção dos direitos humanos, em geral, e do consumidor, especificamente, se tornou obrigatória para aqueles países que pretendem se filiar a qualquer bloco econômico. Independentemente de Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai estarem filiados ao Mercosul, para se integrarem a um outro bloco econômico (ALCA, NAFTA, União Européia etc), mister que assimilem a necessidade de tutelar alguns direitos coletivos, para que assim evitem o prejuízo alheio em um relação bilateral ou multilateral.

Por ser matéria bastante recente (década de 70), a defesa do consumidor ainda não encontra respaldo em muitas Constituições, dentre as quais está a Constituição da República Oriental do Uruguai. Por outro lado, os demais Estados-parte do Mercosul conformaram constitucionalmente a tutela dos interesses dos consumidores²²⁶. Conforme já se mencionou, o Brasil chegou a colocar a defesa dos consumidores como um dos princípios constitucionais condicionadores da livre iniciativa, indo além da defesa do débil contratante, “[...] olhando ao interesse social e privilegiando a coletividade de consumidores²²⁷”.

Embora pareça desnecessária a transcrição de dispositivos dessa natureza na Constituição (por se tratar de assunto *materialmente constitucional*), é através de iniciativas como esta “[...] que se pode detectar a tendência do Estado no domínio da economia, verificando-se a sua posição diante do campo econômico²²⁸”, ou seja, o desenvolvimento econômico só é bem visto quando estiver satisfazendo os interesses de toda coletividade.

Paralelamente à normatividade interna, o Mercosul tem buscado estabelecer um Regulamento Comum em matéria de defesa do consumidor para os seus membros,

²²⁵ GOTTI, op. cit., p. 316.

²²⁶ NISHIYAMA, op. cit., p. 69.

²²⁷ PASQUALOTTO, A. Proteção contra produtos defeituosos: das origens ao Mercosul. *Revista de direito consumidor*. RT, São Paulo, ano 11, n. 42, p. 49-85, 2002. p. 74.

²²⁸ FERREIRA, 1994, op. cit., p. 125.

todavia, a intergovernabilidade e o desnivelamento entre as legislações internas têm sido óbices à uniformização da defesa do consumidor no bloco.

Apesar de tudo, em 1997 foi elaborado um projeto de Protocolo Comum de Defesa do Consumidor, no âmbito da CT7, cuja aprovação implicaria a derrogação de 26 normas do Código brasileiro, em verdadeiro retrocesso para um pretense nivelamento das diferentes lei nacionais. O projeto só não restou aprovado por desistência de última hora do governo brasileiro, a instâncias das entidades envolvidas com a política e os direitos do consumidor no plano nacional²²⁹.

No campo processual também se tem tentado facilitar a defesa do “consumidor comunitário”, porquanto a dificuldade e a onerosidade de se chamar um fornecedor em juízo implicariam no desestímulo do consumo de bens e serviços oriundos dos países do Mercosul. Para tanto, foi elaborado o Protocolo de Santa Maria para amenizar essas dificuldades instrumentais. Todavia, tal Protocolo foi atrelado ao Regulamento Comum de defesa do consumidor, o qual ainda não foi e, talvez não será, recepcionado pelos ordenamentos dos Estados-parte, pois a sua implementação implicaria na perda de direitos para os consumidores locais. Por isso, o Mercosul continua mantendo, em caráter provisório, a Resolução 126/94 editada pelo Grupo Mercado Comum, que instituiu assim a aplicação da regra do *mercado de destino*²³⁰.

3.4.1. A defesa do consumidor no Brasil

Por ter adotado um modelo de Constituição prolixa (vide capítulo primeiro do presente trabalho), o Brasil incorporou ao seu ordenamento jurídico-constitucional a defesa do consumidor. Trata-se de direito fundamental explicitado no artigo 5º, inciso XXXII, da Carta Magna. Além disso, o legislador constituinte condicionou o exercício da livre iniciativa ao respeito aos direitos do consumidor, conforme dispõe o artigo 170, inciso V, da Constituição.

Nessa perspectiva, todo e qualquer empreendimento ou atividade produtiva deve se pautar pelos direitos do consumidor segundo a orientação do Código Defesa do

²²⁹ PASQUALOTTO, op. cit., p. 83.

²³⁰ KLAUSNER, E. A. Jurisdição internacional em material de relações de consume no mercosul: sugestões para a reedição do protocolo de Santa Maria. *Revista de direito consumidor*. RT, São Paulo, ano 14, n. 54, p. 116-142, 2005. p. 119.

Consumidor. Isso porque a disciplina completa da defesa do consumidor fica a cargo do legislador ordinário, o qual estabeleceu um micro-sistema legislativo com a finalidade específica de realizar tal escopo. Cabe destacar “[...] que os princípios constitucionais da ordem econômica têm caráter econômico, impondo a realização de políticas públicas através da edição de normas jurídicas voltadas para esse programa de ação²³¹”.

Procurando facilitar o entendimento do ditame constitucional contido no artigo 170, inciso V, da Constituição, a legislação ordinária (Lei nº 8.078/90), em seu artigo 4º, inciso III, de maneira bastante detida, assevera que o seu conteúdo principiológico prima pela:

[...] harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (Art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores²³².

Assim, se a liberdade de iniciativa não tiver como parâmetro a defesa do consumidor, certamente as necessidades vitais do cidadão serão substituídas pelas urgências econômicas dos meios de produção. Nesse cenário, o consumidor perde a capacidade de auto-determinação e passa a ser tratado como mero receptor da demanda empresarial, completamente massificado, ou seja, os valores dos consumidores passam a ser aqueles impostos pelos meios de comunicação, que, paulatinamente, fabricam desejos sem qualquer utilidade²³³.

Em face da grande produção em série, alguns produtos e serviços têm sido alardeados como de primeira necessidade. Isso faz com que o consumidor, desprestigiado de discernimento, tenha sua vontade viciada ou desconsiderada. Uma vez viciada a vontade do consumidor não se pode falar em igualdade de direitos e deveres entre consumidor e fornecedor, haja vista que este construiu unilateralmente o “contrato”.

Torna-se nítido, pois, que o denominado princípio da liberdade congrega, nas relações de consumo, duas forças que atuam em sentidos opostos. Para um lado, atua a força empresarial, calcada em respectiva liberdade de iniciativa, produção e concorrência. Para outro lado, contudo, atua a liberdade do consumidor, em informar-se, realizar opções e, eventualmente, adquirir ou não certos produtos e novidades colocados no mercado de

²³¹ NISHIYAMA, op. cit., p. 144.

²³² GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 53.

²³³ TAVARES, 2003, op. cit., p. 184.

consumo e *impostos* pela comunicação em massa²³⁴.

Para Nishiyama, não há hierarquia entre as duas liberdades, uma vez que ambas devem ser combinadas de forma harmônica, para que assim haja um desenvolvimento efetivamente sustentado²³⁵. É preciso entender com isso que a defesa do consumidor não impossibilita a liberdade de iniciativa, mas a aperfeiçoa.

Cumprе mencionar que no Brasil, por sua natureza protetiva e ao contrário dos demais Estados-partes do Mercosul, a tutela do consumidor constitui um ramo específico do Direito, visto que possui uma gama de princípios e sistemática próprios, distintos da sistemática civilista. Argentina, Paraguai e Uruguai possuem legislações esparsas sobre o assunto, todavia, sua gênese encontra atrelada ao direito civil.

Isso implica no abandono das concepções clássicas do direito privado, principalmente com o enfraquecimento do princípio do *pacta sunt servanda*, patamar máximo da *liberdade* de contratar em seu sentido amplo, o qual vincula as partes contratantes de maneira absoluta, fazendo lei entre elas²³⁶. Ao contrário, a tutela do consumidor no Brasil adota um tratamento desigual entre as partes contratantes para que assim haja possibilidade de isonomia entre consumidores e fornecedores.

Dado caráter protetivo do direito do consumidor, a Lei 8.078/90 assegura que:

[...] o juiz pode inverter o ônus da prova como meio de facilitar a defesa de direitos do consumidor (art. 6º, VIII); o juiz deve interpretar os contratos de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47); nos contratos realizados fora dos estabelecimentos comerciais, o consumidor tem direito de desistência imotivada (art. 49); os contratos só obrigarão os consumidores se lhes for dado conhecimento prévio do seu conteúdo e estiverem redigidos de modo compreensível (arts. 46 e 54, §2º); as cláusulas consideradas abusivas são nulas de pleno direito, mas não invalidam o contrato, que deve ser preservado como meio de assegurar o atendimento das necessidades e interesses dos consumidores (art. 51 e §2º); nos contratos de adesão, o direito de resolução é alternativa do consumidor (art. 54, §2º); a defesa dos interesses e direitos dos consumidores pode ser realizada em juízo individual ou coletivamente (arts. 81 e 82) etc²³⁷.

Sem embargo dessa exaustiva enumeração legislativa dos direitos do consumidor, o Código consumerista brasileiro não abordou a questão da proibição de sorteios que visam incentivar a aquisição de bens ou serviços. Tal matéria foi consignada pelo

²³⁴ TAVARES, 2003, op. cit., p. 187

²³⁵ NISHIYAMA, op. cit., p. 143.

²³⁶ TAVARES, 2003, op. cit., p. 189.

²³⁷ PASQUALOTTO, op. cit., p. 73.

ordenamento jurídico argentino na Lei da Lealdade Comercial (Lei nº 22.802), conforme será tratado adiante.

No que diz respeito aos defeitos de produtos ou serviços é mister afirmar que cabe ao fornecedor provar a sua inexistência, isto é, o Código de Defesa do Consumidor estabelece presunção *juris tantum* em favor do consumidor (artigo 12, §3º, II). Tal ônus é atribuído ao fornecedor porque ele é quem conhece todas as etapas da produção e, por conseguinte, deve evitar pôr em circulação produtos inseguros (artigo 8º).

Destarte:

A responsabilidade civil do fabricante não se funda mais em culpa pelo dano da vítima, mas no risco de que o produto tenha defeito e cause dano a alguém. A lei imputa-lhe o risco, mas não em sentido integral ou absoluto, porque não o relaciona com o só fabricar o produto, mas sim com a existência de defeito²³⁸.

Essa vasta proteção aperfeiçoada pela lei brasileira nem sempre encontra correspondência nos Estados-parte do Mercosul, mormente Paraguai e Uruguai. Isso implica numa responsabilização desigual por danos causados aos consumidores. Conforme se verá a seguir, a responsabilidade objetiva não é adotada pelos demais países do Mercosul, antes, resguardam os preceitos arcaicos do direito civil.

Conseqüência disso é a dificuldade de se estabelecer um Regulamento Comum de Defesa do Consumidor. Conforme já exposto, o projeto do Protocolo Comum de Defesa do Consumidor de 1997, não restou frutífero, pois implicaria em verdadeiro retrocesso com a revogação de 26 normas do Código brasileiro.

A aprovação desse documento prejudicaria a própria concepção de consumidor, já que a legislação brasileira reconhece a titularidade do consumidor por equiparação (aquele que não contratou diretamente com o fornecedor), ao passo que o projeto somente reconhece como consumidor aquela pessoa que possui vínculo contratual com o fornecedor.

Demais disso, pelo projeto somente as pessoas físicas ou jurídicas que comprovassem a sua vulnerabilidade poderiam reclamar a tutela protetiva em seu favor²³⁹. No Brasil o reconhecimento da responsabilidade objetiva advém do simples fato de que o fornecedor conhece todas as etapas da produção e, conseqüentemente, terá maior facilidade

²³⁸ PASQUALOTTO, op. cit., p. 77.

²³⁹ ARCE, É. P. T. La protección del consumidor electrónico en los países del mercosur. *Revista de direito consumidor*. RT, São Paulo, ano 14, n. 54, p. 173-192, 2005. p. 178.

em esclarecer as causas de possíveis danos à saúde dos consumidores.

3.4.2. A defesa do consumidor na Argentina

A Constituição argentina trata da defesa do consumidor em seu artigo 42, o qual dispõe:

Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios [...]²⁴⁰

Embora o Poder Constituinte Reformador tenha se preocupado em tutelar os interesses dos consumidores no âmbito constitucional, nada se falou nesse patamar sobre a ordem econômica. Entretanto, é possível observar na Segunda parte do dispositivo supracitado a incidência da defesa do consumidor como princípio orientador da livre iniciativa.

A Argentina, assim como o Brasil, adotou o sistema capitalista como padrão a ser seguido por sua economia, garantindo a liberdade de iniciativa aos agentes econômicos para que estes, de acordo com a naturalidade do mercado, trouxessem o progresso em favor da Nação Argentina. Todavia, o Estado reservou para si a capacidade de intervir no mercado sempre que os *players*, de algum modo, atentassem contra os interesses coletivos.

Ao invés de constar os preceitos reguladores da ordem econômica no Documento Fundamental (com exceção daquilo que tange à defesa do consumidor), os legisladores argentinos preferiram transferir tal matéria para normas infraconstitucionais. Desse modo, a orientação da ordem econômica argentina se dá pela combinação de vários textos legais, dentre eles: a Lei de Defesa do Consumidor que reconhece expressamente no art. 3º, a integração dela com a Lei de Defesa da Concorrência e Lei de Lealdade

²⁴⁰ ARGENTINA. Constituição (1853). *Constitución de la Nación Argentina*. In: Constituições dos países do Mercosul: 1996-2000: textos constitucionais Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai – Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001. p. 87.

Comercial²⁴¹.

Mesmo estando transcrito no ordenamento infraconstitucional, ressalte-se mais uma vez que a ordem econômica faz parte da Constituição Material, porquanto descreve parte da atuação do Estado no meio social e, por isso, detém inquestionável importância na condução do país.

A legislação argentina limita um pouco mais o conceito de consumidor fornecido pela legislação brasileira. Para ela, consumidor é a pessoa que adquire produtos ou serviços como destinatário final, colocando fim à cadeia de distribuição. Não é considerado consumidor aquele que reutiliza, transforma ou comercializa o produto ou o serviço, excluindo, no artigo 2º, os contratos realizados entre consumidores de coisas usadas²⁴².

Consumidor, no conceito argentino não se inclui a figura do consumidor por equiparação (previstos na legislação brasileira). Desta forma, caso ocorra um acidente de consumo, somente as pessoas que tenham contratado efetivamente com o fornecedor poderão reclamar indenização, restando àqueles que não adquiriram produto ou serviço reivindicar eventuais direitos pelo direito civil convencional. Além disso, os serviços prestados pelo Poder Público possuem regras próprias no que se refere ao tratamento do consumidor.

Na realidade, na Argentina, praticamente todos os serviços de caráter público domiciliar têm regulamentos próprios: a eletricidade (transporte e distribuição) regula-se pela Lei 24.085, publicada no Boletim Oficial de 16/01/92. O gás natural (transporte e distribuição) é regulado pela Lei 24.076 publicada em 12/06/92 e regulamentada pelo Decreto 1.738/92. O setor de telecomunicações é gerenciado pela Comissão Nacional de Telecomunicação em dependência direta do Poder Executivo Nacional, nos termos do Decreto 1.185/90. Os serviços públicos de água e esgoto são regulados a partir da Lei 23.696 e do Decreto 999/92²⁴³.

No que tange à definição de fornecedor, o estatuto argentino exclui a figura do profissional liberal, isto é, aquele trabalhador individual que possui título universitário, com matrícula ratificada por entidades profissionais oficialmente reconhecidas (advocacia, medicina, contabilidade etc), não é considerado fornecedor de serviços²⁴⁴.

Importante citar que a legislação argentina destoa da brasileira, mais uma vez, ao não contemplar como um direito essencial para a defesa do consumidor a inversão do ônus da prova. Enquanto o Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, no seu artigo 6º, inciso

²⁴¹ BATISTI, op. cit., p. 308.

²⁴² ARCE, op. cit., p. 179.

²⁴³ BATISTI, op. cit., p. 331.

²⁴⁴ Ibid., p. 317.

VIII, atribui ao fornecedor a obrigação de provar a inexistência de lesão ao consumidor, a lei argentina é omissa sobre a possibilidade de inverter o ônus da prova em desfavor do fornecedor, apenas impede a inversão contra o consumidor.

Desta maneira, deduz-se que o consumidor brasileiro possui maior relevância na relação de consumo do que o argentino, o que pode implicar num desequilíbrio dentro do Mercosul. A solução mais recomendável é o abandono da influência do direito civil argentino sobre o direito do consumidor, permitindo-se assim um pouco mais de ousadia jurídica para a realização efetiva da tutela do consumidor.

Todavia, sobre esse assunto Pasqualotto afirma que:

[...] a jurisprudência do Código Civil nessa matéria, relativa à aplicação do art. 1.113, com redação da Lei 17.711, de 1968, é compatível com a imputação objetiva. O dono ou guardião é responsável pelo fato causado por vício ou risco inerente à coisa, podendo livrar-se somente se houver culpa exclusiva da vítima ou de um terceiro por quem não deva responder, incumbindo-lhe o ônus da prova²⁴⁵.

Quiçá, não há na Argentina a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica, ficando a reparação dos danos causados ao consumidor limitada ao patrimônio do fornecedor (pessoa jurídica).

Um assunto que fugiu ao alcance do Código brasileiro, mas não passou despercebido da legislação argentina, é a proibição de sorteios que visam incentivar a aquisição de bens ou serviços. Tal proibição consta da Lei da Lealdade Comercial (Lei 22.802) e visa impedir que o consumidor seja induzido através dos meios de comunicação de massa a adquirir bens ou serviços dos quais não tenha necessidade²⁴⁶.

O ordenamento jurídico argentino também prevê a possibilidade de recomposição contratual nos casos em que o contratante advertir que poderá ser prejudicado por uma cláusula. Com fundamento no artigo 2.499 do Código Civil o consumidor poderá solicitar a anulação da cláusula para que haja igualdade econômica.

Acerca disso, Weingarten adverte que:

No basta con un equilibrio formal de intereses, que exclusivamente atienda a la relación jurídica considerada aisladamente, como pretende el constructivismo jurídico, sino de lo que se trata es de hallar una distribución o regulación más equilibrada de los derechos y obligaciones, para alcanzar una

²⁴⁵ PASQUALOTTO, op. cit., p. 81.

²⁴⁶ BATISTI, op. cit., p. 357.

relación jurídica más justa y equitativa²⁴⁷.

Seguindo uma tendência mundial de se estabelecer constitucionalmente instrumentos de tutela coletiva, a Constituição da Nação Argentina consagrou em seu bojo o *amparo* medida judicial cabível contra lesão ao consumidor. Tal medida é adotada, subsidiariamente, isto é, quando não haja outro meio judicial eficaz para se exercer um direito material. “[...] contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, com arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley²⁴⁸”.

A subsidiariedade do *amparo* implica na observância de uma gama de ações existentes na Argentina, já que “[...] quaisquer tipos de ação podem servir para a defesa dos direitos, que aliás não se limitam àqueles da lei de defesa, mas igualmente decorrentes do denominado direito comum²⁴⁹”.

Importante salientar, desde já, que o *amparo* não é instrumento de tutela coletiva apenas no direito consumerista, antes, possui incidência no direito ambiental e coletivos em geral.

De acordo com o que foi exposto no segundo capítulo do presente trabalho, o controle de constitucionalidade argentino se dá por meio repressivo-difuso, no qual qualquer juiz pode declarar a inconstitucionalidade de um ato ou omissão lesiva em que se funde em uma norma. Assim, uma vez turbados os interesses reconhecidos na Constituição ao consumidor, qualquer juiz poderá julgar inconstitucional o ato lesivo depois de provocado pela interposição do *amparo*. Isso implica numa extensão *erga omnes* do julgado proferido pelo juiz singular.

Podem figurar no pólo ativo do citado remédio coletivo somente: as pessoas lesadas por uma relação contratual de consumo; o Defensor do Povo; e, as associações registradas em conformidade com a legislação argentina e que tenham por finalidade a defesa desses direitos.

O Defensor do Povo, como está referido no art. 86 da Constituição, é um órgão instituído no âmbito do Congresso, que tem plena autonomia funcional. Tem como missão (*su misión*, não *función*) – a defesa e proteção dos direitos humanos e outros direitos, garantias e

²⁴⁷ WEINGARTEN, C. La equidad como principio de seguridad económica para los contratantes. *Revista de derecho ambiental*. RT, São Paulo, ano 10, n. 39, p. 32-40, 2001. p. 40.

²⁴⁸ ARGENTINA, op. cit., p. 87.

²⁴⁹ BATISTI, op. cit., p. 353.

interesses tutelados pela Constituição e leis, ante fatos, atos ou omissões da administração. Cabe-lhe ainda o controle do exercício das funções administrativas públicas²⁵⁰.

No Brasil não existe a figura do Defensor do Povo, mas suas competências são, quase que integralmente, as mesmas do Promotor de Justiça (Ministério Público).

Frise-se que o consumidor individual não pode, sozinho, tutelar interesses coletivos em juízo. Essa atribuição é fornecida alternativamente às associações de consumidores, à autoridade nacional ou local e ao Ministério Público. Por isso, resta ao indivíduo prejudicado a possibilidade de se habilitar como litisconsorte ativo na demanda coletiva, fato que somente será possível com a anuência do juiz.

Em um ato de covardia do Poder Executivo argentino, foi inviabilizada a possibilidade de se estender os efeitos sentença coletiva além das partes (*ultra pars*) em caso de procedência, beneficiando outros consumidores que não aqueles que assumiram o pólo ativo da ação. Destarte, os efeitos da coisa julgada se limitam àquelas pessoas que se habilitaram como litisconsorte.

Por fim, comparativamente, o que se vê é que:

O tratamento dos direitos coletivos no código brasileiro é mais abrangente e permite uma defesa mais eficiente do que aquela do código argentino, o que leva a concluir que, pelo menos em termos de leis, o direito brasileiro está mais avançado em relação ao acesso à justiça e da instrumentalização para defesa dos direitos, em termos coletivos²⁵¹.

Demais disso, é preciso mencionar que a legislação brasileira concebeu a possibilidade dos consumidores que não integraram a lide serem alcançados pelas benesses da coisa julgada *in utilibus*.

Finalmente, é imprescindível mencionar as várias leis que estruturam a defesa do consumidor na Argentina, dentre as quais se elenca: Lei nº 16.462 (Lei de abastecimento de drogas e produtos utilizados em medicina humana) Lei nº 16.463 (Lei de controle de drogas e produtos utilizados em medicina humana); Lei nº 18.284 (Código alimentar argentino); Lei nº 20.680 (Lei de abastecimento); Lei nº 22.262 de 08/08/80, alterada pelo Decreto nº 2.284 de 31/10/91 (Lei da defesa da concorrência); Lei nº 22.362 (Lei de marcas e designações); Lei nº 22.802 (Lei de lealdade comercial); Lei nº 24.240/93 (relações de consumo); Lei nº 24.999/98 (reparação por dano contratual).

²⁵⁰ BATISTI, op. cit., p. 177

²⁵¹ Ibid., p. 358.

3.4.3. A defesa do consumidor no Paraguai

O artigo 107, inserido na seção I, do capítulo IX, da Constituição da República do Paraguai, assim como a Constituição brasileira, exprime textualmente os referenciais da ordem econômica e demonstra apreço pelo sistema capitalista e pela liberdade de iniciativa, nos seguintes termos:

Toda persona tiene derecho a dedicarse a la actividad económica lícita de su preferencia, dentro de un régimen de igualdad de oportunidades. Se garantiza la competencia en el mercado. No serán permitidas la creación de monopolios y el alza o la baja artificiales de precios que traben la libre competencia. La usura y el comercio no autorizado de artículos nocivos serán sancionados por la Ley Penal²⁵².

Nessa mesma seção, o Legislador Constituinte garante a liberdade da apropriação privada (inclusive dos meios de produção), contudo condiciona o seu exercício à realização da sua função econômica e social, a fim de ser acessível a todos. Ademais, o artigo 113 da Constituição paraguaia atribui ao Estado a incumbência de fomentar a atividade cooperativa, a qual, na sistemática do Documento Fundamental, serve como instrumento para o desenvolvimento econômico paraguaio. Tal estímulo também foi previsto na Constituição brasileira em seu artigo 174, §2º.

Não é possível, de maneira expressa, identificar no Texto Magno Paraguaio a existência de um dispositivo que vincule a liberdade de concorrência (livre iniciativa) ao direito do consumidor. Todavia, basta que um estado prime pela defesa do consumidor para que os direitos consumeristas passem a balizar todo o ordenamento jurídico-constitucional. Destarte, resta a outras partes da Carta Magna e do ordenamento jurídico estabelecerem um padrão de defesa do consumidor para que, assim, a ordem econômica passe a se pautar, também, pela tutela consumerista.

A Constituição, procurando estruturar uma efetiva proteção ao consumidor, condiciona a publicidade à proteção do consumidor, nos presentes termos: “La ley regulará la publicidad a los efectos de la mejor protección de los derechos del niño, del joven, del analfabeto, del consumidor y de la mujer²⁵³”.

²⁵² PARAGUAI, Constituição (1992). *Constitución de la República del Paraguay*. In: Constituições dos países do Mercosul: 1996-2000: textos constitucionais Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai – Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001. p. 463.

²⁵³ *Ibid.*, p. 454.

Seguindo essa mesma tendência, o Estatuto Basilar, em seu artigo 38, coloca a defesa do consumidor entre os direitos coletivamente tutelados, disponibilizando o direito de reclamação individual ou coletivo:

Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a reclamar a las autoridades públicas medidas para la defensa del ambiente, de la integridad del hábitat, de la salubridad pública, del acervo cultural nacional, de los intereses del consumidor y de otros que, por su naturaleza jurídica, pertenezcan a la comunidad y hagan relación com la calidad de vida y com el patrimonio colectivo²⁵⁴.

Conste-se que o direito de reclamação supracitado não é um direito subjetivo de ação, porém se assemelha ao direito de petição brasileiro (artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, da CF). Desse modo, não se reconhece legitimidade ao consumidor individual que pretende ajuizar uma ação em nome coletivo.

Quanto ao acesso à justiça, há que se ter presente que a matéria de defesa do consumidor não é favorecida por instrumentos especiais ou mesmo juizados especiais. Assim, resta enormemente prejudicada a defesa do consumidor, face às características próprias dessas relações²⁵⁵.

Hodiernamente, mesmo diante da falta de consciência coletiva sobre a defesa do consumidor, o Paraguai possui uma lei infraconstitucional (Lei 1.334/98) que tutela direitos básicos do consumidor e a proteção da saúde e segurança²⁵⁶.

No que tange à segurança e saúde dos consumidores, a Lei 1.334/98 prevê “[...] o *recall* para riscos conhecidos com posteridade ao lançamento no mercado. A lei silencia quanto ao regime da responsabilidade dos fornecedores na reparação de danos²⁵⁷”. Sobre o *recall* existe dispositivo semelhante consignado no §1º, do artigo 10 do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.

Além da impossibilidade do indivíduo pleitear sozinho seus direitos de consumidor em nome da coletividade, é imperioso citar que o Ministério Público Paraguaio outrossim, pelo menos aparentemente, carece de legitimidade para reivindicar em juízo os interesses dos consumidores.

Nesse sentido, Batisti afirma que:

²⁵⁴ PARAGUAI, p. 456.

²⁵⁵ BATISTI, op. cit., p. 379.

²⁵⁶ PASQUALOTTO, op. cit., p. 82.

²⁵⁷ Ibid., p. 82.

Não se constata porém, na seqüência de suas atribuições, qualquer referência a uma possível ação civil pública. O item 2 do art. 268 refere que é dever e atribuição do Ministério Público *promover ação penal pública para defender o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos, assim como os direitos dos povos indígenas*²⁵⁸.

Com efeito, Constituição Paraguaia é explícita em atribuir ao Ministério Público paraguaio a legitimidade para a promoção de ação penal pública. No entanto, não confere a esse órgão a possibilidade de tutelar os direitos coletivos reconhecidos no artigo 38 no âmbito civil.

Inobstante isso, há entendimento no sentido de ser o Ministério Público órgão legitimado para propor ação cível de natureza coletiva, porquanto cabe a ele: representar a sociedade perante os órgãos jurisdicionais do Estado; e, velar pelo respeito aos direitos e garantias constitucionais, dentre as quais se insere a defesa do consumidor²⁵⁹.

Diferentemente do que ocorre na Argentina, o Defensor do Povo paraguaio não se envolve diretamente com questões processuais de defesa do consumidor pelo simples fato de que, o artigo 276 da Constituição paraguaia veda, terminantemente, a atuação judicial do órgão em comento.

3.4.4. A defesa do consumidor no Uruguai

A Constituição da República Oriental do Uruguai, assim como a Constituição da Nação Argentina, não trata de maneira específica e sistematizada sobre sua ordem econômica o que, para um Estatuto extremamente analítico, parece ter sido fruto de um descuido do Legislador Constituinte. Somente no artigo 50, segunda parte, é que a Constituição se manifesta no sentido de impor ao Estado a obrigação de inibir o domínio de mercado por algum grupo empresarial. Isso permite deduzir que a república cisplatina prima pelo sistema econômico capitalista, pela livre de iniciativa e, sobretudo, pela livre concorrência.

No que se refere à defesa do consumidor como parâmetro para a ordem econômica, a Carta Magna uruguaia é omissa. “Nem mesmo a reforma de 1996 aprovada por plebiscito em 08/12/96, tocou no assunto, apesar de alterar 27 dos 332 artigos e 23 letras das

²⁵⁸ BATISTI, op. cit., p. 179.

²⁵⁹ Ibid., p. 179.

Disposições Transitórias e Especiais²⁶⁰”.

Mediante interpretação extensiva do artigo 7º da Constituição da República Oriental do Uruguai, Castilla defende que “[...] este derecho-deber básico del consumidor es un derecho esencial inherente a la persona que convive en sociedad (art. 7 de la Constitución) y conforma parte del Derecho Civil Constitucional vigente [...]”²⁶¹.

Porém, sem previsão constitucional específica para esse assunto, o Uruguai teve de tutelar em lei infraconstitucional a defesa do consumidor, visto que a ausência desse instrumento pode implicar em abusos da liberdade econômica e chegar a destruir o sistema. Tal instrumento surgiu somente em 1999 com a elaboração da Lei nº 17.189, a qual trata das relações de consumo. Perceba-se que o *nomen iuris* do sistema de normas infraconstitucional não fala em “defesa do consumidor”, mas apenas fala em relações de consumo, o que, de início, denota o caráter não protetivo da legislação uruguaia.

Sob essa perspectiva, o artigo 3º da Lei 17.250 de 2000 é bastante restritivo ao conceituar “consumidor”, pois, de acordo com esse dispositivo, somente àqueles que possuem vínculo oneroso com o fornecedor podem reclamar um direito consumerista. Isso deixa clara a dificuldade de se abandonar os paradigmas arcaicos impostos pelo direito civil.

Acerca disso, Arce exorta:

El carácter oneroso debe estar presente en el vínculo proveedor – consumidor para que pueda calificarse como relación de consumo, admitiéndose la gratuidad solamente en aquellos casos en los que esté una relación de consumo posterior. Por tanto, conforme el art. 4º, serán consideradas relaciones de consumo todas las promociones gratuitas de productos y servicios tendentes a concretar una adquisición onerosa de estos en el futuro²⁶².

Não obstante isso, no âmbito da informação, levando em conta a compreensão da Lei 17.189/99, não é só o consumidor (aquele que possui vínculo direto com o fornecedor) que deve ter o seu direito de informação respeitado, mas outrossim todos aqueles que tiveram contato com um informativo publicitário.

A característica mais evidente da Lei 17.189/99 é a preocupação excessiva com o dever de informar. Com isso, o legislador uruguaio procurou desenvolver internamente uma lealdade concorrencial para que assim as empresas nacionais pudessem crescer sobre

²⁶⁰ BATISTI, op. cit., p. 181.

²⁶¹ CASTILLA, G. O. Deber de informacion en la Ley 17.189, de 20 de Setiembre de 1999. *Revista de direito do consumidor*. RT, São Paulo, ano 9, n. 34, p. 45-77, 2000. p. 49.

²⁶² ARCE, op. cit., p. 179.

bases sólidas e verdadeiras²⁶³.

No artigo 6º da Lei 17.189/99, o legislador impôs ao fornecedor a obrigação de prestar informação de maneira suficientemente clara, veraz e em idioma espanhol. Caso o consumidor incorra em erro por omissão da informação será possível reconhecer a nulidade relativa do contrato, de acordo com o que dispõe os artigos: 1.269; 1.560, inciso 3; 1.562 e 1.568 do Código Civil²⁶⁴.

Para que melhor se entenda este preceito, imperioso distinguir publicidade de informação. Na primeira, se busca promover a venda e aumentar o número de consumidores por meio de técnicas de marketing. Já na segunda, trata-se de descrever a realidade do produto ou serviço, isto é, informar as funções que eles cumprem.

De acordo com esses referenciais, as informações expostas pelo fornecedor devem ser claras, de modo a atingir todo e qualquer consumidor; veraz, para que o consumidor não seja conduzido a erro; e, como é óbvio, em idioma espanhol, pois nada adianta que uma informação seja clara e verdadeira em uma língua desconhecida para o consumidor.

Saliente-se que a publicidade cujo conteúdo descreva as características essenciais do produto ou serviço, também deverá resguardar os mesmos padrões estabelecidos para a informação ao consumidor, uma vez que, de acordo com o artigo 14, há vinculação da publicidade ao contrato.

Num de seus lampejos de protetivismo, a Lei da relação de consumo deixa transparecer em sua sistemática a busca por uma igualdade real entre consumidores e fornecedores, deixando de lado o antigo referencial da igualdade presumida apregoada pelo artigo 1.250 do Código Civil. Isso faz com que se evite ou, pelo menos, se tente evitar o abuso dos mais fortes em detrimento dos mais fracos²⁶⁵.

Nas vendas em domicílio, o artigo 16 da Lei 17.189/99 permite o chamado prazo de reflexão, para que o consumidor resolva permanecer ou devolver o produto. Essa iniciativa se explica pelo fato de que o consumidor domiciliar adquire produtos por meio de catálogo (físico ou digital), não tendo contato efetivo com o bem, o que implica numa maior vulnerabilidade do adquirente e requer uma proteção diferenciada em seu favor.

O ordenamento jurídico uruguaio, seguindo os passos do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, responsabiliza objetivamente o fornecedor nos casos em que suas

²⁶³ CASTILLA, op. cit., p. 48.

²⁶⁴ Ibid., p. 73.

²⁶⁵ Ibid., p. 50.

atitudes causarem dano ao consumidor. Assim, o vendedor não pode alegar desconhecimento ou ignorância sobre o vício que ocasionou o dano.

Caso seja prejudicado por algum vício redibitório, o consumidor terá direito de ser indenizado pelos danos e prejuízos sofridos (artigo 1.721 do Código Civil). Nesse caso, o fornecedor responderá pelos danos ainda que ignore o vício, caso seja possível presumir o fato em razão do conhecimento de seu ofício (artigo 1.719 do Código Civil). O artigo 32 da lei nº 17.189/99 determina a reparação e/ou a resolução do contrato, acrescido de perdas e danos, em caso de vício redibitório.

Assim como a Legislação brasileira e paraguaia, o ordenamento jurídico uruguaio contemplou a possibilidade do “[...] *recall* dos produtos cuja periculosidade seja detectada após a sua introdução no mercado²⁶⁶”. Fica nítido o atraso da tutela consumerista argentina, visto que foi o único Estado-parte que não previu o chamamento dos consumidores para sanar defeitos após a colocação do produto em circulação.

Premente destacar que houve, no Uruguai, um avanço sobre a responsabilidade do fornecedor, o qual passou a responder objetivamente pelos danos causados ao consumidor, ou seja, pelo fato de conhecer todas etapas da produção, presume-se que o fornecedor não pode meramente alegar desconhecimento sobre um potencial fator lesivo.

Nesse liame, Castilla destaca que:

La presunción de conocimiento que surge de la norma en términos teóricos debería admitir la prueba en contrario o sea, la prueba de desconocimiento, pero en la práctica por estas normas se transita en los hechos hacia la responsabilidad objetiva del fabricante entendiendo que conocía y no informó en las condiciones necesarias²⁶⁷.

Entretanto, é dada possibilidade ao fornecedor de se eximir da presunção supracitada provando a impossibilidade real de antever os riscos do produto. Demais disso, a negligência ou culpa da própria vítima é capaz de eliminar eventuais responsabilidades do fornecedor.

De maneira geral, é importante ressaltar a dependência da legislação consumerista pelo Código Civil, já que:

A responsabilidade pela reparação de danos é remetida ao regime geral do Código Civil. Em regra análoga ao Código de Defesa do

²⁶⁶ PASQUALOTTO, op. cit., p. 81.

²⁶⁷ CASTILLA, op. cit., p. 70.

Consumidor brasileiro são devedores da indenização o fabricante ou o importador, só respondendo o comerciante quando aqueles não puderem ser identificados ou quando este não conservar adequadamente o produto ou alterar suas condições originais. O dano é caracterizado como fato ilícito e limitado às conseqüências diretas e imediatas, de ordem patrimonial ou extrapatrimonial²⁶⁸.

No campo da responsabilização extrapatrimonial, a legislação uruguaia vislumbrou a possibilidade de impor sanções penais aos fornecedores que omitirem alguma informação devida. Sobre isso, o artigo 347 do Código Penal prevê que: “la estratagem a enganar artificiosamente con el que se induce a error a alguna persona para procurarse a sí mismo o a un tercero un provecho injusto en daño de otro será castigado [...]”.

Inobstante o zelo com alguns assuntos, a legislação uruguaia não ousou inovar, principalmente, pela pressão dos empresários (prejudicados economicamente) e pela inoperância dos Poderes Constituídos. Por conseguinte, alguns assuntos não foram estabelecidos, dentre os quais: a responsabilidade objetiva do fabricante, a solidariedade entre fornecedor e fabricante, as garantias legais dos produtos, padrões interpretativos em matéria consumerista²⁶⁹.

No que tange o direito processual coletivo para a defesa do consumidor é imperioso dizer que o Uruguai se encontra em estágio avançado, uma vez que o ordenamento jurídico já assimilou uma nova concepção dinâmica e solidária do Direito, permitindo-se assim a tutela transindividual de interesses coletivos.

O artigo 42 do Código Geral de Processo, procurando disciplinar a possibilidade de incidência da tutela processual coletiva na defesa do consumidor, consagra a legitimidade de qualquer interessado para a propositura da ação coletiva para defesa de interesses difusos. Todavia, a lei requer do interessado que propõe uma ação coletiva uma defesa realmente adequada, capaz de fazer frente ao poderio econômico do fornecedor e, ao mesmo tempo, reclamar os anseios dos demais consumidores.

Tal sistema se assemelha àquele consagrado nos Estados Unidos da América. De acordo com Gidi, no procedimento norte-americano, o requisito da representação adequada “[...] é essencial para que haja o respeito ao devido processo legal em relação aos membros ausentes e, conseqüentemente, indispensável para que eles possam ser vinculados

²⁶⁸ PASQUALOTTO, op. cit., p. 82.

²⁶⁹ CASTILLA, op. cit., p. 46.

pela coisa julgada produzida na ação coletiva²⁷⁰”.

Apesar da aparente justiça desse sistema, visto que os interesses coletivos somente serão discutidos em juízo se houver alguém que possa sustentar uma demanda de grande monta, a realidade socio-econômica do Uruguai inviabiliza, em razão dos elevados custos de um processo dessa natureza, um indivíduo atuar em nome coletivo.

Sobre isso, Batisti esclarece que:

Do ponto de vista prático, a atribuição a qualquer interessado para demandar por interesse difuso, pode esbarrar em limitações óbvias, principalmente porque as complexidades naturais de tais questões ensejam um gasto processual e extraprocessual acima do normal, além de colocar o interessado em oposição à parte que habitualmente detém muito mais poderio econômico²⁷¹.

Com efeito, para que possam atuar no polo ativo de uma ação coletiva que visa a tutelar interesses de um grupo de consumidores, as instituições e associações precisam demonstrar que possuem condição de exercer de maneira adequada a defesa do interesse difuso. A análise da capacidade de defesa adequada parte da demonstração de idoneidade financeira e técnica da associação.

Nos termos do direito processual uruguaio essa adequada capacidade de defesa pode ser analisada já como pressuposto de admissibilidade quando da entrega da petição inicial (art. 119.2), na audiência preliminar (art. 133 n° 9 e 341) tão logo tenha o demandado apresentado a contestação em que constem as exceções²⁷².

Evidencie-se que a extensão dos efeitos da sentença coletiva uruguaia está descrita nos artigo 220 do Código Geral de Processo, correspondente ao artigo 103, inciso I, do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.

Ademais, é salutar destacar alguns diplomas que coordenam a defesa do consumidor no Uruguai: Decreto n° 80/68 (impõe a restaurantes e afins a exibição dos preços de seus produtos); Decreto n° 492/79 (impõe a exibição do preço final nas vendas em crediário); Decreto n° 338/82 (dispõe sobre as informações contidas nos produtos); Lei n° 15.443 (regula de forma específicas as informações contidas nos rótulos dos medicamentos); Lei n° 17.189/99 (relações de consumo); Lei n° 17.250/2000 (vínculo oneroso - exclui o

²⁷⁰ GIDI, Antonio. *Class action como instrumento de tutela coletiva de direitos: as ações coletiva em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 99.

²⁷¹ BATISTI, op. cit., p. 406.

²⁷² Ibid., p. 407.

consumidor por equiparação);

3.4.5. Algumas perspectivas para o direito do consumidor mercosulino

Como já se afirmou alhures, a defesa do consumidor é algo extremamente recente na história do Direito, mormente quando essa tutela é praticada em países de desenvolvimento tardio em que os interesses dos detentores do poder quase sempre se sobrepõem às carências da coletividade. Por conseqüência, tem-se que:

Na América Latina o direito do consumidor desenvolveu-se tardiamente, com a exceção do México e Venezuela, cuja lei de 1974, já proibia, por exemplo, em seu art. 7º, publicidade enganosa, (que atribui características, qualidades ou resultados que não sejam verdadeiros). A mesma lei, no art. 11, estabelece o dever de fornecer garantias expressas contra defeitos ou mau funcionamento. No México, nas vendas a domicílio, (art. 47), fixa-se um prazo de arrependimento de 5 dias. A par disso, o art. 33 estabelece o alcance da garantia (manutenção, reparação gratuita, reposição de peças, etc.). O conceito de ordem pública e interesse social está também exposto no art. 1º da lei mexicana. Outros países, embora sem contar com uma legislação especificamente dirigida à defesa dos consumidores, traziam em matérias correlatas, dispositivos que indiretamente protegem os consumidores. O próprio Código Civil do Peru, por exemplo, estabelecia a invalidade de cláusulas abusivas enunciadas no art. 1398²⁷³.

Deveras, nos demais países a tutela do consumidor foi e, em alguns casos, continua sendo um apêndice da legislação civilista, o que de algum modo prejudica a assimilação das novas perspectivas trazidas pelo direito do consumidor, o qual tem natureza eminentemente protetiva. Porém, hoje é possível vislumbrar nos Estados-partes do Mercosul o esforço em tornar tal matéria uma questão de ordem política e de interesse social.

Sob a óptica do Mercosul como bloco (pessoa jurídica de direito público internacional), como é cediço (vide 2º capítulo), não há possibilidade de se implantar de maneira instantânea um regime compatível de defesa do consumidor nos quatro países, haja vista que, em sua formação, as partes preferiram atuar por meio de ações intergovernamentais adotando um modelo jurídico dualista, ou seja, existe uma norma interna e outra externa. Para

²⁷³ BATISTI, op. cit., p. 304.

que esta faça parte daquela, mister que passe por procedimento legislativo próprio da matéria.

Assim, o Mercosul não adotou o princípio do efeito direto, o qual foi muito bem recepcionado pela União Européia. Esse princípio “[...] traduz a desnecessidade de o direito comunitário ser internado nas normas dos países membros²⁷⁴”.

Em razão dessa natureza intergovernamental é quase que inconcebível uma imediata unificação das legislações mercosulinas em torno de um único estatuto de defesa do consumidor. De outro lado, a busca pela harmonização é extremamente salutar para a concretização do bloco como instituição internacional que se preocupa com os direitos humanos coletivos.

Inevitável citar, todavia, que:

A aplicação das normas comunitárias, como as Decisões (do CMC) e as Resoluções (do GMC), e ainda as Diretrizes (da CCM) é de caráter obrigatório, até porque, como dispõe o art. 37 do Protocolo de Ouro Preto, são tomadas por consenso com a presença de todos os Estados-Partes. Há que se ter presente porém, que não há no seio do Mercosul um organismo supranacional. Pelo contrário, os organismos são intergovernamentais. Daí porque, cada Estado-Parte se compromete a adotar as medidas necessárias para assegurar o cumprimento das normas daí emanadas. Trata-se portanto, de adotar medidas para internar no próprio direito, as regras emanadas dos órgãos intergovernamentais do Mercosul, quando necessário²⁷⁵.

Destarte, por se tratar de um bloco sem supranacionalidade, as relações entre os Estados-parte do Mercosul são regidas pelo direito internacional e, por conseguinte, devem respeitar tudo aquilo que ficar determinado em um Tratado, inclusive as decisões intergovernamentais, “[...] conforme dispõe a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 23 de maio de 1969, art. 31, n. 2 [...]”²⁷⁶.

Ademais, os diferentes estágios entre as legislações são grandes óbices para a elaboração e aprovação de um Regulamento Comum que possa harmonizar os direitos e conceitos sobre a defesa do consumidor nos membros do Mercado Comum do Sul. Isso se dá pelo temor de que, para os países mais “fracos”, a adoção de medidas mais rígidas implicaria numa desaceleração do desenvolvimento econômico, ao passo que para os países mais “fortes”, o afrouxamento da legislação consumerista provocaria um retrocesso em desfavor dos consumidores.

Sobre esse impasse, Pasqualotto explica que:

²⁷⁴ BATISTI, op. cit., p. 62.

²⁷⁵ Ibid., p. 91.

²⁷⁶ KLAUSNER, op. cit., p. 122.

[...] nos blocos mais fracos, como o Mercosul, a tentativa de harmonização de regras jurídicas embute o risco de um retrocesso para os países membros que lograram maior avanço legislativo interno. A nivelção pode ser feita por baixo, com derrogação de leis e o aviltamento da jurisprudência inovadora, garantidoras de uma proteção mais efetiva. A contínua concentração do poder econômico e a expansão transfronteiras dos mercados tornam mais do que nunca necessária a vigência de um regime jurídico favorável aos consumidores²⁷⁷.

Essa premissa foi confirmada quando se tentou estabelecer um Regulamento Comum sobre direito do consumidor no Mercosul. Exemplo disso foi o fato de que o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor seria brutalmente aviltado, dos nove itens elencados no seu artigo 6º, somente dois deles encontrariam esteio nas normas comunitárias. Sob sua égide não haveria possibilidade de se modificar cláusulas contratuais que estabelecessem prestações desproporcionais, nem haveria possibilidade de se fazer uma revisão em face de fatos supervenientes. “Igualmente não foi inserido no Regulamento, o direito à facilitação da defesa, inclusive com inversão do ônus de prova²⁷⁸”.

Não obstante isso, é extremamente urgente a homogeneização de alguns parâmetros sobre a defesa do consumidor entre os Estados-parte, dentre eles: os conceitos de consumidor e fornecedor; o período legal de garantia; informações sobre os riscos de um produto; publicidade enganosa; inversão do ônus da prova; responsabilidade objetiva do fornecedor etc. Essa premência ocorre em face da necessidade do desenvolvimento do Mercado Comum, pois para que haja uma maior circulação de produtos e serviços forçoso que haja segurança jurídica para os consumidores.

Apesar de todas essas diferenças é imprescindível assinalar alguns avanços já conquistados conjuntamente, dentre eles, a vinculação da publicidade ao contrato. Tido como um assunto eminentemente difuso, que implica em lesões além das fronteiras físicas dos países, é possível dizer que todas as legislações dos Estados-parte entendem que a publicidade contém elementos contratuais e, por isso, vincula o fornecedor, o qual, em caso de descumprimento, deve responder por perdas e danos.

A publicidade enganosa também é atacada pelos quatro países, visando coibir a difusão de informações falsas que sejam capazes de induzir os consumidores ao erro. Com efeito, os produtos e serviços mercosulinos devem, verdadeiramente, trazer consigo informações sobre a sua natureza, característica, qualidade, quantidade, origem, propriedades,

²⁷⁷ PASQUALOTTO, op. cit., p. 84.

²⁷⁸ BATISTI, op. cit., p. 428.

validade etc²⁷⁹.

Por derradeiro, é urgente que se organizem associações de consumidores comunitários, para que de forma coletiva tutelem seus interesses ante os fornecedores de produtos e serviços, os quais nem sempre são conhecidos. Isso implicaria em uma consciência regional comunitária em favor do próprio Mercado Comum e, por outro lado, faria com que o consumidor fosse menos dependente dos órgãos públicos de defesa do consumidor.

Será nesse contexto que poderá ser vislumbrada a possibilidade de um efetivo “constitucionalismo comunitário” (não nos moldes do constitucionalismo estatal), fundado em um “republicanismo contextual”, onde as organizações internacionais e as organizações não-governamentais exercerão, em espaços públicos, influência sobre os direcionamentos comunitários, no sentido de harmonizar as legislações dos Estados-parte no respeito aos direitos do consumidor²⁸⁰.

3.5. A PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE COMO DIRETRIZ PARA A LIVRE INICIATIVA NOS ESTADOS-PARTE DO MERCOSUL

Diante de tudo que foi exposto até o presente momento, é sabido que, hodiernamente, a preservação do meio ambiente possui incidência notória sobre o exercício da livre iniciativa, pois, mesmo naqueles países em que a tutela ecológica não se consubstancia em Constituições, a observação de referenciais ambientais é premente. Isso ocorre pelo fato de que cada vez mais a exploração dos recursos naturais como meio de exercício da livre iniciativa tem transcendido o âmbito do direito ambiental e alcançado o direito econômico e comunitário.

Conseqüentemente, nesse momento histórico, tudo aquilo que se pretenda fazer no campo econômico deve passar pelo crivo da defesa do meio ambiente, inclusive a liberdade de iniciativa concedida aos agentes econômicos deve respeitar aquilo que está registrado nas legislações ambientais.

Tendo em conta a irreversibilidade da globalização que ora se apresenta, a tendência é que a proteção de alguns direitos coletivos (direito do consumidor e ambiental

²⁷⁹ ARCE, op. cit., p. 188.

²⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O estado no direito constitucional internacional. *Revista de história das idéias*. Coimbra: Imprensa de Coimbra, n. 26, p. 343-352, 2005. p. 351.

principalmente) se fortaleçam, porquanto as inúmeras relações multilaterais de produção e comércio implicam numa série de causas e conseqüências ao meio ambiente, as quais não podem ser enumeradas. Por isso se diz que “[...] a gestão dos desafios ambientais possui inculcação direta com a dinâmica das relações internacionais do comércio²⁸¹”.

O fato é que, não bastasse a concepção de transindividualidade do direito ambiental, hoje se tem a consciência de que ele é transnacional, sendo absolutamente difuso em algumas situações, uma vez que as conseqüências negativas não respeitam fronteiras geográficas. Isso faz com que um esquimó seja vítima de uma ação praticada no Uruguai, ou que um argentino sofra as conseqüências da alta produtividade de uma indústria chinesa que não prima pela manutenção do ambiente saudável.

Sobre isso, Balbinott afirma que:

[...] os impactos ambientais negativos rapidamente ultrapassaram o horizonte do campo visível e local, ganhando contornos planetários. Não somente os reflexos negativos são suportados em locais de onde não advieram as ações que os originaram, como nem sempre é possível estabelecer de forma direta esta relação de causalidade²⁸².

Com efeito, fica patente a íntima relação existente entre o direito ambiental, comércio internacional e direito do consumidor. Por conseguinte, estes referenciais devem andar equilibrados para que os países possam se desenvolver de maneira sustentada, sem prejuízo para os consumidores e para o meio ambiente.

Em tal contexto, Victória exorta que:

Las políticas ambientales de un país pueden ocasionar consecuencias en otros, a través del comercio internacional, influyendo en la competitividad, mediante el uso de algunos instrumentos como ser impuestos, aranceles, subsidios, créditos, normas ambientales etc²⁸³.

Sob esse prisma é preciso verificar se a criação de normas ambientais visa realmente a tutelar o meio ambiente ou se o que se quer é estabelecer barreiras não-tarifárias para a consecução de fins econômicos.

Para evitar tais deslealdades é que existe o intervencionismo na ordem

²⁸¹ BALBINOTT, A. L.; WINCKLER, S. T. Direito ambiental, globalização e desenvolvimento sustentável. In: BARRAL, W.; PIMENTEL, L. O. (org.). *Direito ambiental e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. cap. 2, p. 47-76. p. 67.

²⁸² Ibid., p. 49.

²⁸³ VICTÓRIA, M. A. Comercio y medio ambiente en los procesos multilaterales y comunitarios. *Revista de direito ambiental*. RT, São Paulo, ano 7, n. 28, p. , 2002. p. 23.

econômica (já mencionado acima). A atuação do Estado é de suma importância para manter o equilíbrio entre o comércio internacional e as defesas do consumidor e do meio ambiente.

De maneira geral:

La libre competencia, en términos de comercio, no implica de modo absoluto libre ejercicio de las actividades productivas, sino por el contrario significa la sujeción de ésta última a los derechos humanos fundamentales a la salud, el ambiente, la calidad de vida, el desarrollo sustentable, la biodiversidad y del consumidor [...]²⁸⁴.

Ressalte-se que a correlação entre meio ambiente e consumidor é bastante próxima e, às vezes contraditória, haja vista que o anseio do homem pelo consumo pode implicar num desgaste ambiental. Na verdade, está aí o equilíbrio da ordem econômica. Entre esses dois interesses transindividuais surge o empresário (fornecedor), a quem costumeiramente é atribuído o desenvolvimento econômico. Aproveitando-se do desejo do consumidor e da fragilidade do meio ambiente, o agente econômico degrada a natureza e satisfaz aspirações humanas.

Em face da globalização do mercado, o que se vê é uma disputa acirrada entre diversas empresas nacionais, internacionais e transnacionais por um mesmo mercado consumidor, o que implica na busca pelo preço mais baixo. Para isso, alguns *players* se valem das legislações de países que pouco se preocupam com o meio ambiente ou com o consumidor, desrespeitando os direitos humanos e inviabilizando a atuação dos agentes econômicos que respeitam tais direitos coletivos.

Essa maneira de proceder desestimula aqueles que buscam se desenvolver de maneira sustentável – repassando os custos da preservação ao consumidor – já que seus produtos ou serviços serão preteridos por outros que não levaram em consideração a defesa do meio ambiente.

Para se evitar transtornos dessa natureza, cada Estado tem de promover a harmonização entre comércio, consumidor e meio ambiente. Pelo fato destes dois últimos serem os interesses mais frágeis numa relação mercantil, em regra, o ordenamento jurídico disponibiliza a eles meios semelhantes de proteção em face do agente econômico.

O certo é que as alterações trazidas pelo Direito Ambiental, como a responsabilidade civil objetiva e o afrouxamento dos requisitos da *legitimatio ad causam*, têm, igualmente, sido incorporadas em outras

²⁸⁴ VICTÓRIA, op. cit., p. 21.

disciplinas jurídicas, como o Direito do Consumidor²⁸⁵.

Imperioso frisar que a livre iniciativa, o direito do consumidor e a defesa do meio ambiente devem ser harmonizados entre si, não podendo ser apreciados de maneira unilateral, exaurível neles mesmos, antes, para que haja uma efetiva ordem econômica, tais fatores devem ser conjugados em busca do desenvolvimento sustentado. Assim, a liberdade de iniciativa não pode se sobrepor às defesas do consumidor e do meio ambiente, visando somente o desenvolvimento econômico. Tampouco a tutela consumerista e ambiental podem frear o avanço econômico com o subterfúgio de atender as aspirações coletivas.

Conforme se pode perceber, o equilíbrio entre esses referenciais da ordem econômica não é algo fácil de conseguir. Contudo, corriqueiramente, aparecem algumas idéias que se propõem a solucionar esse suposto paradoxo.

Uma delas visa num primeiro plano o desenvolvimento econômico, para que, a partir dos seus frutos (recursos financeiros), possa investir em defesa do meio ambiente²⁸⁶. Essa ilação resta prejudicada pelo simples fato de que as nações mais abastadas continuam sendo as que mais poluem o planeta.

Outra proposta provém da assimilação por parte dos *players* dos custos ambientais da produção, os quais, no final da cadeia produtiva, seriam pagos pelo consumidor²⁸⁷. Embora, extremamente justa, essa proposta é inviável num primeiro momento, pois requereria um esforço global no sentido de se estabelecer padrões ambientais mínimos para a produção. Hoje, se um país impõe aos seus agentes econômicos normas muito rígidas de respeito ao meio ambiente, certamente as suas indústrias perderão competitividade em face de outras empresas que não seguem esse mesmo rigor.

Acredita-se que a segunda proposta, em determinado tempo, se tornará viável, já que diversas nações têm investido na conscientização de suas populações acerca da necessidade de se consumir produtos que não agridam o meio ambiente. Para que isso prospere, mister o envolvimento dos países, dos organismos internacionais e dos blocos econômicos.

Prosseguindo no estudo da importância da defesa do meio-ambiente como referencial para a ordem econômica no Mercado Comum do Sul, como é cediço, todos os quatro Estados-parte adotaram o sistema econômico capitalista, calcado nas liberdades de

²⁸⁵ BENJAMIN, A. H. V. A proteção do meio ambiente nos países menos desenvolvidos: o caso da América Latina. *Revista de direito ambiental*. RT, São Paulo, ano 1, n. 0, p. 83-105, 1996. p. 96.

²⁸⁶ VICTÓRIA, op. cit., p. 18.

²⁸⁷ Ibid., p. 20.

iniciativa e concorrência, deixando de lado qualquer espécie de planificação econômica.

Para que esse sistema não tivesse um caráter liberal-opressor, os Estados, procurando minimizar as desigualdades inerentes a esse modelo econômico, estabeleceram princípios para o bom andamento econômico-social. Dentre esses princípios está a tutela do meio ambiente como um direito humano coletivo (de terceira geração).

Apesar de tardia, a defesa do meio ambiente tem avançado em alguns países latino-americanos, mormente naqueles que fazem parte do Mercosul. Sobre isso Benjamin discorre:

Na América Latina, a proteção do meio ambiente, como tema jurídico, encontra seus antecedentes mais próximos no movimento ambientalista que se formou no contexto mais geral da luta dos anos 70 e 80 pela democracia. O ambientalismo latinoamericano nasceu, por isso mesmo, com um forte componente ideológico, hoje diluído, mas que ainda o persegue. De certa maneira produto desses movimentos organizados, o Direito Ambiental, na sua fase de formação, também era considerado parte de uma agenda mais ampla da *esquerda* daqueles que eram contra a livre iniciativa²⁸⁸.

Urge ressaltar que, assim como a defesa do consumidor, a tutela do meio ambiente outrora serviu como instrumento para reclamar uma maior atuação do Estado na economia. Sob tais alegações, alguns opositores do sistema capitalista almejavam a planificação completa da economia ou, pelo menos, a sua socialização.

De um modo geral, o ambientalismo latino-americano, assim como outros movimentos de defesa do meio ambiente ao redor do mundo, jamais se preocuparam com proteção “pura” dos animais ou plantas, mas visou, primeiramente, proteger o próprio homem das conseqüências da degradação ambiental.

Nessa esteira, Mazzilli assevera que:

Alguns estudiosos falam hoje em direitos dos animais e plantas. Entretanto, não se protegem os animais e plantas em si mesmos, porque sejam titulares de *direitos subjetivos*, pois não o são, nem é porque, enquanto seres vivos, possam ser alvo de tratamento cruel ou, em alguns casos, porque possam sentir dor; na verdade, são protegidos, sim, em razão de valores éticos que informam o convívio humano²⁸⁹.

Como se vê, a óptica já começou distorcida, uma vez que a defesa do meio ambiente foi mero subterfúgio para a consecução de outros fins que não o de preservar a

²⁸⁸ BENJAMIN, op. cit., p. 99.

²⁸⁹ MAZZILLI, op. cit., p. 144.

natureza para as presentes e futuras gerações.

Fator preocupante para aqueles que estudam a defesa do meio ambiente na América Latina é a pobreza das populações. Tal preocupação é gerada pelo fato de que, quanto mais pobre é a população, mais dependente ela se faz dos recursos naturais. Por conta disso, tendo em mente que as dádivas da natureza são finitas, é inevitável a conclusão de que, num determinado tempo, algumas populações latino-americanas, além de pobres economicamente, serão paupérrimas em recursos naturais, o que impossibilitará definitivamente o desenvolvimento sustentado.

Ademais, as leis ambientais que permeiam os ordenamentos jurídicos dos países sul-americanos e também dos Estados-parte do Mercosul, não raras vezes, são transcritas em documentos formais, destinados “[...] a dar um mínimo de satisfação à opinião pública nacional e, nos últimos tempos, internacional²⁹⁰”. Neles não há qualquer realidade existencial.

Um grande obstáculo à implementação efetiva da tutela do meio ambiente nos países do Mercosul tem sido a arraigada concepção absoluta de propriedade privada. Acostumados aos desmandos de outras épocas, os agentes econômicos se recusam assimilar a novel concepção de propriedade privada.

Contudo, a superação gradativa do conceito tradicional de propriedade, tem sido muito importante para o desenvolvimento do direito constitucional dos Estados-parte do Mercosul, os quais, desde a primeira metade do século XX, incorporaram a idéia de *função social da propriedade*, impondo a esta alguns limites para a realização de finalidades coletivas. Em verdade, hoje, “[...] sem proteção ambiental inexiste direito de propriedade constitucionalmente garantido²⁹¹”.

A falta de conscientização por parte da população também tem atrapalhado o avanço da defesa do meio ambiente, haja vista que somente quando a coletividade entende a necessidade da proteção ambiental é que realmente se encontrará coincidência entre a legislação (mundo do dever-ser) e o dia-a-dia das pessoas (mundo do ser).

Há também uma tardia compreensão dos direitos e instrumentos coletivos para a defesa de interesses transindividuais, o que implica num apego desnecessário aos antigos referenciais individuais que não mais satisfazem as necessidades da sociedade do século XXI.

Inobstante as dificuldades conjunturais para o estabelecimento efetivo da tutela do meio ambiente na América Latina, os Estados-parte do Mercosul estabeleceram, desde o

²⁹⁰ BENJAMIN, op. cit., p. 101.

²⁹¹ Ibid., p. 97-98.

projeto de formação do Mercado Comum, a proteção do meio ambiente como diretriz a ser seguida pelos parceiros nas trocas comerciais.

Dessa forma, o Tratado de Assunção, o qual deu origem ao Mercado Comum do Sul, tem por escopo:

[...] alcançar a ampliação dos mercados nacionais; a integração como condição fundamental para acelerar seus processos de desenvolvimento econômico com justiça social; *o aproveitamento eficaz dos recursos disponíveis; a preservação do meio ambiente*; o melhoramento de interconexões físicas; a coordenação de políticas macroeconômicas e a complementação dos diferentes setores da economia, com base nos princípios da gradualidade, flexibilidade e equilíbrio; a adequada inserção internacional para os Estados-partes; o desenvolvimento científico e tecnológico, modernizando a economia, ampliando oferta e a qualidade dos bens e serviços disponíveis e, finalmente, com o objetivo de melhorar as condições da vida de seus habitantes²⁹².

Porém, o Tratado de Assunção não tratou de maneira contundente os aspectos da ordem jurídico ambiental. Tal assunto ficou registrado apenas no preâmbulo, sem qualquer aplicação direta. Noutra perspectiva, é possível afirmar que mesmo a simples citação da proteção ambiental no preâmbulo do Tratado como objetivo do Mercosul é suficiente para gerar conseqüências jurídicas, principalmente interpretativas, já que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 23 de maio de 1969, art. 31, n. 2, firmou o entendimento de que o preâmbulo compreende o texto dos tratados para efeitos de interpretação²⁹³.

Conforme se observa, a integração não pode ser considerada plena se somente forem considerados aspectos econômicos, antes é preciso que se resguarde os direitos sociais e coletivos, para que assim um Estado-parte não prejudique outro. Para o bloco, a proteção ambiental e o desenvolvimento sustentável são condições para a sua sedimentação e fortalecimento. Por isso é importante lembrar que, mesmo diante das dificuldades político-econômicas enfrentadas pelos Estados-parte, o Mercosul prossegue gradativamente no rumo da sistematização de normas de proteção ao meio ambiente.

Visando o aprimoramento do aparato conjunto de tutela da natureza no Mercosul, forçoso que os países mantenham contato permanente buscando a homogeneização legislativa e executiva na proteção ambiental. Assim, um Estado deve informar aos demais Estados-membros de uma comunidade, tudo aquilo que lhe diga respeito em matéria ambiental. Há também:

²⁹² RIOS, op. cit., p. 44.

²⁹³ KLAUSNER, op. cit., p. 122.

[...] b) o dever de informação e consultas prévias dos Estados a respeito de projetos que possam trazer efeitos prejudiciais aos países vizinhos; c) o dever de assistência e auxílio entre os países nas hipóteses de degradações ambientais importantes e catástrofes ecológicas; d) o dever de impedir a transferência para outros Estados de atividades ou substâncias que causem degradação ambiental [...] ²⁹⁴.

Tendo em vista a formação de um bloco coeso, não é suficiente a edição de normas em apenas um ou em alguns Estados-parte, indispensável que se busque de forma coordenada e gradativa a harmonização das ações legislativas e executivas para que o Mercosul não se perca em seus próprios fins. Essa harmonização é fundamental para que o comércio e a defesa do consumidor não sejam prejudicados.

A proteção do meio ambiente não deve ser utilizada como instrumento para impedir o ingresso de produtos advindos de outro Estado-parte, antes é necessário que se organize de forma conjunta o planejamento sobre a defesa do meio ambiente, tendo em vista o comércio extra-bloco, para que os produtos mercosulinos tenham competitividade internacional sem, contudo, degradar o meio ambiente.

Com tal escopo, em 1992, foi realizado o Encontro de Las Leñas, no qual se resolveu criar o REMA – Reunião Especializada em Meio Ambiente – com a finalidade de detectar assimetrias políticas e legislativas que poderiam afetar a competitividade entre os Estados-parte. Em suas considerações se enfatizou “[...] a necessidade de cooperação com vistas ao desenvolvimento sustentável, o compromisso de que as atividades econômicas de um Estado-membro não causem dano ao meio ambiente dos demais [...]” ²⁹⁵.

De acordo com Leite, são objetivos específicos do REMA:

1) contribuir para estabelecer, em matéria ambiental, condições de adequada competitividade entre os Estados-partes; 2) contribuir para estabelecer, em matéria ambiental, condições de adequada competitividade externa dos produtos originários do Mercosul ²⁹⁶.

Com efeito, para que a harmonização da defesa do meio ambiente nos países do Mercosul se efetive é imperiosa a adoção de alguns princípios além daqueles que permeiam a ordem econômica (liberdade de iniciativa e de concorrência), para que, conjuntamente, possibilitem o desenvolvimento econômico sustentado, dentre os quais se

²⁹⁴ LEITE, J. R. M.; DANTAS, M. B. Instrumentos de proteção ambiental e o Mercosul. *Revista de direito ambiental*. RT, São Paulo, ano 1, n. 2, p. 112-122, 1996. p. 116.

²⁹⁵ SCHEIBE, V. A. C. O direito ambiental no Mercosul. *Revista de direito ambiental*. RT, São Paulo, ano 6, n. 23, p. 125-162, 2001. p. 134-135.

²⁹⁶ LEITE, op. cit., p. 114.

destaca o da cooperação internacional, da transparência, da não-discriminação, do repúdio a barreiras não tarifárias, da cooperação internacional, da precaução, dentre outros.

O princípio da cooperação internacional procura “[...] velar para que as atividades realizadas dentro de sua jurisdição não causem danos ao meio ambiente e outros Estados ou a áreas situadas fora dos limites das jurisdições nacionais²⁹⁷”.

Associado ao primeiro, o princípio da transparência visa a não sonegação de informações sobre o meio ambiente de um Estado-parte. Isso possibilita que eventuais Estados prejudicados se protejam e possam reclamar junto aos órgãos mercosulinos o reequilíbrio do *status quo*.

Há também o princípio da não-discriminação, o qual visa evitar a discriminação comercial advinda da imposição de um “padrão ambiental”, isto é, tudo aquilo que for imposto a um produto estrangeiro deve ser aplicado ao produto nacional²⁹⁸.

O princípio contra a adoção de barreiras não-tarifárias tem em vista coibir a utilização de preceitos de tutela ambiental como subterfúgio para a consecução de fins alheios ao direito ambiental. Desta forma, os instrumentos regulatórios da gestão ambiental não devem ser utilizados pelos Estados para proteger suas próprias indústrias. Ocorre que, “Mediante a imposição de medidas unilaterais nas quais os Estados afirmam a proteção do meio ambiente, na verdade se criam dificuldades e obstáculos para a livre comercialização²⁹⁹”.

Por fim, o princípio da precaução dispõe que:

[...] os países teriam o direito de restringir a importação de produtos os quais eles acreditassem causar prejuízo à saúde pública, à segurança e ao meio ambiente, mesmo sem suporte, fundamento ou evidência que comprovasse a periculosidade de tal produto, tão somente baseado no risco que este produto traduz para o país³⁰⁰.

Em suma, o estabelecimento desses princípios, referenciais mínimos na defesa do meio ambiente comunitário, poderia ser o principal caminho a ser adotado para a realização do desenvolvimento sustentável dentro do bloco, o que causaria uma maior lealdade comercial para com o consumidor e para com o meio ambiente.

²⁹⁷ LEITE, op. cit., p. 116.

²⁹⁸ FONSECA, K. C.; RUSCHEL, C. V. Barreiras ambientais: proteção ao meio ambiente ou interesse econômico? In: BARRAL, W.; PIMENTEL, L. O. (org.). *Direito ambiental e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. cap. 5, p. 139-158. p. 143.

²⁹⁹ Ibid., p. 156.

³⁰⁰ Ibid., p. 147.

3.5.1. A tutela do meio ambiente no Brasil

A Constituição brasileira em seu artigo 3º consagrou como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil *a garantia do desenvolvimento nacional*. Para tanto é urgente que haja crescimento econômico, o qual deve ser pautado pelos princípios contidos nos incisos do artigo 170, mormente aquele transcrito no VI, que trata da defesa do meio ambiente. Nesse dispositivo, o sistema constitucional demonstra apreço pelas atividades e produtos que não sejam nocivos à natureza, permitindo-se expressamente tratamento diferenciado entre os agentes econômicos.

Desse modo:

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*³⁰¹.

Ao transcrever tal matéria, a Constituição não tutela a natureza composta por animais e vegetais, mas estabelece referenciais também para o ambiente artificial, isto é, aquele criado pelas mãos do homem. Ademais, o Lei Maior atrelou o desenvolvimento econômico ao respeito às questões ambientais, desprezando implicitamente o avanço econômico em detrimento dos recursos naturais.

Vale consignar que “A busca por uma boa qualidade de vida é o objetivo último tanto do Direito econômico quanto do Direito ambiental. Ocorre que, além da finalidade comum, também os meios de alcançá-la devem guardar correspondência entre si”³⁰².

Embora seja extremamente analítica, o Estatuto Basilar brasileiro deixou a cargo do legislador infraconstitucional a incumbência de estabelecer regras e procedimentos para que a tutela ambiental consagrada constitucionalmente tivesse efetividade. Dentre as principais medidas está a *culpa presumida* dos agentes econômicos que degradam o ambiente. Assim, se franqueou a responsabilidade civil objetiva do poluidor, o qual tem por obrigação

³⁰¹ GRAU, op. cit., p. 251

³⁰² TAVARES, 2003, op. cit., p. 199.

reparar o dano causado sem a necessidade de evidenciar ação dolosa ou culposa³⁰³.

Outrossim é imperioso mencionar a incorporação, pelo ordenamento jurídico brasileiro, da possibilidade de se aplicar sanções penais às pessoas jurídicas. Não obstante a boa intenção da norma em cercar a tutela ambiental de todas garantias possíveis, tal atitude dá ensejo a perenes críticas quanto a sua formulação, haja vista que somente pessoas naturais podem ser agentes em delitos.

Sobre isso:

A Lei 9.605, de 12.02.1998, que define ilícitos e crimes ambientais, dispõe sobre as sanções administrativas, civis e penais respectivas, estabelece a responsabilidade inclusive penal das pessoas jurídicas e adota a doutrina da desconsideração da pessoa jurídica quando necessária ao ressarcimento dos prejuízos por esta causados³⁰⁴.

A supracitada lei abre precedente em seu artigo 22, inciso I, para uma outra crítica, no sentido da possibilidade de se suspender totalmente as atividades da pessoa jurídica. Analogicamente, para alguns, isso seria o mesmo que decretar a pena de morte de uma pessoa natural, entregando-a ao seu algoz. Por ser defeso a aplicação da pena capital no Brasil, a suspensão das atividades seria inviável, restando suficiente a responsabilidade civil como único meio efetivamente hábil para a reestruturação do ambiente.

No Brasil, a competência sobre a matéria ambiental não ficou exclusivamente nas mãos da União, antes, a Constituição estabeleceu competência legislativa concorrente entre as diversas esferas de poder. Desta feita, União, Estados e Distrito Federal devem legislar concorrentemente sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição. Além disso, devem zelar conjuntamente pela proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico. Cabe aos entes federativos impor sanções por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (art. 24, VI, VII, VIII).

Aos municípios, a Carta Magna atribuiu apenas competência suplementar, isto é, sobre aquelas matérias não tratadas pelas esferas superiores de poder e que possuam interesse local (artigo 30, incisos I e II, da Constituição).

Um exemplo que merece referência no que concerne à competência

³⁰³ BENJAMIN, op. cit., p. 97.

³⁰⁴ SCHEIBE, op. cit., p. 153.

suplementar dos Municípios está no art. 6º, §2º, da Lei 6.938/81, que diz que os membros, observadas as normas e padrões federais e estaduais, poderão elaborar normas supletivas e complementares e padrões relacionados com o meio ambiente³⁰⁵.

A atribuição de competência suplementar aos municípios para a realização de fins ambientais tem suscitado novas idéias visando a eficiência do serviço público ao menor custo possível. Dentre elas está o consórcio intermunicipal, o qual, mediante autorização legislativa, dois ou mais municípios conjugariam suas estruturas e recursos para a consecução de objetivos comuns.

Como salienta Leite, a Constituição do Estado de São Paulo, em seu artigo 201, já prevê expressamente a possibilidade de formação de consórcios intermunicipais para a preservação do meio ambiente: “O Estado apoiará a formação de consórcios entre Municípios, objetivando a solução de problemas comuns relativos à proteção ambiental, em particular à preservação de recursos hídricos e ao uso equilibrado dos recursos naturais³⁰⁶”.

No âmbito institucional, a Lei nº 6.938/81 criou o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) que tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana.

Para isso, diversos órgãos foram criados para aparamentar esse sistema, dentre eles: “[...] o Conama (órgão consultivo e deliberativo), o Ministério do Meio Ambiente, (órgão central) e Ibama (órgão executor), além de órgãos setoriais, seccionais e locais, com competências específicas³⁰⁷”.

A Lei nº 6.938/81 também estabelece como instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, dentre outros: o zoneamento ambiental; a avaliação de impacto ambiental; e, o licenciamento ambiental.

Em consonância com Barral, é possível afirmar que:

O zoneamento ambiental consiste na repartição do território municipal, partindo-se de um planejamento, visando estabelecer a apropriada destinação da terra e o uso do solo. A avaliação de impacto ambiental, por sua vez, será exigida quando for instalada obra ou atividade que potencialmente possa causar degradação ao meio ambiente. Por fim, licenciamento ambiental é o processo por meio do qual o órgão competente licencia a localização, a

³⁰⁵ SCHEIBE, op. cit., p. 153.

³⁰⁶ LEITE, op. cit., p. 118.

³⁰⁷ SCHEIBE, op. cit., p. 155.

instalação e o funcionamento de empreendimentos que, ao utilizarem os recursos naturais disponíveis, possam causar danos ao meio ambiente³⁰⁸.

Advirta-se, em especial, sobre o estudo (ou avaliação) de impacto ambiental que é um instrumento de importância irrefutável para a busca do desenvolvimento sustentável, já que sua essência se esteia no princípio da prevenção e, por isso, trata-se de uma medida prévia à instalação de atividade ou obra que possa causar degradação ambiental. Sua utilização pode evitar que danos irreversíveis à natureza sejam provocados³⁰⁹.

Através desses mecanismos (instrumentos) o Estado brasileiro faz cumprir aquilo que ficou assinalado na Constituição Federal no seu capítulo I, do título VII, sobre os princípios gerais da atividade econômica, a saber, o respeito por parte do empresariado aos corolários da defesa do meio ambiente.

Um outro mecanismo destinado a satisfazer as diretrizes fornecidas pelo Poder Constituinte é o estabelecimento de áreas de proteção ambiental, as quais impõem o cumprimento da função social da propriedade e, ao mesmo tempo, limita a livre iniciativa em proveito do meio ambiente.

Tal instrumento foi previsto no artigo 16, §2º, da Lei nº 7.803/89, o qual estabelece como reserva legal, a área de, no mínimo, 20% (vinte por cento) de cada propriedade, onde não é permitido o corte raso. Essa oneração da propriedade deverá ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, sendo vedada alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, ou de desmembramento da área.

Acerca da restrição no direito de propriedade, Tavares opina:

[...] que as restrições (tomada a palavra em sentido amplo), decorrentes da criação de uma área de proteção ambiental, representam um enorme encargo ao direito de propriedade, com conseqüências (ou seqüelas) econômicas de grande porte. [...] Nesse sentido, há de indenizar o proprietário de terras atingido por uma declaração dessa espécie³¹⁰.

Na esfera processual, a grande contribuição brasileira para a defesa do meio ambiente é a adoção das ações coletivas, um novo modelo de acesso à justiça, caracterizado pela celeridade e economia processual. Ademais, esse tipo de demanda viabiliza uma

³⁰⁸ BARRAL, W.; FERREIRA, A. F. Direito ambiental e desenvolvimento. In: BARRAL, W.; PIMENTEL, L. O. (org.). *Direito ambiental e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. cap. 1, p. 13-45. op. cit., p. 41.

³⁰⁹ TAVARES, 2003, op. cit., p. 207.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 200.

reparação financeira mais abrangente do que aquelas provenientes das ações individuais e, talvez por isso, a perspectiva individualista tem perdido espaço para uma noção mais globalizada de Direito³¹¹.

O direito brasileiro elegeu como instrumentos de tutela coletiva a ação popular e a ação civil pública. Por meio da ação popular, o cidadão, em nome próprio, pode defender direitos alheios quando se tratar de defesa do meio ambiente (artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal). A Lei nº 7.347, de 24.07.1985, institui a Ação Civil Pública e indicou os legitimados para sua propositura em defesa do meio ambiente.

Levando em conta somente as breves palavras que foram transcritas acima sobre a defesa do meio ambiente no Brasil, é verossímil afirmar que a legislação brasileira (constitucional e infraconstitucional) se encontra em estágio avançado e, por isso, todo processo de integração normativa se torna melindroso. Isso se dá pelo receio de se aviltar o ordenamento jurídico interno em favor de uma união de Estados que ainda se preocupa pouco com a questão ambiental.

Para um país que possui o direito ambiental bastante desenvolvido e efetivo, o risco de ser vítima do *dumping ecológico* é bastante razoável, já que, aqueles que pouco se preocupam com a matéria, não repassarão o custo ambiental para seus produtos e serviços, o que, por conseguinte, os tornarão mais baratos no mercado internacional.

Nesse sentido, Fonseca adverte que:

Esta situação é lamentável, pois coloca os seres vivos, humanos ou não, a mercê de interesses imediatos e de poucos. Quando se fala em proteção ao meio ambiente, não se deve pensar no comércio internacional como fim, mas na conjugação deste com a proteção da vida³¹².

Em face disso, é urgente uma regulamentação comum e severa entre os países do Mercosul para se evitar a possibilidade de *dumping ecológico*. “É, efetivamente, medida que se impõe, para permitir o avanço conjunto e o trato unificado das questões comuns, sem afetar a livre concorrência no mercado que se pretende unificar³¹³”.

Essa integração ampla (não apenas econômica) ficou consignada no parágrafo único, do artigo 4º da Constituição, no qual o Constituinte dispôs sobre os princípios que regeriam o Brasil em suas relações internacionais. Assim, a matéria ambiental deve ser abordada para que haja uma integração plena com os países da América Latina, sobretudo

³¹¹ BENJAMIN, op. cit., p. 97.

³¹² FONSECA, op. cit., p. 157.

³¹³ SCHEIBE, op. cit., p. 158.

com aqueles que agregam o Mercosul.

Procurando reforçar a preocupação brasileira com o direito ambiental internacional, a Lei nº 9.605/98, em seus artigos 77 e 78, procura disponibilizar o aparato do Governo brasileiro para prestar, no que concerne ao meio ambiente, a necessária cooperação a outro país, sem qualquer ônus, quando solicitado. Tal iniciativa demonstra a consciência de transindividualidade e transnacionalidade do direito ambiental tratado acima.

A esperança para a harmonização do direito ambiental nos Estados-parte reside no fato de que todos países avançaram muito nessa seara, mormente na obrigatoriedade da realização do Estudo Prévio de Impacto Ambiental, sobre o qual existem dispositivos na maioria dos países do Mercosul³¹⁴.

No campo das relações internacionais é urgente frisar que, no que tange à biossegurança, o Brasil é o único grande exportador de produtos agrícolas que ratificou o Protocolo de Cartagena, o qual “[...] tem um objetivo muito claro: regular o movimento transfronteiriço dos OVMs (Organismos Vivos Modificados) a fim de evitar possíveis danos que os mesmos possam causar à biodiversidade, bem como considerar riscos para a saúde humana³¹⁵”.

A Argentina, o maior parceiro do Brasil no Mercosul, não aderiu aos regramentos desse Protocolo, fato que pode provocar um desnivelamento na tutela do meio ambiente nos Estados-parte, visto que as conseqüências advindas do manuseio de OVMs (Organismos Vivos Modificados) ainda é incerta.

Derradeiramente, frise-se que a efetividade do direito ambiental nos Estados-parte, inclusive no Brasil, ainda está longe de ser satisfatória, pois quase sempre se esbarra no limite da *reserva do possível*, isto é, na escassez de recursos financeiros, os quais obstam a evolução gradativa da tutela do meio ambiente.

Levando-se em conta o exemplo brasileiro, Barral salienta:

Ainda que se considere a Constituição Federal e o conjunto normativo infraconstitucional como eficazes para se garantir juridicamente a proteção ao meio ambiente, e, conseqüentemente, o direito fundamental ao meio ambiente sadio, o Estado possui claras limitações materiais no exercício do seu poder de polícia (fiscalização) para o setor³¹⁶.

³¹⁴ LEITE, op. cit., p. 121.

³¹⁵ LIMA, R. C. A. Comércio e meio ambiente no âmbito do protocolo de Cartagena. In: BARRAL, W.; PIMENTEL, L. O. (org.). *Direito ambiental e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. cap. 8, p. 209-231. p. 213

³¹⁶ BARRAL, op. cit., p. 39.

Com efeito, não basta a previsão constitucional da defesa do meio ambiente, nem a exaustiva proteção infraconstitucional do direito ambiental para que o desenvolvimento sustentado se apodere dos meios de produção no Brasil. O fato é que a consecução desse mister passa por diversos fatores que, somente combinados, darão alguns resultados positivos; dentre eles, a conscientização da população, a maior rigidez na fiscalização ambiental, o estímulo para que o empresariado invista numa produção ecologicamente sustentada etc.

A título de esclarecimento, é preciso constar que a legislação ambiental brasileira se ampara, basicamente, nos seguintes diplomas: Constituição Federal artigos 5º, LXXIII; 23, VI E VII; 24, VI e VIII; 129, III; 174, §3º; 200, VIII; e 216, V; e, 225 e parágrafos; Dec. nº 24.643/34 (Código de Águas); Lei nº 4.771/65 (Código Florestal); Lei nº 5.197/67 (Código de Caça); Dec. Lei nº 227/67 (Código de Mineração); Lei nº 6.766/79 (Lei do Parcelamento do Solo Urbano); Lei nº 6.902/81 (Lei da Área de Proteção Ambiental); Lei nº 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente); Lei nº 7.347/85 (Lei da ação civil pública); Lei nº 6.171/88 alterada pela Lei nº 8.421/93 (Lei de uso e preservação do solo agrícola); Lei nº 7.735/89 (Lei de criação do IBAMA); Lei nº 8.974/95 (Lei de Biossegurança); Lei nº 9.433/97 (Política Nacional de Recursos Hídricos); Lei nº 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais); Dec. nº 2.519/98 (Convenção sobre Diversidade Biológica); Lei nº 9.795/99 (Educação ambiental); Lei nº 9.984/2000 (Agência Nacional de Águas); Lei nº 9.985/2000 (Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza).

3.5.2. A tutela do meio ambiente na Argentina

Por se tratar de uma Constituição histórica (vide 1º capítulo), a Carta Magna argentina reconhece expressamente em seu bojo a divisão dos direitos humanos em gerações. Assim, o direito ambiental, reconhecido como direito humano de terceira geração, foi transcrito no capítulo segundo da Constituição, o qual trata dos *nuevos derechos y garantías*.

Isso ocorreu porque, conforme se observou no 2º capítulo deste trabalho, os argentinos preservaram o seu primeiro Documento Fundamental datado de 1853, embora tenham efetuado diversas reformas nele.

Não obstante isso, o que importa no presente momento é entender como o ordenamento jurídico-constitucional argentino lida com duas questões aparentemente opostas, a saber, desenvolvimento econômico e proteção ambiental.

Num primeiro olhar, pode-se achar que a Constituição argentina pouco se importou em estabelecer a defesa do ambiente como diretriz para a livre iniciativa, porquanto não há no Texto qualquer menção sistemática sobre ordem econômica. Em outros termos, na Argentina não existe uma Constituição econômica como no Brasil.

Contudo, nem por isso a Constituição da Nação Argentina deixou de impor à liberdade de iniciativa a observância das normas que tutelam o meio ambiente, conforme se pode observar no artigo 41:

Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El dano ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley³¹⁷.

De fato, é possível dizer que a defesa do meio ambiente é um dos parâmetros que deve ser seguido pela ordem econômica argentina. Por conseguinte, neste país, assim como no Brasil, pelo menos juridicamente, é rechaçado implicitamente o desenvolvimento econômico descomprometido com a questão ambiental.

Sobre esse fundamento, o Poder Constituinte disponibilizou a qualquer pessoa um mecanismo processual para a tutela do direito ambiental, a saber, a ação de amparo. Destarte, de acordo com a segunda parte do artigo 43 da Constituição:

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización³¹⁸.

Tal permissão “[...] constitui notável avanço no campo da efetividade de jurisdição nessa área, onde a ação rápida dos poderes institucionais é, ou mais das vezes, condição primeira de sucesso da intervenção estatal”. Por isso, “Sua consagração em nível constitucional constitui avanço significativo na legislação argentina, inclusive com a outorga de legitimidade ativa a substitutos processuais extraordinários [...]”³¹⁹.

Com efeito, o ordenamento jurídico argentino vem dispensando os paradigmas individualistas e assimilando uma nova visão coletiva sobre o direito. Isso fez com que se

³¹⁷ ARGENTINA, op. cit., p. 87.

³¹⁸ Ibid., p. 87.

³¹⁹ SCHEIBE, op. cit., p. 137.

deixasse para traz o dogma de que somente pessoas diretamente interessadas poderiam figurar no pólo ativo de uma demanda, tutelando apenas direitos próprios. Atualmente, é permitido que alguém ou algum órgão tutele em nome próprio, interesse alheio, assim como faz o defensor público e associações de objetivos protecionistas. Ademais, a simples ameaça ao meio ambiente dá azo a propositura da ação de amparo, cumprindo, dessa forma, o princípio da prevenção (vide item 3.5).

Para o bom funcionamento desse instrumento, o legislador infraconstitucional promulgou a Lei nº 24.309, de 29.12.1993, dispondo sobre as peculiaridades da ação de amparo.

Com o fito de fortalecer a defesa do meio ambiente, a legislação argentina seguiu o modelo brasileiro e descreveu algumas condutas anti-ambientais como infração criminal, estabelecendo, inclusive, sanções penais à pessoa jurídica. Contudo, nessa parte, a lei argentina demonstra parcimônia, já que não encampou a possibilidade de suspensão total das atividades das pessoas jurídicas que lesarem o meio ambiente.

Nessa esteira, Maud adverte:

También es posible fijar sanciones a las personas jurídicas por del hecho de sus integrantes y conjuntamente con ellos. Em muchos casos, se puede imponer a las personas ideales, obligaciones de hacer en beneficio de la comunidad, además de pena pecuniaria o inhabilitación, como retribución por la infracción cometida³²⁰.

A mudança de paradigma do ordenamento jurídico argentino tem chegado até a legislação penal, porquanto mesmo os objetos jurídicos tutelados individualmente têm sido trocados por coletivos. Exemplo disso é o delito de incêndio, o qual deixou de ser crime contra a propriedade e passou a ser um delito ecológico.

Na Argentina, a competência legislativa em matéria ambiental não diz respeito somente à União, visto que a Carta estabeleceu o sistema de compartilhamento de competências legislativas. Assim, nessa sistemática, compete à União o estabelecimento de regras gerais, bastante abrangentes sobre a tutela do ambiente, ao passo que as províncias devem elaborar normas complementares, sem, contudo, interferir nas normas locais.

Tal procedimento está descrito na terceira parte do artigo 41 da Constituição da Nação Argentina: “Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarias, sin que

³²⁰ MAUD, A. M. Delitos y contravenciones formales. Analisis de la legislacion argentina. *Revista de direito ambiental*. RT, São Paulo, ano 5, n. 18, p. 9-19, 2000. p. 11.

aquéllas alteren las jurisdicciones locales³²¹”.

Acerca da institucionalização de órgãos aptos a coibir a degradação ambiental, em julho de 1993, a Nação e as Províncias firmaram o *Pacto Federal Ambiental*, buscando promover políticas de desenvolvimento ambiental adequadas em todo o território nacional e uniformizar o tratamento da matéria. Nessa oportunidade, se instituiu o Conselho Federal do Meio Ambiente (Cofema), órgão responsável pela coordenação da política ambiental na Argentina³²².

Além de possuir leis internas acerca do direito ambiental, a Argentina também é signatária de uma série de tratados que visam defender o meio ambiente (direitos humanos de terceira geração), aos quais a Constituição, em seu artigo 75, inciso 22, assinalou a recepção em nível superior à das leis, conferindo-lhes estabilidade. Porém, é possível que as normas desses tratados alcancem o nível de normas constitucionais, desde que, depois de aprovados, pelo congresso, consigam o voto da terceira parte da totalidade dos membros de cada Câmara.

No âmbito internacional, ao contrário do Brasil, a Argentina não ratificou o Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança e, por isso, pode gerar grandes problemas no Mercosul, já que alguns mercados consumidores não vêm os OVM's com apreço³²³.

3.5.3. A tutela do meio ambiente no Paraguai

A Constituição da República do Paraguai, promulgada em 20 de junho de 1992, assim como sua congênere brasileira, é bastante analítica (vide 1º capítulo) e, por conseguinte, trata algumas questões de maneira bastante aprofundada. Sem mencionar gerações de direitos, a Carta Magna paraguaia consagrou a proteção ambiental como um direito fundamental do homem. Trata-se de propósito (princípio) orientador da legislação e da política governamental do país, de acordo com o artigo 7º.

O Paraguai também possui Constituição Econômica, isto é, parte do Estatuto Basilar que delinea a ordem econômica (capítulo IX, seção I). Desse modo, ao tratar dos direitos econômicos (artigos 107 a 113), o Paraguai demonstrou ter optado pelo sistema

³²¹ ARGENTINA, op. cit., p. 87.

³²² SCHEIBE, op. cit., p. 138.

³²³ LIMA, op. cit., p. 212.

capitalista, apoiado na liberdade de iniciativa e concorrência, tal qual os demais Estados-parte do Mercosul. No entanto, nada se falou no estabelecimento da defesa do meio ambiente como diretriz para o desenvolvimento econômico.

Essa obrigação ficou consignada no início do artigo 8º da Constituição, o que, num primeiro momento, parece ter sido uma falha na técnica legislativa, porquanto toda e qualquer restrição às atividades produtivas deveriam estar expostas na parte que trata da ordem econômica.

Apesar disso, o Texto ordena que: “Las actividades susceptibles de producir alteración ambiental serán reguladas por la ley. Asimismo, ésta podrá restringir o prohibir aquellas que califique peligrosas³²⁴”. Portanto, as atividades nocivas ao meio ambiente poderão ser restringidas ou até mesmo proibidas, ficando patente o desejo do Constituinte paraguaio em prestigiar somente o desenvolvimento ecologicamente sustentado.

Conseqüência disso é que o legislador infraconstitucional (Lei nº 294/93) estabeleceu, de maneira compulsória, a realização da avaliação do impacto ambiental em toda obra que possa afetar a vida em geral, a biodiversidade, a qualidade ou quantidade significativa dos recursos naturais ou ambientais e seu aproveitamento, o bem-estar, a saúde, a seguridade pessoal, os hábitos e costumes, o patrimônio cultural ou os meios de vida legítimos.

O Paraguai não optou pela centralização da competência em matéria ambiental, antes, a compartilhou com os demais entes governamentais. Assim, no inciso 3, do artigo 163, a Constituição atribui aos Governos Departamentais o dever de coordenar a ação departamental com as atividades do governo central.

Neste aspecto, vale mencionar que a Lei 426/94, que estabelece a carta orgânica do Governo Departamental, indica entre seus objetivos e faculdades, as de adotar medidas para a preservação das comunidades indígenas ali residentes e do meio ambiente e dos recursos naturais do Departamento³²⁵.

Outrossim, aos municípios foi atribuída competência para deliberar, entre outras, em matéria ambiental, conforme estabelece, inciso 1, do artigo 168 da Carta Magna paraguaia:

Serán atribuciones de las municipalidades, en su jurisdicción territorial y con

³²⁴ PARAGUAI, op. cit., p. 452.

³²⁵ SCHEIBE, op. cit., p. 141.

arreglo a la ley:

1. la libre gestión en materias de su competencia, particularmente en las de urbanismo, ambiente, abasto, educación, cultura, deporte, turismo, asistencia sanitaria y social, instituciones de crédito, cuerpos de inspección y de policía³²⁶.

A Constituição paraguaia também prevê a tutela penal para algumas infrações de natureza ambiental e atribui ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública em matéria de meio ambiente. Ademais, cabe ao *Parquet* velar pelo respeito dos direitos e garantias constitucionais, conforme dispõe o artigo 268, incisos 1 e 2.

Ressalte-se que o Constituinte paraguaio não previu a possibilidade de o Ministério Público encabeçar uma ação coletiva de natureza civil, nos moldes da ação civil pública brasileira. Todavia, alguns acreditam que, mediante uma interpretação extensiva do inciso 1, do artigo 268, é possível vislumbrar a atuação do Órgão Ministerial em uma demanda coletiva civil. Isso fica um pouco mais claro quando se observa o artigo 276 da Constituição, o qual impede que o Defensor Público atue na esfera judicial.

Sobre os interesses difusos, entre os quais se encontra o meio ambiente sadio, a Carta Magna paraguaia consignou em seu artigo 38 que:

Toda persona individual o colectivamente, a reclamar a las autoridades públicas medidas para la defensa del ambiente, de la integridad del hábitat, de la salubridad pública, del acervo cultural nacional, de los intereses del consumidor y de otros que, por su naturaleza jurídica, pertenezcan a la comunidad y hagan relación con la calidad de vida y con el patrimonio colectivo³²⁷.

Como se vê, o Constituinte deixou bastante clara a intenção de se permitir o acesso à justiça de forma ampla, seja pela via individual ou coletiva. Entretanto, de acordo com o que já se afirmou alhures, o indivíduo não possui legitimidade para tutelar, em nome próprio, interesses alheios. Há somente um direito de reclamação, semelhante aos direito de petição brasileiro (artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, da CF).

Inobstante existir toda essa gama de direitos e instrumentos no ordenamento jurídico paraguaio, a efetividade do direito ambiental deixa a desejar, o que implica em constantes atitudes de degradação visando exclusivamente os altos lucros advindos da exploração dos recursos naturais. Por isso é “[...] urgente o trabalho em busca de maior conscientização do povo e das autoridades, e meios para fazer cumprir as leis de proteção³²⁸”.

³²⁶ PARAGUAI, op. cit., p. 472.

³²⁷ Ibid., p. 456.

³²⁸ SCHEIBE, op. cit., p. 144.

3.5.4. A tutela do meio ambiente no Uruguai

É cediço que a Constituição da República Oriental do Uruguai não funda sua ordem econômica em preceitos constitucionais explícitos, nem, muito menos, estabelece parâmetros principiológicos (defesa do meio ambiente) para o exercício da livre iniciativa. Porém, saliente-se que o Uruguai se orienta economicamente pelo sistema capitalista, pela liberdade de iniciativa e concorrência.

Não bastasse essa lacuna, até 1996, a Constituição, a exemplo de suas antecessoras, sequer mencionava (explicitamente) a intenção de estabelecer direitos e instrumentos para a defesa do meio ambiente. Conseqüentemente, restava aos exegetas buscarem caminhos para delinear o liame entre as normas constitucionais e as infraconstitucionais sobre o tema.

Mediante interpretação axiológica se deduzia que a combinação dos artigos 7º, 72 e 332 da Carta Magna, projetava a noção de que mesmo aqueles direitos humanos que não estavam previstos na Constituição deveriam ser tutelados, logo, a defesa do meio ambiente estaria implícita no ordenamento constitucional.

No mesmo diapasão, Scheibe adverte:

Como categoria dos direitos humanos de terceira geração, os chamados *direitos da solidariedade*, o direito a um meio ambiente sadio e equilibrado, constituindo o que se pode entender como direito inerente à personalidade humana ou direito à vida, recebe, o reconhecimento e a garantia constitucional implícita³²⁹.

Somente a partir da Emenda de 08.12.1996, a Estatuto uruguaio passou a reconhecer, em seu bojo, a proteção ambiental como sendo assunto de interesse coletivo, passando o meio ambiente a ser elencado entre os direitos, deveres e garantias. Assim, dispôs o Constituinte Reformador no artigo 47:

La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La Ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores³³⁰.

³²⁹ SCHEIBE, op. cit., p. 145.

³³⁰ URUGUAI, Constituição (1967). *Constitución de la República Oriental del Uruguay*. In: Constituições dos países do Mercosul: 1996-2000: textos constitucionais Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai – Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001. p. 506.

De acordo com o dispositivo supra transcrito, a defesa do meio ambiente fica a cargo da legislação infraconstitucional, nela inseridas as normas do Código Penal que tratam de crimes ambientais; o Código de Águas (Lei nº 13.833/69); a Lei de Impacto Ambiental (Lei nº 16.466 regulamentada pelo Dec. nº 436/1994); a Lei Florestal e de Recursos Florestais etc.

Bem como os demais países do Mercosul, o Uruguai impôs, via legislação, a obrigatoriedade da realização do EPIA – Estudo Prévio de Impacto Ambiental – antes da realização de qualquer empreendimento que tenha potencialidade para degradar o meio ambiente. O seu procedimento está descrito no Dec. nº 436/1994, o qual permite a qualquer interessado opor objeção ao projeto do empreendimento, devendo ser realizada audiência pública.

No que pertine à preservação do solo nas zonas de exploração agropecuária, a Lei de Impacto Ambiental exige estudo prévio para projetos como o reflorestamento ou plano de manejo de áreas naturais e as explorações agropecuárias devem aplicar apenas técnicas recomendadas pelo Ministério, tudo como forma de evitar a degradação do solo e a erosão³³¹.

Na seara processual, o ordenamento uruguaio também dispõe de instrumentos de tutela coletiva, os quais seguem os padrões estadunidenses de *representação adequada*, ou seja, o Código Geral de Processo (Lei nº 15.982), em seu artigo 42, permite que qualquer interessado assumo o pólo ativo da demanda, desde que garanta e comprove capacidade de tutelar o meio ambiente em nome coletivo.

Além desse legitimado eventual, a lei declara legitimados o Ministério Público, qualquer interessado e as Instituições ou Associações de interesse social que garantam uma adequada defesa do interesse comprometido. “Vale ainda referir que a ação de amparo, prevista pela Lei 16.011, de 1988, também utilizável contra particulares, pode ser empregada para as ações de defesa ambiental³³²”.

3.5.5. Algumas perspectivas para o direito ambiental comunitário do Mercosul

Hodiernamente, não se pode atribuir ao mercado a condução da ordem

³³¹ SCHEIBE, op. cit., p. 148.

³³² Ibid., p. 148.

econômica, pois, se assim acontecesse a coletividade estaria refém das distorções e dos interesses dos agentes econômicos. Portanto, se o Estado não intervisse os consumidores estariam sendo instigados ao consumo na mesma proporção da destruição do meio ambiente.

Nesse sentido, se a vontade dos Estados-parte do Mercosul é constituir um bloco econômico forte, detentor de um crescimento sustentado, é indispensável que se constituam certos padrões de conduta para o mercado, mormente aqueles que dizem respeito aos direitos humanos (defesa do consumidor e do meio ambiente).

Para que isso ocorra de maneira satisfatória, é preciso o fortalecimento institucional do bloco, impondo aos *players* os mesmos parâmetros econômicos nos quatro países, para que a aplicação da norma se torne irreprochável.

Reafirma-se a adoção de parâmetros idênticos pelo temor da harmonização por baixo, isto é, a regulamentação comum de algumas matérias não pode implicar na perda de direitos para as populações dos Estados-parte. Destarte, se algum dia os membros do Mercosul chegarem a harmonizar suas legislações no que tange ao direito ambiental, Brasil e Argentina (países mais avançados na tutela ambiental), não podem diminuir o espectro de sua proteção em virtude da debilidade econômica de seus parceiros menores.

Caso não se consiga uma imediata harmonização legislativa, os Estados-parte serão agentes e vítimas de *dumping* ecológico. Isso porque aqueles países que não possuem rigor em suas legislações ambientais podem estimular o setor produtivo a degradar o meio ambiente sem impor nenhuma reparação. Isso pode inviabilizar a produção daqueles que cumprem e suportam o custo da preservação do meio ambiente.

Sobre isso, Victória exorta que:

No solo se debe evitar el *dumping económico*, sino también el *dumping ecológico* y el *dumping social*, los precios deben transparentar la situación ambiental tanto del país productor como del país consumidor, en este último caso dado los desechos que pudieran producir algunos envases contaminantes o bien no degradables³³³.

Além do problema da falta de harmonia entre os Estados, há um outro de igual gravidade e que, talvez, seja causa daquele, a saber, a falta de recursos públicos para ações efetivas de combate à destruição ambiental.

Questiona-se se seria a falta de reserva orçamentária um agravante no desprestígio do meio ambiente?

Ocorre que, nos presentes dias a simples conformação constitucional de uma

³³³ VICTÓRIA, op. cit., p. 14.

norma programática não é minimamente suficiente para atender os anseios coletivos, pois, em se tratando de direitos humanos (de terceira geração), a urgência da implementação se torna incontestável. Não basta a previsão legal, tem de haver implementação³³⁴.

Assim sendo, há que se salvaguardar, respeitando o limite da reserva do possível, o direito fundamental ao meio ambiente sadio, tão importante para a manutenção da saúde da população, bem como de seus próprios meios de sustento (pensando-se, por exemplo, na grande massa de pequenos agricultores brasileiros), o que, por sua vez, lhe permitirá uma liberdade fundamental, a de sobreviver. Os desdobramentos da política ambiental, contudo, devem ir além, tomando o meio ambiente como base física da atividade econômica para, por meio de políticas eficientes, garantir à população a liberdade de participar da vida econômica do país, participando do mercado de trabalho e do mercado de troca de bens e serviços³³⁵.

Frise-se que “[...] quanto mais essencial for a prestação, mais excepcional deverá ser a razão para que ela seja atendida³³⁶”. Desta feita, os Estados-parte devem investir de maneira mais significativa na proteção ambiental, já que nada é mais urgente no presente momento.

Tentando amenizar, de alguma forma, as incongruências entre as legislações ambientais dos membros do Mercosul, alguns propõem medidas para evitar o supracitado *dumping* ecológico. Dentre elas, propõe-se a certificação ambiental (selo verde) como ferramenta estimuladora da proteção ambiental, haja vista que, somente os agentes econômicos ambientalmente corretos, poderiam fazer uso desse benefício.

Destacamos a adequação da certificação ambiental como um meio para a implantação de uma política de proteção ambiental situada no contexto maior de uma política econômica. Nessa perspectiva, salientamos a necessidade do estímulo estatal à busca da certificação pelas empresas, especialmente as pequenas e médias, para atingir uma tripla finalidade: redução do impacto ambiental, a defesa da concorrência no plano interno e a manutenção e o aumento do mercado internacional dos produtos e serviços [...]³³⁷.

Com efeito, uma eventual certificação deve ser estruturada sobre padrões objetivos, sob os quais a análise deve ser feita com absoluta isenção. Se assimilada em massa pelos agentes econômicos do Mercosul, certamente a certificação implicará num salto rumo

³³⁴ TORRES, R. L. O mínimo existencial, os direitos sociais e a reserva do possível. In: NUNES, A. J. A.; COUTINHO, J. N. M. (Orgs.). *Diálogos constitucionais: Brasil / Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. cap. 13, p. 447-471. p. 466.

³³⁵ BARRAL, op. cit., p. 44.

³³⁶ TORRES, op. cit., p. 458.

³³⁷ CORRÊA, D. R. A certificação ambiental como barreira à entrada. In: BARRAL, W.; PIMENTEL, L. O. (org.). *Direito ambiental e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. cap. 4, p. 117-137. p. 118

ao desenvolvimento sustentável.

Dada inviabilidade dessa “mega-assimilação”, a certificação pode gerar efeitos colaterais muito sérios, dentre eles, a conversão “[...] em uma barreira à entrada e, portanto, em obstáculo à concorrência no plano interno ou ao livre comércio internacional³³⁸”. Em outros termos, a adoção fiel desse mecanismo poderia fazer com que um país inibisse as trocas comerciais com outros parceiros, erguendo uma verdadeira barreira comercial não-tarifária, levando, por conseqüência, o mercado comum ao colapso.

Demais disso, o diferente estágio econômico dos países do Mercosul poderia fazer com que a certificação favorecesse os mais ricos, pois os custos da adaptação seriam melhores assimilados por estes, ao passo que os mais pobres teriam dificuldades de responder a todas as exigências impostas pela certificação.

Diferente da certificação, o fortalecimento das organizações não governamentais ambientalista é uma medida salutar.

Os subsídios que nos confere a experiência européia apontam também para o papel relevantíssimo que nela exerceram as ONGs ambientalistas, instituições que devem merecer o melhor prestígio pelo esforço que empreendem nesse campo da conscientização popular e da ação efetiva junto à fonte de destruição/perigo. Seu fortalecimento no âmbito da América Latina, através da divulgação do importante trabalho que desenvolvem, do auxílio à sua estruturação e especialização seriam medidas aconselháveis, sem dúvida³³⁹.

Contudo, premente observar que para o efetivo cumprimento das finalidades ambientais, é preciso revisar o modo de financiamento das ONG's mercosulinas, para que os recursos públicos não sejam entregues nas mão de aproveitadores do Estado.

O que de fato precisa ser feito é:

[...] asegurar condiciones ecuánimes de competitividad entre los Estados-partes, incluyendo el análisis del costo ambiental en el costo total de los procesos productivos; garantizar prácticas no degradantes del medio ambiente en los procesos que utilizan los recursos naturales; asegurar la adopción del manejo sostenible en el aprovechamiento de estos últimos; asegurar la obligatoriedad de la adopción de prácticas de licencias, habilitaciones ambientales para todas las actividades potencialmente degradantes del medio ambiente de los Estados-partes, teniendo como uno de los instrumentos la evaluación de impacto ambiental; asegurar la minimización y o eliminación del lanzamiento de contaminantes a partir del desarrollo y adopción de tecnologías apropiadas, limpias y de reciclajes y del tratamiento adecuado de

³³⁸ CORRÊA, D. R, p. 134.

³³⁹ SCHEIBE, op. cit., p. 157.

los residuos sólidos, líquidos y gaseosos; asegurar el menor grado de deterioro ambiental en los procesos productivos y en los procesos de intercambio teniendo en vista la integración regional en el ámbito del Mercosur; estimular la coordinación de criterios ambientales comunes para la negociación e implementación de actos de incidencia prioritaria en los procesos de integración etc³⁴⁰.

Em suma, somente a imposição de regras rígidas de respeito ao meio ambiente e a assimilação do custo ambiental poderão, conjugados, garantir um crescimento sustentado aos países do Mercosul.

³⁴⁰ VICTÓRIA, op. cit., p. 33.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos inúmeros métodos de classificação constitucional, vê-se a impossibilidade de se apontar um modelo ideal de Constituição, pois esta deve se adequar às características de cada povo evidenciando as carências a serem supridas. Para isso, não se pode apenas enxergar o Texto Magno por uma única ótica, antes, deve-se levar em conta as implicações jurídicas, políticas e sociais, com vista na elaboração de um estatuto condizente com a realidade.

Na verdade, o que determina a efetividade constitucional de um país é o respaldo social dado por um povo a um certo Texto fundamental, cumprindo seus ditames e respeitando os seus princípios. Daí a importância de se analisar o constitucionalismo sob a perspectiva social e não somente como um instrumento jurídico, porquanto os Estados que conseguiram compatibilizar os fatores reais de poder e os preceitos constitucionais, nitidamente arquitetaram sociedades mais justas e igualitárias.

É urgente ressaltar que a mera eficácia formal dos textos constitucionais sem uma identidade com a realidade vivenciada diuturnamente pelo povo não tem valor, ou seja, os destinatários de direitos, deveres e garantias devem crer que as instituições que guarnecem os Estados são eficazes, capazes de fazer que, aquilo que está escrito, se materialize.

Longe disso, o que se apresenta é um total descompasso entre a maioria das Constituições (formais) mercosulinas e a realidade vivenciada pelos Estados-parte que as criaram. Isso implica no perfil normativista, às vezes semântico, dessas Constituições, já que não descrevem a Constituição real (fatores reais de poder).

Por conseqüência, tem-se buscado, de maneira forçada, aplicar aos países membros do Mercosul, mecanismos de transformação e institucionalização utópicos, dignos de países historicamente sólidos. Esse método visa a incutir uma postura voluntarista no constitucionalismo dos países em desenvolvimento, estabelecendo-se inúmeros programas que, quase sempre, são descumpridos.

Com efeito, nota-se que o ideal de se transformar uma nação por meio de um Estatuto Fundamental, em regra, é frustrado pela falta de convergência entre fatores jurídicos, políticos e sociais, que, por conseguinte, provoca o enfraquecimento da Constituição e o seu freqüente desrespeito.

O que se deve ter em mente é que uma Constituição não é mais ou menos rígida em razão apenas de um dispositivo formal que disponha acerca disto, mas a verdadeira rigidez está naqueles preceitos arraigados na cultura jurídica de um povo, os quais não admitem a usurpação de seus conteúdos. De igual forma, não interessa se um Estatuto Fundamental está ou não está transcrito em um documento visível; o que importa é se a Lei Fundamental possui efetividade e se é capaz de reger toda uma sociedade.

Acerca do constitucionalismo nos países do Mercosul, é indispensável afirmar que alguns aspectos característicos garantem singularidade ao ordenamento constitucional dessa região. Dentre esses aspectos está a adoção conjugada da forma de governo republicana com o sistema presidencialista. Desde os movimentos de independência (com exceção do Brasil até 1891), tal método passou a ditar os parâmetros governamentais nesses países, com o ideal de atribuir liberdade e democracia ao povo.

No entanto, o que se vê é que a democracia desses países é meramente virtual, fictícia, uma vez que o clientelismo e o coronelismo continuam existindo (com outro formato) dentro das instituições que hoje se conhece. Assim, mesmo depois da adoção da forma de governo republicana e do sistema presidencialista, não é concebível assegurar que a estrutura oligárquica não mais exista. Ao contrário, o que se percebe é a personificação de alguns partidos em torno de um “baluarte” ou “cacique” (como denominado no Brasil) gerando um “caciquismo” ainda presente na mente e nas atitudes de políticos e de suas clientelas.

Destarte, mesmo diante da “democratização” pelo voto universal, é imperioso asseverar que nos Estados-parte não há muitos espaços efetivamente públicos, pois, desde os movimentos de emancipação, as elites locais assumiram o poder e dele não mais se afastaram. Conseqüência disso é que, mesmo na era da informação, os caminhos dos governantes quase não são declarados ao eleitorado, mesmo naquilo que se refere ao voto na Casa Legislativa. A publicidade nos atos praticados pelos agentes públicos é irrisória, não há participação significativa da população nas questões de interesse coletivo e, quando há, freqüentemente, ela é desconsiderada.

Por conseguinte, dentro do Mercosul há poucos espaços públicos, nos quais a maioria (povo) possa expressar suas opções acerca da condução do bloco. Na verdade, o bloco nada mais é do que uma proposta de governos (os governos da época da ratificação do Tratado de Assunção), não propriamente de Estados e, muito menos, de cidadãos, porquanto as respectivas sociedades nunca foram chamadas a comprometer-se com essa proposta.

Espera-se que, com os efeitos da globalização e com a formação de grupos de classe e organizações não-governamentais supranacionais, seja possível avançar juridicamente

rumo à tutela dos direitos humanos, principalmente aqueles de índole coletiva (direito do consumidor, do meio ambiente e, sobretudo, da democracia).

Vislumbra-se que através das qualidades semelhantes aos quatro países (língua, localização geográfica, forma e sistema de governo) seja possível a estruturação desses espaços públicos, todavia, se faz necessário que os membros evoluam bastante no sentido da transparência e no respeito dos direitos coletivos uns dos outros e, principalmente, na vontade política de levar a proposta de formação de uma comunidade de nações para frente. Em verdade, tem havido muito discurso, mas pouca efetividade.

Acerca do sistema presidencialista, é certo que, ante aos fracassos vivenciados por todos os países latino-americanos, inclusive os do Mercosul, conclui-se que esse método de condução de governo precisa ser revisto, já que esse sistema permite que o chefe do Poder Executivo assumam responsabilidades exclusivistas em excesso, que, por conseguinte, podem se conduzir pelo campo do autoritarismo. Isso implica na derrocada do racionalismo político, por conta da majoração do Poder Executivo em detrimento do Legislativo e Judiciário, isto é, enquanto estes repousam na condição de coadjuvantes, aquele incorpora o espírito do Estado.

A consequência mais trágica dessa condição é o desprezo pela ordem estabelecida, que provoca a manipulação e a violação das normas constitucionais. Tal prática debilita a legitimidade do constitucionalismo e atrasa o desenvolvimento institucional da região. Na prática, nos países-parte, as Constituições e o Direito passaram a ser flexíveis e as garantias constitucionais se tornaram incertas, em face das constantes transições e emendas em suas Cartas. O exemplo mais evidente dessa afirmação é o período dos governos militares, nos quais a força do Poder Constituinte ficou subjugada aos desmandos unilaterais dos ditadores, que, por meio de simples decretos, revogavam aquilo que democraticamente havia sido conquistado.

Frise-se que o presidencialismo somente prosperou em terras norte-americanas, cujas instituições foram preparadas para suportarem as paixões desse sistema. *A contrario sensu*, os países latino-americanos não foram institucionalmente preparados para a emancipação e, muito menos, para a assunção de um sistema de governo até então desconhecido.

Com efeito, de seu lado, os países que compõem o Mercosul tiveram que adaptar suas estruturas institucionais gradativamente de acordo com as situações que a realidade local apresentava, uma vez que as instituições aqui implantadas seguiam o modelo europeu, mas apesar disto, pouca coisa foi feita a respeito.

Um outro aspecto importante na singularização do constitucionalismo nos

países-membros desse bloco foi a tardia adoção dos direitos sociais, os quais sequer eram mencionados nos primeiros Documentos Políticos. Em face disso, nos primeiros anos de emancipação, embora não estivessem sob o jugo ibérico, Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai viram seus povos sucumbir diante dos poderosos locais por causa da ausência de garantias sociais. Ainda nesse período, tais garantias já estavam explicitadas nas Cartas européias e, em algumas, americanas, como a dos Estados Unidos e a do México.

Em verdade, os povos que hoje integram o Mercosul, deixaram de ser subservientes aos interesses de Espanha e Portugal e passaram a atender os desejos dos poderosos que passaram a gerenciar o poder, houve troca de atores, mas não de papéis.

Saliente-se que os países que compõem o Mercosul precisam estancar as feridas abertas pela fragilidade do seu constitucionalismo, construindo instituições comuns que possam fazer com que seus ordenamentos sejam fortalecidos. Destarte, é necessário que os países do bloco potencializem as instituições herdadas dos colonizadores, mediante o aperfeiçoamento democrático, com a conseqüente extinção dos poderes clientelares.

Ademais, para que haja uma efetiva integração entre os países do Mercosul, é mister que se relativize o conceito histórico de Soberania, porquanto sob este atributo estatal se escondem os interesses anti-integracionistas. Em conseqüência, é preciso entender que a Soberania pertence ao povo, e este pode submetê-la a um órgão supranacional ou recobrá-la do mesmo.

Desta feita, para que haja definitivamente um espaço público no Mercosul, é necessário que os países-membros deixem os sentimentos vaidosos de lado e cedam parte de seus interesses particulares ao bloco, reconheçam os direitos coletivos dos outros integrantes e, ao mesmo tempo, fortaleçam a ordem constitucional e institucional.

Por ser eminentemente econômica a essência da integração mercosulina, é necessário que se verifique, de maneira criteriosa, os referenciais adotados por cada um dos Estados-parte como parâmetro para sua própria ordem econômica. A partir daí será possível dizer se um país está realmente disposto a se integrar ou se apenas quer usufruir dos benefícios econômicos de um mercado comum.

Tais características ficam evidenciadas quando o ordenamento jurídico de um determinado país restringe a liberdade de iniciativa em função dos interesses coletivos. É claro que isso deve ser verificado na vida real (mundo do ser) e não apenas na abstração da lei (mundo do dever-ser). Sob essa óptica é possível ver se um país se preocupa mais com o interesse econômico ou com o interesse social. Se estiver mais preocupado com o fator econômico, a sua contribuição para a integração será muito superficial e resistirá, a qualquer

custo, a todo tipo de restrição social sobre a economia. Ao passo que, se estiver mais preocupado com a questão social (respeito aos direitos coletivos), visará uma integração mais profunda e complexa, almejando os benefícios financeiros de longo prazo.

Patente está que o sucesso de um bloco depende muito mais de fatores sociais do que propriamente econômicos, visto que, se a integração não encontrar respaldo em seus povos, jamais poderá se falar em integração. Ocorre que, o caudilhismo presente na América Latina desde a colonização, impede a difusão da tutela dos direitos coletivos sob o argumento de que isso traria conseqüências econômicas negativas para a região, quase irreversíveis. Com isso, os consumidores são lesados, o meio ambiente é destruído e a maioria da população vive em estado de penúria.

Isso implica no completo desnivelamento entre as legislações internas dos Estados-parte, já que estes, ao instituírem o Mercosul, preferiram o modelo intergovernamental de gestão. Nesse modelo, a norma proveniente do bloco, ao contrário do que ocorre na União Européia (monista), deve ser internalizada (dualista), ou seja, a legislação proveniente do Mercosul não tem poder de harmonização legislativa.

Essa falta de harmonia provoca desequilíbrio entre os Estados e, por conseguinte, uma insegurança jurídica, pois a diferença de tratamento em matérias basilares pode inibir o consumo, frear investimentos e provocar o abandono da gestão ambiental. Isso sim pode provocar um verdadeiro retrocesso econômico irreversível.

Quiçá, não deve ser admissível o nivelamento por baixo no que tange a legislação ambiental e consumerista, principalmente no caso brasileiro, onde a população já experimenta de alguns benefícios legislativos que os demais Estados-membros não desfrutam.

Derradeiramente, para que o Mercosul possa atingir os fins estabelecidos em seu preâmbulo, mais do que nunca, é preciso harmonizar o tratamento dos direitos humanos (principalmente, a defesa do consumidor e a tutela do meio ambiente) nos quatro países, isto é, deve se conjugar esforços para que Paraguai e Uruguai alcancem ao nível de proteção ambiental e do consumidor praticados na Argentina e no Brasil.

De nada adianta falar sobre a criação de Cortes ou Câmaras supranacionais no Mercosul, se os países ainda não se estruturaram internamente sobre questões tão atuais como a dos direitos coletivos. E pior, não há sequer consciência dos benefícios que a integração plena poderia trazer para cada um dos países.

Somente a partir do efetivo consenso entre os Estados-parte sobre a necessidade de não postergar ainda mais a defesa do consumidor e do meio ambiente poderá levar o Mercosul a ser reconhecido externamente e internamente como instituição essencial

para o desenvolvimento da região.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCALÁ, H. N. A dignidade da pessoa humana e os direitos econômicos, culturais e sociais: uma aproximação latino-americana. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 20, p. 156-183, out./dez. 2004.

ALVES, J. A. L. Cidadania, direitos humanos e globalização. In: PIOVESAN, F. (Coord.) *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

ALMEIDA, Elizabeth Accioly Pinto de. *Mercosul & União européia: estrutura jurídico-institucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999.

AMARAL, J. F. União européia: o pós-federalismo. *Boletim de ciências econômicas*. Universidade de Coimbra, Coimbra, ano 55, n. 49, p. 79-95, 2006.

ANJOS, Alberico Teixeira dos. O Mercosul e sua produção normativa. *Revista brasileira de direito comparado*. Instituto de direito comparado luso-brasileiro, Rio de Janeiro, ano 25, n. 28, p. 149-179, 2005.

ARAÚJO, L. A. D.; NUNES JÚNIOR, V. S. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ARCE, É. P. T. La protección del consumidor eletrônico en los países del mercosur. *Revista de direito consumidor*. RT, São Paulo, ano 14, n. 54, p. 173-192, 2005.

ARGENTINA. Constituição (1853). *Constitución de la Nación Argentina*. In: Constituições dos países do Mercosul: 1996-2000: textos constitucionais Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai – Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001.

BALBINOTT, A. L.; WINCKLER, S. T. Direito ambiental, globalização e desenvolvimento sustentável. In: BARRAL, W.; PIMENTEL, L. O. (org.). *Direito ambiental e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. cap. 2, p. 47-76.

BARBIERI, C. B.; QUEIROZ, J. G. C. Da necessária construção de um constitucionalismo regional no âmbito do Mercosul. In: PIOVESAN, F. (Coord.) *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

BARRAL, W.; FERREIRA, A. F. Direito ambiental e desenvolvimento. In: BARRAL, W.; PIMENTEL, L. O. (org.). *Direito ambiental e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. cap. 1, p. 13-45.

BASTOS, Celso Ribeiro, *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 7.

- BAPTISTA, Luiz Olavo. *O Mercosul, suas instituições e ordenamento jurídico*. São Paulo: 1998.
- BATISTI, Leonir. *Direito do consumidor para o Mercosul*. Curitiba: Juruá, 1998.
- BELAUNDE, D. G. ¿Existe um espacio público latino-americano? *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 1, p. 1-10, jan./jun. 2003.
- BENJAMIN, A. H. V. A proteção do meio ambiente nos países menos desenvolvidos: o caso da América Latina. *Revista de direito ambiental*. RT, São Paulo, ano 1, n. 0, p. 83-105, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BRASIL, Celso. *Dicionário jurídico de bolso*. Campinas: Cel-Lex, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora. 1991.
- _____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- _____. O estado no direito constitucional internacional. *Revista de história das idéias*. Coimbra: Imprensa de Coimbra, n. 26, p. 343-352, 2005.
- _____. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.
- CARDUCCI, Michele. *A aquisição problemática do constitucionalismo ibero-americano*. Tradução de Karina Meneghetti Brendler e Liton Lanes Pilau Sobrinho. Passo Fundo: UPF, 2003.
- CASTILLA, G. O. Deber de informacion en la Ley 17.189, de 20 de Setiembre de 1999. *Revista de direito do consumidor*. RT, São Paulo, ano 9, n. 34, p. 45-77, 2000.
- CHIMENTI, R. C. et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CORRÊA, D. R. A certificação ambiental como barreira à entrada. In: BARRAL, W.; PIMENTEL, L. O. (org.). *Direito ambiental e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. cap. 4, p. 117-137.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. et al. *Canotilho e a constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- FALK, Richard. *Globalização predatória: uma crítica*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: debate sobre el derecho y la democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Estado de direito e constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito constitucional comparado*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FONSECA, K. C.; RUSCHEL, C. V. Barreiras ambientais: proteção ao meio ambiente ou interesse econômico? In: BARRAL, W.; PIMENTEL, L. O. (org.). *Direito ambiental e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. cap. 5, p. 139-158.

FREITAS JÚNIOR, A. R. Os direitos sociais como direitos humanos num cenário de globalização econômica e de integração regional. In: PIOVESAN, F. (Coord.) *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Class action como instrumento de tutela coletiva de direitos: as ações coletiva em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GOTTI, A. P.; RICARDO, C. M. Direitos humanos como sustentáculo do mercosul. In: PIOVESAN, F. (Coord.) *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 10. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

GRÜN, E. Las globalizaciones jurídicas. *Revista Facultad de derecho y ciencias políticas*. Medelin, n. 105. v. 36, p. 323-339, 2006.

HERNANDEZ, A. M. La descentralización del poder en estado argentino. *Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 1, p. 339-399, jan./jun. 2003.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Tradução de Pedro Cruz Villalon. 2. ed.

Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HIRAKURI, Sofia R. Políticas de comércio internacional e manejo florestal sustentável. In: BARRAL, W.; PIMENTEL, L. O. (org.). *Direito ambiental e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. cap. 9, p. 233-264.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992. Título original: General theory of law and state.

_____. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Título original: Reine rechtslehre.

KLAUSNER, E. A. Jurisdição internacional em material de relações de consume no mercosul: sugestões para a reedição do protocolo de Santa Maria. *Revista de direito consumidor*. RT, São Paulo, ano 14, n. 54, p. 116-142, 2005.

LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma constituição?* Tradução de Walter Stöner. Porto Alegre: Villa Martha, 1980.

LEITE, J. R. M.; DANTAS, M. B. Instrumentos de proteção ambiental e o Mercosul. *Revista de direito ambiental*. RT, São Paulo, ano 1, n. 2, p. 112-122, 1996.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 10. ed. São Paulo: Método, 2006.

LIMA, R. C. A. Comércio e meio ambiente no âmbito do protocolo de Cartagena. In: BARRAL, W.; PIMENTEL, L. O. (org.). *Direito ambiental e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. cap. 8, p. 209-231.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitucion*. Madrid: Ariel

MAUD, A. M. Delitos y contravenciones formales. Analisis de la legislacion argentina. *Revista de direito ambiental*. RT, São Paulo, ano 5, n. 18, p. 9-19, 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Direito constitucional internacional: uma introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, Tomo II, Parte II.

_____. *Teoria do estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de história do direito*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

NAZARENO, E.; TAVARES NETO, J. Q. Mercosur: génesis y desarrollo a partir de una

perspectiva habermasiana. In: TARREGA, M. C. V. B.; TAVARES NETO, J. Q.; VIDOTTE, A. (org.). *Estado, empresa e desenvolvimento econômico*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. cap. 2, p. 111-170.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru, *A proteção constitucional do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

OLIVEIRA, B. C. P. Competência ambiental e regras ambientais da OMC. In: BARRAL, W.; PIMENTEL, L. O. (org.). *Direito ambiental e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. cap. 3, p. 77-116.

PARAGUAI, Constituição (1992). *Constitución de la República del Paraguay*. In: Constituições dos países do Mercosul: 1996-2000: textos constitucionais Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai – Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001.

PASQUALOTTO, A. Proteção contra produtos defeituosos: das origens ao Mercosul. *Revista de direito consumidor*. RT, São Paulo, ano 11, n. 42, p. 49-85, 2002.

PIOVESAN, F. Globalização econômica, integração regional e direitos humanos. In: _____. (Coord.) *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

RIOS, A. V. V. O Mercosul, os agrotóxicos e o princípio da precaução. *Revista de direito ambiental*. RT, São Paulo, ano 7, n. 28, p. 41-57, 2002.

RIVERA S., J. A. El amparo constitucional contra sentencias judiciales con autoridad de cosa juzgada. *Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 2, p. 373-392, jul./dez. 2003.

ROBERT, C.; SÁ, E. Direito ambiental e direito comunitário um enfoque interdisciplinar. *Revista de direito ambiental*. RT, São Paulo, ano 1, n. 3, p. 150-162, 1996.

ROLLA, Giancarlo. *La concepcion de los derechos fundamentales en el constitucionalismo latinoamericano*. Universidade de Génova: Gênova. Disponível em: <http://www.costituzionale.unige.it/crdc/docs/articles/rolla3.pdf>. Acesso em: 7 de maio de 2007.

ROSA, Elianne Maria Meira. *Constitucionalismo social no Mercosul*. São Paulo: Themis, 2002.

RUSCHEL, Ruy Ruben. *Direito constitucional em tempos de crise*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1997.

SALDANHA, Nelson. *O estado moderno e o constitucionalismo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

SANTOS, M. C. A. Direito comunitário da concorrência perspectivas para o Mercosul. *Revista de direito consumidor*. RT, São Paulo, ano 8, n. 32, p. 74-109, 1999.

SCHEIBE, V. A. C. O direito ambiental no Mercosul. *Revista de direito ambiental*. RT, São Paulo, ano 6, n. 23, p. 125-162, 2001.

SCHIMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, J. A. Direito regional econômico, direitos humanos e direito comunitário. In: PIOVESAN, F. (Coord.) *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Direito constitucional do mercosul*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

STRAUS, Flávio Augusto Saraiva, *Soberania e integração latino-americana: uma perspectiva constitucional do MERCOSUL*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

STRECK, L. L. A concretização de direitos e a validade da tese da constituição dirigente em países de modernidade tardia. In: NUNES, A. J. A.; COUTINHO, J. N. M. (Orgs.). *Diálogos constitucionais: Brasil / Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. cap. 8, p. 301-371.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Editora Método, 2003.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

TORRES, R. L. O mínimo existencial, os direitos sociais e a reserva do possível. In: NUNES, A. J. A.; COUTINHO, J. N. M. (Orgs.). *Diálogos constitucionais: Brasil / Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. cap. 13, p. 447-471.

URUGUAI, Constituição (1967). *Constitución de la República Oriental del Uruguay*. In: Constituições dos países do Mercosul: 1996-2000: textos constitucionais Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai – Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001.

VICTÓRIA, M. A. Comercio y medio ambiente en los procesos multilaterales y comunitarios. *Revista de direito ambiental*. RT, São Paulo, ano 7, n. 28, p. , 2002.

WEINGARTEN, C. La equidad como principio de seguridad económica para los contratantes. *Revista de direito ambiental*. RT, São Paulo, ano 10, n. 39, p. 32-40, 2001.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros editores, 2006.

WOLKMER, A. C. Humanismo e cultura jurídica latino-americana. In: _____. (Org.). *Humanismo e cultura jurídica no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.