

AS FUNÇÕES SOCIAIS DA CIDADE E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: DAS CARTAS DE ATENAS À ORDEM PLURALISTA CONSTITUCIONAL

THE CITY'S SOCIAL FUNCTIONS AND THE 1988 FEDERAL CONSTITUTION: FROM ATHENS LETTERS TO THE CONSTITUTIONAL PLURALIST ORDER

Emerson Affonso Da Costa Moura¹

RESUMO

A identificação de uma noção e conteúdo das funções sociais da cidade diante da insuficiência da regulação normativa e da divergência doutrinária, que se adéque as finalidades da ordem política e a função promocional do Direito, bem como, aos bens e valores fundamentais tutelados pela ordem constitucional é o tema posto em debate. Verifica-se em que medida, as funções sociais da cidade não podem se limitar àquelas previstas nas Cartas de Atenas, mas devem abranger e concretizar igualmente os princípios, objetivos, programas, direitos e garantias constitucionais.

Palavras-chave: Direito da cidade; política urbana; funções sociais da cidade; Carta de Atenas; Constituição de 1988.

ABSTRACT

The identification of a notion and content of the social functions of the city in face of the insufficiency of normative regulation and doctrinal divergence, which adapts the aims of the political order and the promotional function of Law, as well as to the fundamental goods and values protected by constitutional order is the subject of debate. It is verified to what extent, the social functions of the city cannot be limited to those provided for in the Letters of Athens, but must also encompass and concretize the constitutional principles, objectives, programs, rights and guarantees.

Keywords: City law; urban policy; social functions of the city; Athens Charter; 1988 Constitution.

¹ Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), Rio de Janeiro, Brasil. Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ), Rio de Janeiro, Brasil. ORCID Id: <http://orcid.org/0000-0002-9824-0832> Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2482762073000021> E-mail: emersonacmoura@yahoo.com.br

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 promulgada após o processo de redemocratização é marcada por um compromisso com a justiça social, que se exteriorizou na proteção de princípios, objetivos, programas direitos e garantias fundamentais, mas igualmente, na regulação da ordem econômica e social voltada à concretização da transformação social.

Neste viés, foi realizado um processo amplo de constitucionalização-inclusão do Direito da Cidade com a tutela de competências, direitos e princípios em matéria urbana, inclusive, com a previsão de um capítulo próprio de regulação da política urbana voltada à realização das funções sociais da cidade e o bem-estar dos seus cidadãos.

Não obstante, a lei fundamental tenha consagrado as funções sociais da cidade, não houve delimitação do seu conteúdo pela ordem jurídico-positivo havendo divergências na doutrina acerca de sua natureza jurídica, bem como, de seu conteúdo, o que influi diretamente na exigibilidade e aplicabilidade da norma constitucional.

Busca o presente trabalho identificar uma noção e conteúdo das funções sociais da cidade, que se adéque a ordem jurídico-constitucional e permita adequar a política pública à concretização dos bens e valores tutelados pela lei fundamental no que se refere as relações da cidade.

Pretende-se afirmar que as funções sociais da cidade correspondem à escolhas políticas fundamentais, que serão perseguidas pelo Direito em razão de sua dimensão promocional junto com as finalidades e objetivos fundamentais como bens e valores constitucionais a serem perseguidos na cidade.

Desta feita, aduz-se como hipótese, que as funções sociais da cidade não podem se limitar àquelas previstas nas Cartas de Atenas, mas devem abranger e concretizar igualmente com os bens e valores fundamentais da comunidade política tutelados pela ordem jurídico-constitucional.

Para tanto, será feita a análise da regulação da ordem política à partir de finalidades coletivas, do papel do direito na realização de funções promocionais, das finalidades e objetivos fundamentais pela ordem constitucional para, por fim, determinar uma noção e conteúdo das funções sociais da cidade.

A COMUNIDADE POLÍTICA E AS FINALIDADES COLETIVAS

Tem o Estado² sua origem nas sociedades que se organizam em dado espaço territorial, política e juridicamente, para exercerem e resguardarem a sua autodeterminação³, e o instituem, de forma a garantir sua soberania e alcançar os fins que lhe cabe. Assim, a idéia de função é ínsita a própria noção de Estado.

Seu fundamento, portanto, encontra-se a par das sociedades políticas, mas com essas não se identifica, senão como um de seus fins diante da sua gradual complexidade⁴, sendo sua natureza objeto de controvérsia na doutrina⁵, bem como, quais seriam de fato as finalidades a serem perseguidas.

Porém, é possível determinar que seus elementos constitutivos⁶ como condições de sua própria existência e perpetuação, dispostos em uma tríade de ordem humana – um determinado

² Não se trata de objeto de análise do presente estudo o Estado em toda sua extensão e os institutos que o delineiam, mas, utilizando as palavras de Hans Kelsen, o Estado delimitado, no que concerne aos institutos relativos que se deseja analisar, no caso, o poder e as funções decorrentes de sua auto-organização, de modo a alcançar o fundamento e a justificativa teórica do verdadeiro escopo da monografia. Para um exame atento, consultar: LASKI, Harold J. El estado moderno: sus instituciones políticas y económicas. Traducción, prólogo y notas Teodor Ginzález García. Barcelona: Libreria Bosch, 1932; HELLER, Hermann. Teoría del estado. 1. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1942; KELSEN, Hans. Teoría general del estado. México: Editora Nacional, 1959; JELLINEK, Georg. Teoría general del estado. Trad. Fernando de Los Rios. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1973; GROPPALI, Alexandre. Doutrina do estado. Trad. Paulo Edmur de Souza Queiroz. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1962; BONAVIDES, Paulo. Ciência política. 10. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2002; MIRANDA, Jorge. Teoria do estado e da constituição. Trad. Edição Portuguesa. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral, parte especial. 14. ed. totalmente rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 7.

⁴ MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 19. Demonstra, o contexto histórico, a organização dos grupos sociais, em sociedades simples, pré-existentes ao Estado, enumerando-se a família patriarcal, o clã e a tribo, a gens romana, a fratria grega, a gentilidade ibérica e o senhorio feudal, que não são dotadas do poder anônimo difuso ou individualizado, não seja, os elementos percussores ou idênticos da instituição estatal. Tão pouco a complexificação, mediante a existência de um poder ordenador, faz com que tais sociedades, nomeadas agora de políticas ou de fins gerais, ensejem o surgimento do Estado, pois, diante de suas formas primitivas ou organizadas, podem permanecer distintas, com existência própria, ante a peculiaridade do Estado em sociedades complexas pré-estaduais, infra ou supra-estaduais, de modo, que não se identificam todas as sociedades políticas com o Estado. (Idem, p. 20-22)

⁵ Sobre as diversas correntes sobre o tema, consultar: Idem, p. 159-180.

⁶ Utiliza-se da teoria elucidada pela obra clássica de Georg Jellinek, amplamente adotada pela doutrina, salvo as divergências de valor, em que o Estado corresponde a uma síntese de povo que exerce, em determinado território, um poder político (JELLINEK, Georg. Op. cit., p. 135). Note-se que para Hans Kelsen, sendo o Estado uma ordem coativa e normativa da conduta humana, toda a questão em torno de sua essência se trata de uma questão acerca apenas da forma e conteúdo essencial dessa ordem. Porém, observa a predominância da teoria, ainda que destoe dela, razão pela qual demonstra a permanente presença do jurídico nessa trilogia de elementos constitutivos. Denota sua contribuição ao incluir a essa trilogia o lapso temporal, indicando que o Estado não existe apenas no espaço, mas perpetua através do tempo (KELSEN, Hans. Op. cit., p. 123).

povo – material – assentado em dado território – e institucional – organizado político-jurídica – são orientados para o alcance daqueles determinados fins.

Assume especial relevo o poder, uma vez que através dessa organização político-jurídica em estrutura e funcionamento com articulação de funções e diferenciações de órgãos e serviços⁷, que se instrumentalizará a busca pela realização das finalidades da sociedade organizada.

Neste viés, note que toda associação humana, por mais escassa força que possua um poder peculiar, tal qual, unidade que se distingue de seus membros. Essa unidade se ordena e dirige à execução das ordens do grupo social, ou seja, o faz no intuito dos fins comuns da associação⁸.

Esse poder, portanto, é a energia de vontade que se manifesta em quem assume o empreendimento de governar um grupo humano e que permite impor-se graças ao duplo predomínio da força e a competência a destinação às finalidades coletivas, de forma que se antes estava submetendo pela força se converte pelo consentimento em poder jurídico⁹.

Com o Direito não surge a idéia de função e, tão pouco, de sujeição para atendimento àquela, porém, a submissão do grupo social não pela força, mas pela competência, de forma que a legitimidade decorre do consentimento reduzindo o emprego de meios violentos e alcançando maior grau de estabilidade¹⁰.

Desse modo, o Estado moderno resume basicamente um processo de despersonalização do poder, ou seja, a passagem de um poder de pessoa a um poder de instituições, de poder imposto pela força a um poder fundado na aprovação do grupo, de um poder de fato a um poder de direito¹¹.

Mudam-se os paradigmas do Estado Antigo ao contemporâneo resultando na afirmação de uma racionalização do poder com o aperfeiçoamento de instituições – *Separação dos poderes* – procedimentos – *legalidade e devido processo legal* – e garantias – *direitos fundamentais* – porém, permanecendo a idéia constante da existência de *fins*.

Isto porque em todas as sociedades – ainda que não organizadas pelo consentimento, mas pela força – sempre há a busca de finalidades ainda que não seja determinadas e difusas como nos

Consultar, em especial, sobre o tema, também a obra de: VERDU, Pablo Lucas. Curso de derecho político. 2. ed. rev. Madrid: Editorial Tecnos, 1972. p. 94 e ss.

⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 7-8.

⁸ JELLINEK, Georg. Op. cit., p. 320.

⁹ Maurice Hauriou apud VERDU, Pablo Lucas. Op. cit., p. 110.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p.106.

¹¹ Idem, ibidem.

primeiros grupos familiares ou que sejam determinadas e involuntárias, uma vez que seus membros participam delas por compulsão como nos grupos primordiais religiosos¹².

Distintas são as teorias que tentam delimitar quais seriam as finalidades perseguidas pelo Estado e o seu próprio papel na definição da disciplina científica desde os que sustentam a existência de fins objetivos universais – como a paz social – os que sustentam objetivos particulares de cada Estado fundamentando-se na cultura de cada povo¹³.

A par das discussões, em um Estado de Direito parece que a definição de quais serão as finalidades ou funções desenvolvidas pelo ente estatal decorrerão da própria organização político-jurídica, a saber, dos fins consagrados no ordenamento legal e determinado pelo processo de tomada de decisão política.

Assim, é possível afirmar que as funções estatais correspondem às diversas atividades do Estado que constituem diferentes manifestações ou diversos modos de exercício do poder estatal¹⁴. Não que as finalidades da comunidade não sejam determinadas pelo próprio grupamento social, porém, por esta sociedade organizada em ordem político-jurídica.

Neste viés, é que se sustenta que a organização político-jurídica tem sentido dúplice por compreender estrutura e funcionamento, órgãos e atribuições, que se alinham à finalidade pretendida, na divisão em entes e por meio de funções específicas¹⁵. Assume uma acepção orgânica e funcional ao pressupor e se articular em instituições em torno de funções.

Assim, é que repartido juridicamente tem-se os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário como um conjunto de poderes orgânicos estabelecidos pela norma fundamental do Estado¹⁶ para exercer certas funções legiferante ou normativa, executante ou administrativa, e judicante ou jurisdicional¹⁷.

¹² DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do estado. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 20.

¹³ Se para Hans Kelsen a Teoria Geral do Estado não deve se ocupar da finalidade do Estado por se tratar de uma questão jurídica, para Alexandre Groppali a finalidade é elementos formadores do Estado, uma vez que tais finalidades constituem o conteúdo de toda a atividade estatal, determinando mesmo a estrutura fundamental do Estado. Sobre a controvérsia veja: DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit. Item 48.

¹⁴ MALBERG, Raymond Carré de. Teoría general del estado. Trad. José Lión Depetre. México: Fondo de Cultura Económica, 1948. p. 249.

¹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral, parte especial, p. 7.

¹⁶ MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 214.

¹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral, parte especial, p. 21.

Disto decorre, que seria adequado considerar as chamadas funções do Estado na realidade como poderes funcionais uma vez que são relacionais à estrutura ordenada à realização dos fins do Estado, no qual uma acepção pressupõe a outra e se torna indissociável a noção de órgão e de função¹⁸.

A expressão funções do Estado deve ser considerada como de fins que é incumbido o ente estatal pela sociedade organizada, ou de atividade, com características próprias¹⁹ e, por conseguinte, significa que a função traduz o enlace da sociedade e do Estado, princípio da legitimação do exercício do poder, os escopos a serem perseguidos pelo mesmo²⁰.

Na de função, se refere aos atos e atividades desenvolvidos pelos Estados, como manifestação específica do poder político, uma forma tipificada de exercício do poder, apreendido em uma perspectiva tríplice, material, formal e orgânico. Em ambas, vê-se um caráter finalístico: de forma direta, a função como tarefa, e indireta, a função como atividade.²¹

Exercidas pelos poderes orgânicos, tais funções – como atividades perseguidas pela organização – atuam de acordo com finalidades, que determinaram as feições de suas atividades, na conformidade das normas jurídico-públicas, que as qualificam como atividades da instituição juspolítica²² e no grau de autonomia que essas lhe distribuem²³.

Assim, é importante considerar que as usuais funções do Estado nada mais representam que a distribuição de competência dentre os poderes orgânicos, o que não esgota as demais funções perseguidas pelo ente estatal, o que justificaria o caráter residual da função administrativa tida como a prossecução do interesse público, ou seja, outras funções.²⁴

Admitir, deste modo, que a noção de funções estatais – como fins – aos poderes – como instrumental não é desconsiderar que tais finalidades não se esgotam nas competências ou funções usualmente atribuídas àqueles, mas deve abranger todos os fins buscados pela própria ordem jurídica-política.

¹⁸ Idem, p. 22.

¹⁹ MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 231.

²⁰ Idem, p. 230-231.

²¹ Idem, p. 230-231.

²² Idem, p. 232.

²³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral, parte especial, p. 23.

²⁴ Para uma análise crítica da noção de interesse público e o seu manuseio vide o nosso: MOURA, Emerson Affonso da Costa. Um fundamento do regime administrativo: O princípio da prossecução do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

Para efeitos didáticos centra-se o presente estudo nas finalidades ou funções estatais definidas pelo ordenamento jurídico, sem que isto represente desconsiderar que sendo a ordem político-jurídica é a deliberação política conforme o sistema e regime político, que determinará a decisão de tais fins, a institucionalização no Direito e a sua efetivação.

O DIREITO E AS FUNÇÕES PROMOCIONAIS

Trata-se, portanto, a função, o complexo ordenado de atos, destinados à prossecução do fim próprio ou de tantos conexos, ordenados pela norma jurídica – constitucional e infraconstitucional – e realizados pela instituição estatal, por sua estrutura articuladas em entes, órgãos e agentes públicos²⁵.

De forma que reputa-se aos poderes funcionais a expressão do fim perspicuo a que se destina a atividade estatal, tão quanto correspondem ao meio material pelo qual, por meio dos poderes orgânicos, o Estado busca alcançar os seus escopos. Tanto os poderes orgânicos e funcionais se movimentam, portanto, sobre um quadro definido pela ordem jurídica.

No que se refere ao Direito é da tradição do pensamento jurídico ocidental a tentativa de situar o campo entre o *direito natural* e *direito positivo*, ainda que na Antiguidade estivesse mais ligada à noção da linguagem e não do Direito em si, como forma de distinguir aquilo que é por natureza – *physis* – daquilo que é criado por convenção do homem – *thésis*.²⁶

Distintos são os critérios distintivos tende-se a inferir no primeiro, a existência de normas de validade *universal* e *absolutas*, dotadas de certo conteúdo *valorativo* – de cunho humanista e ligado à noção de justiça – enquanto no segundo, prescrições de validade *local* e *relativa*, com um conteúdo não delimitado, mas *político*.²⁷

Assim, tanto na concepção de Direito natural quanto na delimitação do conceito de Direito Positivo se encontra a função ou finalidade como um elemento presente de forma que sejam tais fins delimitados, prévios e de cunho humanista ou discricionários, instituídos e determinados pela ordem político-jurídica, é ínsito à noção de Direito a *função*.

²⁵ MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 232-235.

²⁶ BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições da Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2005. p. 15.

²⁷ BOBBIO, Norberto. O Positivismo... Op. cit. p. 22-23.

Até meados do século XVIII, o Direito foi marcado por essa dualidade de espécies de regulação normativa, que demarcavam a regulação graduada entre o direito comum e particular, prevalecendo na Antiguidade Clássica o direito da *civitas* sobre o direito natural e o reverso na Idade Média, quando confundiu-se com a religião.²⁸

Note, portanto, que sob o rótulo de *jusnaturalismo* designa-se o reconhecimento da existência de um certo conjunto de fins – valores a serem perseguidos – não decorrentes da produção normativa humana, mas extraídas da ordem natural das coisas, a vontade do criador superior ou da própria razão humana.

Associada usualmente sua origem aos Gregos, o jusnaturalismo na Antiguidade expressava tal função precipuamente na noção de justiça natural como formada pelas leis que regiam o *cosmos*, a saber, a criação e a constituição do Universo, que se distinguia da justiça positiva, na leis que disciplinavam a regulação da vida social do homem.²⁹

Distingue-se, portanto, da noção *jusnaturalista* da Idade Média, que se confunde com a religião, passa a situar a noção de um direito natural, composto de normas superiores aos direitos positivos, como emanção da vontade de Deus. Porém, tanto na lei natural e eterna quanto nas humanas e positivas há uma ordenação para a função ou fim do bem comum.³⁰

Por fim, já na Idade Moderna, influenciada pelo ideal iluminista, a noção de *jusnaturalismo* passa a delimitar o conjunto das leis, que não são promulgadas pelo legislador, mas aquelas capazes de ser extraída pela própria *razão*, como condições da natureza humana ou meios necessários, que se permita que haja a consecução dos objetivos do homem.³¹

Porém, com a formação do Estado Moderno e a ascensão de uma estrutura monista de concentração do poder no ente estatal, ocorre não apenas o monopólio da produção da norma

²⁸ BOBBIO, Noberto. O Positivismo... Op. cit. p. 25.

²⁹ Isto resta demonstrado na Ética a Nicômaco de Aristóteles: “Da justiça civil é uma parte é de origem natural, outra se funda em a lei. Natural é aquela justiça que mantém em toda parte o mesmo efeito e não depende do fato de que pareça boa a alguém ou não; fundada na lei é aquela, ao contrário, de que não importa se suas origens são estas ou aquelas, mas sim como é, uma vez sancionada”; ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2001. p. 144-145.

³⁰ Na Summa teologica de Tomás de Aquino Isto fica demonstrado no trecho: “A lei é uma ordenação da razão para o bem comum, promulgada por aquele que tem cuidado da comunidade” AQUINO, TOMÁS DE. Suma Teológica. I. II. v. 4. São Paulo: Edições Loyola, 2005, q. 90, a.1.

³¹ Isto resta claro em De jure belli ac pacis de Grócio: “O direito natural é um ditame da justa razão destinado a mostrar que um ato é moralmente torpe ou moralmente necessário segundo seja ou não conforme à própria natureza racional do homem” GROTIUS, Hugo. O Direito da Guerra e da Paz. Vol 1. Ijuí: Ed. Unijuí, 2005. p. 10.

jurídica, mas a mudança na concepção das próprias categorias do Direito, identificando-se Direito e Estado, aplicação do Direito e da norma³².

Com as variadas concepções de positivismo surge a idéia de que o Direito enquanto ciência, tem por objeto de análise o *fato* e não o *valor*, de forma que a validade de suas normas se fundam na verificação de sua estrutura formal e não em seu conteúdo, cabendo estudar a realidade dos fatos, abstendo-se de formular juízos e conotações valorativas³³.

O Direito corresponderia a um conjunto coerente e dotado de completude de normas jurídicas, que têm por fonte proeminente a lei, onde suas normas traduzem comandos que impõe coercitivamente a conduta dos indivíduos e devem ser aplicadas de forma mecanicistas pelos juristas, sem a predominância da produção ou criação na interpretação dos preceitos.³⁴

Uma vez que o positivismo situa a ciência jurídica no âmbito dos juízos objetivos da realidade, através da investigação por métodos científicos, renuncia o jurista concepção teleológica ou finalística da natureza, analisando a *validade* a partir de critérios estruturais e não o *valor* de acordo com critérios funcionais, afastando juízos do estudo do Direito.³⁵

Em uma primeira leitura pode parecer que o Direito encontra-se esvaziado de valor e, assim, de finalidade, porém, trata-se de uma concepção limitada, por não se ignorar que juízos valorativos participam o processo de tomada de decisão política na formação, interpretação e aplicação das normas.

Porém, com a distinção entre juízos de valor e de validade cria-se com o positivismo, uma fronteira nítida entre ciência e filosofia do Direito, de forma que enquanto cabe ao primeiro a análise da realidade empírica do Direito produzindo um conceito avalorativo, fatural ou ontológico, no segundo busca-se investigar o fundamento, colocando-o diante do problema do valor do Direito, gerando conceito ideológico, valorativo ou deontológico.³⁶

Com esta escola de pensamento³⁷, que a idéia do Direito como técnica independente de qualquer propósito ou valor, encontra o seu auge. Pretende ser uma teoria geral do direito positivo,

³² BOBBIO, Noberto. O Positivismo... Op. cit. p. 27-28 e 119-120.

³³ BOBBIO, Noberto. O Positivismo... Op. cit. p. 131.

³⁴ BOBBIO, Noberto. O Positivismo... Op. cit. p. 132-133.

³⁵ BOBBIO, Noberto. O Positivismo... Op. cit. p. 135-136.

³⁶ BOBBIO, Noberto. O Positivismo... Op. cit. p. 138.

³⁷ Incontestemente que a concepção avalorativa e neutra do Direito, distinguindo-o do justo e justificando-o ao poder soberano e a expressão típica do valor não tem origem no positivismo jurídico, havendo referências no desenvolvimento do pensamento jusfilosófico de Hobbes a Austin.

cujo princípio metodológico fundamental é a tentativa de excluir do conhecimento da ciência jurídica, qualquer elemento estranho, que não se possa determinar como Direito³⁸.

Assim, não se exclui a idéia de fim ou funções – valores a serem perseguidos – da noção do Direito, porém, destina a análise dos mesmos não no campo da *ciência*, mas da *filosofia* do Direito. Isto porque como visto as funções são ínsitos à própria formação e destinação do Estado e, por conseguinte, da sua organização político-jurídica.

A questão é que ao situar a legitimidade do Direito não em sua *função* (conteúdo), mas em sua *estrutura* (formal) a teoria foi objeto de distintas críticas, pois permite considerar válida a produção de atos estatais de qualquer valor, inclusive, autoritários, desde que observadas as formas prescritas no ordenamento jurídico³⁹ e tal ordem preserve um núcleo mínimo de liberdade, ou seja, a esfera de autonomia além de qualquer comando e proibição⁴⁰.

Ademais, ao legitimar-se em sua própria normatividade, buscando trazer uma autonomia sistemático-dogmática tal teoria aliena-se da realidade social circundante, que evolui e demanda novas funções conforme os novos compromissos político-sociais, econômicos e afins em um desenvolvimento ao qual é incapaz de acompanhar.⁴¹

Isto não significa que os estruturalistas ignorem a existência de finalidades a serem alcançadas pelo Direito. Apesar de sustentarem uma concepção *instrumental* acabam afirmando,

³⁸ Segundo seu maior expoente Hans Kelsen em sua Teoria Pura do Direito: “Uma teoria metafísica do Direito crê poder encontrar na natureza um Direito natural. No entanto, nos quadros de uma mundividência científica, dentro dos quais apenas pode achar lugar uma teoria positivista do Direito, a distinção entre lei natural e proposição jurídica deve ser sustentada e acentuada com firme decisão. Quando a proposição jurídica é aqui formulada com o sentido de que, sob determinados pressupostos, deve realizar-se uma determinada consequência, isto é, quando a ligação, produzida por uma norma jurídica” KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 1.

³⁹ KELSEN, Hans. Teoria Pura... Op. cit. p. 47 e 48.

⁴⁰ Segundo próprio Kelsen: “Visto que uma ordem jurídica - como toda a ordem social normativa - apenas pode prescrever ações e omissões inteiramente determinadas, nunca o indivíduo pode, na sua existência total, na totalidade da sua conduta externa e interna, do seu agir, do seu querer, do seu pensar e do seu sentir, ver a sua liberdade limitada através de uma ordem jurídica. A ordem jurídica pode limitar mais ou menos a liberdade do indivíduo enquanto lhe dirige prescrições mais ou menos numerosas. Fica sempre garantido, porém, um mínimo de liberdade, isto é, de ausência de vinculação jurídica, uma esfera de existência humana na qual não penetra qualquer comando ou proibição. Mesmo sob a ordem jurídica mais totalitária existe algo como uma liberdade inalienável - não enquanto direito inato do homem, enquanto direito natural, mas como uma consequência da limitação técnica que afeta a disciplina positiva da conduta humana” KELSEN, Hans. Teoria Pura... Op. cit. p. 31-32.

⁴¹ CASTANHEIRAS, Neves. O direito como alternativa humana: notas de reflexão sobre o problema actual do direito. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 22. Nota 1.

que uma ordem jurídica para alcançar uma estabilidade duradoura deve ser realizar uma finalidade, a saber, assegurar a paz social em uma base relativamente permanente.⁴²

Todavia, não importa em reconhecimento de uma funcionalidade do Direito, pois em sua teoria, as normas jurídicas não são caracterizadas pela prescrição de um comportamento voltado ao alcance de determinado fim, mas como forma de estabelecer um nexo de imputação entre o ilícito e a sanção.⁴³

Centra-se na concepção do Direito como uma ordem através da previsão de normas com imposição de *sanções*, embora reconheça que algumas ordens jurídicas possam conter a previsão de *recompensas*, mas que esta não é o traço distintivo da função essencial das ordens sociais, em especial, dentro de sistemas que funcionam como ordens de coerção.⁴⁴

Todavia, a noção coercitiva do Direito foi teorizada⁴⁶ sob premissas distintas. Partindo da lei da causalidade, que orienta toda modificação exterior da existência, a causa é categoria fundamental apenas para interpretar o mundo da natureza, enquanto a finalidade, será a categoria fundamental para interpretar o mundo das ações humanas.⁴⁷

Neste sentido, junto ao dever e o amor que caracterizariam a atividade ética, haveria como finalidades básicas da ação humana: *o ganho* que orienta o exercício da atividade econômica, como

⁴² KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 20.

⁴³ Segundo o autor: “A Teoria Pura do Direito tem uma pronunciada tendência antiideológica. Comprova-se esta sua tendência pelo fato de, na sua descrição do Direito positivo, manter este isento de qualquer confusão com um Direito “ideal” ou “justo”. Quer representar o Direito tal como ele é, e não como ele deve ser: pergunta pelo Direito real e possível, não pelo Direito “ideal” ou “justo”. Neste sentido é uma teoria do Direito radicalmente realista, isto é, uma teoria do positivismo jurídico. Recusa-se a valorar o Direito positivo. Como ciência, ela não se considera obrigada senão a conceber o Direito positivo de acordo com a sua própria essência e a compreendê-lo através de uma análise da sua estrutura. Recusa-se, particularmente, a servir quaisquer interesses políticos, fornecendo-lhes as “ideologias” por intermédio das quais a ordem social vigente é legitimada ou desqualificada. Assim, impede que, em nome da ciência jurídica, se confira ao Direito positivo um valor mais elevado do que o que ele de fato possui, identificando-o com um Direito ideal, com um Direito justo; ou que lhe seja recusado qualquer valor e, conseqüentemente, qualquer vigência.” KELSEN, Hans. Teoria Pura... Op. cit. p. 86-91 e 113-115.

⁴⁴ KELSEN, Hans. Teoria Pura... Op. cit. p. 36-38.

⁴⁵ Segundo o autor: “As modernas ordens jurídicas também contêm, por vezes, normas através das quais são previstas recompensas para determinados serviços, como títulos e condecorações. Estas, porém, não constituem característica comum a todas as ordens sociais a que chamamos Direito nem nota distintiva da função essencial destas ordens sociais. Desempenham apenas um papel inteiramente subalterno dentro destes sistemas que funcionam como ordens de coação.” KELSEN, Hans. Teoria Pura... Op. cit. p. 24.

⁴⁶ JHERING, Rudolf Von. A Evolução do Direito. Lisboa: José Bastos & C.A., 1963.

⁴⁷ JHERING, Rudolf Von. Op. cit. p. 13-18.

forma egoística, que aponta indiferença à personalidade⁴⁸; a *coação* que é um motor egoísta, pois constringe a indivíduo apenas em razão do não desejo da pena⁴⁹.

Note, portanto, que a coação corresponde em si a realização de uma função, a saber, a realização do fim de garantir a ordem social através do constrangimento de uma vontade⁵⁰. A própria noção de Direito comporta um conjunto de fins e um sistema de realização para esses fins, aos quais o Estado é a impulsão prática para alcançar essas finalidades.⁵¹

Uma vez que, o Estado Moderno e Liberal assumiu o monopólio da produção jurídica, o fenômeno historicamente relevante para compreender o Direito passava pela sua transformação em instrumento do poder estatal mediante a formação de um Estado-aparato e, portanto, tal concepção dominou de forma plena.⁵²

Todavia, com a passagem em meados do século XX de um modelo de mínima intervenção Estatal para um Estado tipicamente intervencionista, que propõe a direção da atividade econômica e social à realização de determinados fins e objetivos, as Constituições pós-liberais buscam trazer mais que a finalidade de repressão, a função de *promoção social*.⁵³

Com as Constituições e as teorias funcionais do Direito⁵⁴ junto das *sanções negativas* através da adoção de medidas capazes de atuar sobre o sujeito influenciando-o a não tomar o comportamento que é indesejado, com a consequência jurídica desagradável a ser imposta, analisa a técnica da *sanção positiva*, onde conforma-se a atuação do sujeito através da recompensa pelo comportamento desejado, ou incentivo ou facilitação para a sua prática.⁵⁵

A função promocional do Direito passa a ser exercida através de dois tipos de instrumentos: os *incentivos* que atuarão sobre o exercício de determinada atividade econômica, que venha a ser

⁴⁸ JHERING, Rudolf Von. Op. cit. p. 163-164.

⁴⁹ JHERING, Rudolf Von. Op. cit. p. 167-169.

⁵⁰ JHERING, Rudolf Von. Op. cit. p. 163.

⁵¹ JHERING, Rudolf Von. Op. cit. p. 62.

⁵² BOBBIO, Noberto. Da Estrutura à Função: Novos Estudos da Teoria do Direito. Barueri: Manole, 2007. p. 87

⁵³ "Com o enorme aumento das funções do Estado na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, o problema fundamental para uma teoria sociológica do Direito, isto é, para uma teoria que considere o direito como um subsistema do sistema social geral, é o de verificar se, paralelamente, não foram aumentadas e mudadas as funções do Direito, e entenda-se, do direito estatal, o que explica o imprevisto surgimento e a rápida difusão da perspectiva funcionalista." BOBBIO, Noberto. Da Função... Op. cit. p. 2-14.

⁵⁴ Não se confunde, todavia, com o funcionalismo enquanto filosofia social, que atua como uma teoria global da sociedade, que tem por um dos seus postulados, a concepção que as instituições apenas possuem funções positivas, da análise funcional do Direito proposta por Bobbio, que reconhece na ciência jurídica a existência de funções negativas além das positivas BOBBIO, Noberto. Da Função... Op. cit. p. 92.

⁵⁵ BOBBIO, Noberto. Da Função... Op. cit. p. 16-17.

realizada e os *prêmios*, que buscam oferecer uma satisfação àqueles que já tenham realizado uma determinada atividade⁵⁶.

Assim, situa-se a teoria funcional do Direito, principalmente, no campo da *mudança social*, ao buscar através das sanções positivas, com os prêmios, e os incentivos garantir sejam alcançados determinados fins, ao passo que a teoria estrutural do Direito no campo da *manutenção do status quo*, ao pretender através de suas sanções negativas, garantir a obediência à ordem e os preceitos previamente constituídos.⁵⁷

Todavia, uma vez determinado que o Direito deve ser tido a partir de sua *função* e não somente de sua *estrutura*, de forma a ser considerado através das finalidades que busca alcançar e não somente dos meios ao qual utiliza para alcançar seus fins, deve se buscar delimitar quais são as funções, que o mesmo pretende realizar⁵⁸.

Inicialmente, adota-se por analogia, o sentido ordinário ou usual da palavra *função*, das ciências biológicas, onde corresponde ao processo que concorrem para a conservação ou desenvolvimento do organismo⁵⁹, de maneira que a função do Direito irá perquirir qual este deve perseguir, para que possa garantir apenas a sua manutenção, mas o seu desenvolvimento.

Por um lado, deve-se atentar para tal definição, questiona-se se ela se refere a sociedade como um todo – indicando que a sua principal função é a integração social – ou se em relação aos seus membros individualmente considerados – determinando que o seu fim é a satisfação das necessidades do homem.⁶⁰

Neste sentido, os Estados Sociais de Direito são marcados por adotar em suas organizações jurídicas, a consagração de interesses tidos tipicamente liberais – como os direitos individuais, a livre iniciativa e a autonomia privada – conjugado com interesses eminentemente sociais – como a proteção aos direitos sociais e outros.⁶¹

⁵⁶ BOBBIO, Noberto. Op. cit. p. 72.

⁵⁷ “Não há dúvidas de que a função do Direito não é apenas manter a ordem constituída, mas também mudá-la, adaptando-a às mudanças sociais; tanto é verdade que todo ordenamento jurídico prevê alguns procedimentos destinados a regular a produção de normas novas para substituir as velhas. BOBBIO, Noberto. Op. cit. p. 94.

⁵⁸ As diferentes proposições oferecidas pela doutrina estão bem delimitadas em: BOBBIO, Noberto. Da Função... p. 102.

⁵⁹ BOBBIO, Noberto. Op. cit. p. 103.

⁶⁰ BOBBIO, Noberto. Op. cit. p. 104.

⁶¹ A Constituição Brasileira de 1988 é exemplo da tensão desse influxo ideológico liberal-social que resta demonstrado na consagração dentre os fundamentos do Estado Federado Brasileiro, a livre iniciativa e os valores sociais do trabalho (Art. 1º inciso IV), dos princípios da Ordem Econômica, a propriedade privada e a função social da propriedade (Art. 180 II e III), dentre outros.

Por outro, deve-se buscar para esta delimitação, quais *funções* que se pretende fixar: as *últimas* – paz social ou justiça – ou as *intermediárias* – aqueles aos quais são prévios e necessários para aqueles, como a organização do poder e resolução de conflitos, bem como, de qual concepção se tem do que seja o Direito, a saber, repressiva ou promocional e afins.⁶²

Por efeito, reconhecer a funcionalização do Direito é admitir que a ordem jurídica será dotada de uma pluralidade de funções que apresentarão níveis distintos dentro do sistema, onde algumas corresponderão a meios a determinados fins, como a organização do poder é precedente à solução de conflitos que é uma das maneiras ao qual o Direito garante a ordem ou segurança social.⁶³

Assume capital relevância, nas sociedades contemporâneas, marcadas pelo pluralismo e a diversidade de ideologias, que traduz em uma multiplicidade de interesses individuais e coletivos almejados pela sociedade e enseja uma funcionalização do Direito à proteção e concretização destes valores, que assumirão níveis distintos de tutela.

Isto inexoravelmente conduz a noção de que se *funcionalização* compreende buscar quais fins são necessários para manutenção ou desenvolvimento, deve se perquirir qual *direito*, pois determinar quais funções e, precipuamente, do seu escalonamento em níveis, dependerá de qual concepção de Direito se propõe analisar.⁶⁴

Parece claro que competirá a própria ordem jurídica determinar através primeiramente da sua Constituição – enquanto pacto político-jurídico fundamental de eleição dos bens socialmente almejados – definir quais serão as funções que serão perseguidas por aquele Direito de determinado Estado.

⁶² BOBBIO, Noberto. Op. cit. p. 106-109.

⁶³ BOBBIO, Noberto. Op. cit. p. 106

⁶⁴ “Quem se coloca o problema da função do Direito em termos de função repressiva ou promocional, observa o meio pelo qual o direito opera; quem se coloca o problema em termos de função conservadora ou inovadora, observa aquilo que as regras, consideradas uma a uma, prescrevem ou permitem, bem como, a sua eficácia. (...) Isso permite concluir que o problema da função do direito abre caminho para duas respostas diferentes: conforme nos proponhamos a estudar quais efeitos derivam do uso de certo meio de coação e de promoção social a que damos, por comum consenso, o nome de direito ou, então, conforme nos proponhamos a estudar quais efeitos derivam dos comportamentos que, por aquele meio, foram impostos ou proibidos, encorajados ou desencorajados etc..., ou de modo mais geral, dos institutos sociais que sendo regulados por normas jurídicas, denominamos, igualmente por comum consenso, o “direito” de um determinado grupo social” BOBBIO, Noberto. Op. cit. p. 109-110.

AS FINALIDADES E OS OBJETIVOS FUNDAMENTAIS

Como visto, na persecução das finalidades estatais se sujeitam os poderes orgânicos à ordem jurídica, vinculando-se às regras e princípios legais, tendo por vértice a Constituição, em um sistema que pressupõe, sobretudo, ser aberto, enquanto responsivo às mutações do núcleo social⁶⁵.

Condicionam-se, dessa forma, os poderes estatais em toda sua extensão à ordem jurídica, consubstanciada nas normas e princípios que emergem da matriz constitucional e legal para regê-las, a saber, se na delimitação das funções e finalidades a serem perseguidas pela ordem político-jurídica.

Porém, na formação do Estado Moderno as Constituições foram marcadas pelos influxos de continuidade e descontinuidades exteriorizados nas sucessões e rupturas formais e materiais da ordem jurídico-constitucional vigente em relação à anterior decorrente da ascensão e quedas de regimes políticos⁶⁶.

De forma que a instabilidade que assolava a Europa Continental no século XIX⁶⁷ produziu notável restrição a concepção da Constituição, que era tida como política, a saber, o documento escrito era mero “pedaço de papel” sujeito aos fatores reais de poder, a saber, as relações de poder dominante no Estado que constituem a força ativa daquela sociedade.⁶⁸

Neste viés, as funções ou finalidades trazidas pela Constituição apenas seriam alcançadas se houvesse um conserto das forças políticas daquele Estado – tida como a Constituição Real – assumindo o texto constitucional caráter meramente indicativo e não vinculativo dos poderes públicos.

Isto persiste com as passagens das Constituições Liberais – que previam apenas a organização do poder estatal e os limites ao seu exercício, precipuamente, a carta de direitos fundamentais individuais⁶⁹ – para Constituições Sociais – que propugnavam a justiça social e o bem-estar coletivo traduzindo fins alcançáveis na ordem econômica e social.⁷⁰

A concepção de Estado de Direito meramente *formal* – enquanto a supremacia da lei e governo do bem comum – e carente de *conteúdo* – que permitia que o Estado fixasse os fins para a

⁶⁵ MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 232-235.

⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 143-145.

⁶⁷ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo I. 6 ed. rev e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 95.

⁶⁸ LASSALE, Ferdinand. Que é Uma Constituição?. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.

⁶⁹ Como, por exemplo, a Constituição Americana de 1787, a Francesa de 1791 e a Brasileira de 1891.

⁷⁰ Como, por exemplo, a Constituição Mexicana de 1917, a Alemã de 1919 e a Brasileira de 1988.

sua atuação e os limites à liberdade dos cidadãos para tais objetivos – retirava significado substantivo político-constitucional que podia ser aplicado a qualquer regime.⁷¹

Ainda há uma *baixa normatividade* das disposições que veiculavam as funções ou fins da ordem jurídico-constitucional – sejam os programas e objetivos constitucionais ou os direitos fundamentais, em especial, os direitos sociais, antes remetidas à esfera programática de meras linhas diretoras aos poderes públicos e, tidas como dotadas de eficácia limitada.⁷²

A partir do pós-guerra no século XX, há a ascensão do Estado Constitucional de Direito, marcado pela afirmação da supremacia da Constituição na ordem jurídica, que assume o papel de instrumento de validade das normas que compõem a ordem, disciplinando não apenas as formas de produção legislativa, mas impondo obrigações de conteúdo.⁷³

Compreende, ainda, a posição de centralidade assumida pelos seus bens e valores, seus programas e direitos no sistema jurídico, instituindo uma ordem objetiva de valores e irradiando sua força normativa por todo o ordenamento, condicionando a interpretação das normas e institutos dos ramos do Direito e vinculando a atuação dos poderes públicos⁷⁴.

Através do reconhecimento da supremacia axiológica da Constituição e do novo status dos direitos fundamentais na ordem jurídica, deriva um processo de apreensão do sistema sob a ótica da Constituição com o objetivo de realizar os bens e valores fundamentais veiculados, em um processo designado de constitucionalização do Direito⁷⁵.

Por efeito, as funções do Direito passam não apenas ser definida pela lei fundamental – que representa a escolha primeira dos bens e valores essenciais da comunidade a ser perseguido pela

⁷¹ ZAGRELBESKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Leys, Derechos, Justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 22-23.

⁷² A aplicabilidade restrita das normas de natureza programática decorreria da fluidez de suas disposições e da inexistência de instrumentos jurídico-processuais capazes de garantir sua concretização.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 564-565. Compreendendo que as relações econômico-sociais são disciplinadas apenas por normas programáticas, vide: SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. Cap. IV. Em especial p. 140-142.

⁷³ FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y Futuro Del Estado de Derecho*. *Revista Internacional de Filosofía Política*, Universidad Autónoma Metropolitana, Espanha, n. 17, p. 31 e 34, 2001.

⁷⁴ Apresentam os direitos fundamentais, portanto, uma dupla ordem de sentido: como vínculos axiológicos, que condicionam a validade material das normas produzidas e enquanto fins que orientam o Estado Constitucional de Direito. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos e Garantias: La ley del mais débil*. 1 ed. Madrid: Trotta, 1999. p. 22.

⁷⁵ A força irradiante da Constituição, portanto, não se limitou apenas à reconstrução dinâmica de seus próprios enunciados de norma numa espécie previsível de auto-alimentação constitutiva, mas se projetou para todo o sistema jurídico, revisando o sistema de fontes e reestruturando seus pilares deontológicos. SAMPAIO, José Adércio Leite. *Mito e História da Constituição: Prenúncios Sobre a Constitucionalização do Direito* in: SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 200.

ordem político-jurídica – mas igualmente passa a vincular e condicionar os poderes públicos na sua persecução.

No âmbito da Poder Legislativo, abrange a limitação do espaço de conformação na legislação, subtraindo de sua esfera de liberdade a definição dos bens e interesses a serem perseguidos, reservando a este precipuamente a eleição dos meios necessários a concretização dos fins e objetivos almejados pela sociedade e veiculados pela Constituição⁷⁶.

No campo do Poder Judiciário, envolve a ampliação da competência oriunda do poder-dever de aplicar os preceitos constitucionais, que importa na possibilidade de invalidação dos atos emanados pelos poderes públicos ou originários dos particulares através da interpretação criativa das normas jurídicas à luz da Constituição⁷⁷.

No que se refere ao Poder Executivo significa a recondução da sua ação administrativa na concretização dos programas e objetivos constitucionais, o respeito nas relações administrativa aos direitos e deveres fundamentais, bem como, seu dever de interpretar e aplicar as normas constitucionais garantindo a realização dos bens e valores fundamentais.

É possível extrair, dentro da ordem jurídica vigente, que a Constituição Federal de 1988 de caráter analítica e principiológica, assume um papel eminentemente promocional veiculando regras e princípios, que são dirigidos à concretização de determinados objetos e fins, tanto em seus microsistemas quanto em seu regime geral.

Assim, determina como funções do Direito e, do próprio Estado, os chamados princípios e objetivos fundamentais que são mais do que princípios básicos da organização do Estado, uma vez que incorpora fins a serem alcançados na ordem político-jurídica como o Princípio Republicano, o Democrático, o da Separação dos Poderes e do Federalismo⁷⁸.

Consagra, também, como fundamentos, a busca pela realização de finalidades de índole estatal – como a soberania – liberal – tal qual a cidadania e a dignidade da pessoa humana – e social – representado nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político.⁷⁹

Realiza, igualmente, como funções ou fins da ordem político-jurídico os chamados objetivos fundamentais como construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento

⁷⁶ No Estado Constitucional de Direito a Constituição não apenas disciplina as formas de produção legislativa, porém, impõe também o conteúdo das leis, adequados aos bens e interesses fundamentais veiculados pelas normas constitucionais, garantindo limites aos poderes da maioria. FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit. p. 18-19.

⁷⁷ Quando o Poder Judiciário desempenha uma função criadora do Direito em seu sentido forte, com a interpretação criativa da Constituição não importa sua desvinculação a lei como proposta pelo Direito Livre, mas no emprego de normas constitucionais capazes de imprimir maior determinação em frente ao conteúdo vago, inconcreto ou poroso da legislação. SANCHÍS, Luis Prieto. Sobre el Neoconstitucionalismo y Sus Implicaciones in: Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Madrid: Trotta, 2003. p 129-131.

⁷⁸ BRASIL, Constituição da República Federativa de 05 de Outubro de 1988. Art. 1 caput e Art. 2

⁷⁹ BRASIL, Constituição da República Federativa de 05 de Outubro de 1988. Art. 1 incisos I a V.

nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos ou discriminação.⁸⁰

Além disto, consagra funções no âmbito externo como a busca pela independência nacional, a prevalência dos direitos humanos, a autodeterminação dos povos, não-intervenção, a igualdade entre os Estados, a defesa da paz, a solução pacífica dos conflitos, o repúdio ao terrorismo e ao racismo, a cooperação entre os povos e o asilo político.⁸¹

Consagra a Constituição Federal de 1988, também, microsistemas protetivos onde além de regular de forma especial determinadas matérias como tipicamente as leis fundamentais do século XX igualmente fixa funções ou finalidades especiais a serem perseguidas.

A Constituição Social fixa como funções a proteção na ordem social do primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais, estipulando como seus princípios fundamentais direcionados a tais fins, a garantia de universalidade da cobertura e do atendimento, uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, irredutibilidade do valor dos benefícios dentre outros.⁸²

A Constituição Econômica determina como funções a valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, estipulando como seus princípios fundamentais direcionados a tais fins, a garantia da função social da propriedade, a defesa do consumidor e outros.⁸³

Note, que, isto envolve delimitar a própria funcionalização do Direito que ocorrerá dentro dos grandes sistemas jurídicos – o *direito público* e o *direito privado* – visto que possuem campos de atuação distintos que resultarão em finalidades diferentes – a coexistência de interesses individuais divergentes no espaço da autonomia privada e a função de direcionar os interesses distintos no sentido de um objetivo comum.⁸⁴

Assim, orienta tanto os sujeitos públicos e privados à realização das funções ou finalidades gerais ou especiais previstas na ordem jurídico-constitucional, de modo que os tradicionais poderes estatais e direitos dos cidadãos passam a ser exercidos de forma a realizar àqueles referidos fins.

Pode-se destacar, no que tange, a regulação da cidade onde os sujeitos públicos e privados – como proprietários, moradores, usuários e investidores – devem realizar as funções do Direito, que a

⁸⁰ BRASIL, Constituição da República Federativa de 05 de Outubro de 1988. Art. 3.

⁸¹ BRASIL, Constituição da República Federativa de 05 de Outubro de 1988. Art. 4.

⁸² BRASIL, Constituição da República Federativa de 05 de Outubro de 1988. Art. 193 e 194.

⁸³ BRASIL, Constituição da República Federativa de 05 de Outubro de 1988. Art. 170 caput e incisos.

⁸⁴ BOBBIO, Noberto. Op. cit. p. 110.

Constituição Federal ao delimitar, designou tais finalidades específicas como funções sociais da cidade,

AS FUNÇÕES SOCIAIS DA CIDADE

Tradicionalmente, considerava-se como funções sociais da cidade pela literatura dominante⁸⁵ aquelas previstas na Carta de Atenas de 1933⁸⁶ como funções do espaço urbano, ou seja, atividades tipicamente a serem desenvolvidas pelo espaço físico-territorial da urbe, a saber, habitação, trabalho, circulação e recreação.

Porém, com a nova Carta de Atenas de 2003 e a visão de uma cidade futura coerente parece que se ampliam tais funções para abranger outros interesses a serem protegidos como a multiculturalidade, mobilidade, proteção intergeracional, identidade social, o direito de equipamento e serviços urbanos dentre outros.⁸⁷

Se insere dentro de uma proposta de mudança de paradigma onde questiona-se a construção da noção da cidade à partir de uma perspectiva desenvolvimentista e busca a criação de uma cidade sustentável e ligada as demais comunidades com a busca de novas finalidades que permitam uma cidade para todos.⁸⁸

Ademais, há de se considerar que o Estatuto da Cidade ao regular a norma constitucional no que tange aos princípios gerais da política urbana estipulou diversas diretrizes, que orientam o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana⁸⁹.

Parte da literatura não consideram tais diretrizes como as funções em si, mas como o conjunto de situações urbanísticas de fato e de direito que irão assegurar a realização da política

⁸⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito urbanístico. São Paulo: Malheiros, 1993.

⁸⁶ A carta de atenas foi aprovada pela Assembléia do Congresso Nacional de Arquitetura Moderna em 1933 e aborda a cidade como parte de um conjunto econômico, social e político. O texto está disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Carta%20de%20Atenas%201933.pdf> Acesso em 14.01.2019.

⁸⁷ Disponível em: https://paginas.fe.up.pt/construcao2004/c2004/docs/SAT_02_carta%20atenas.pdf Acesso em 14.01.2019.

⁸⁸ KANASHIRO, Milena. Da antiga à nova Carta de Atenas – em busca de um paradigma espacial de sustentabilidade. Desenvolvimento e Meio Ambiente, n. 9, p. 33-37, jan./jun. 2004. Editora UFPR, p. 36.

⁸⁹ BRASIL, Lei Federal nº 10.257 de 10 de Julho de 2001. Art. 2.

urbana, ou seja, os instrumentos que visam concretizar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana.⁹⁰

De fato, parece inadequado considerar que as funções sociais da cidade se confundam com os instrumentos previstos de política urbana, bem como, que se limitem as finalidades previstas nas Cartas de Atenas, que antes apresentam proposições advindas do Congresso Nacional de Arquitetura Moderna.

Deve-se fixar uma delimitação jurídica para as funções sociais da cidade que seja adequada não apenas a função social que a propriedade privada deve assumir no âmbito urbano, mas igualmente os demais bens e valores do ordenamento jurídico-constitucional a serem perseguidos no campos da urbe.

Para alguns poderiam se agrupar de forma doutrinária grupos de funções sociais da cidade convencionando funções sociais – habitação, trabalho, lazer e mobilidade – de cidadania – educação, saúde, segurança e proteção – e de gestão – prestação de serviços, planejamento, preservação do patrimônio cultural e natural, e sustentabilidade urbana⁹¹.

Neste viés, parece adequado considerar que as funções sociais da cidade irão abranger de fato a implementação de ações e programas estatais e a observância pela propriedade privada de um sistema formado por interesses coletivos e individuais a serem perseguidos no âmbito da cidade.⁹²

Inegável, que isto abrangerá, funções ligadas à realização de interesses sociais – como os direitos à saúde, educação, assistência – até finalidades que envolvem interesses individuais – como a segurança e a vida – inclusive econômicos – como a liberdade de exercer atividade econômica e outros.

Uma vez que as funções sociais da cidade são voltadas para atender os interesses do grupo social urbano de forma a garantir condições dignas de vida, essa pluralidade de funções por vezes guarda intensa litigiosidade e pode gerar variados complexos conflitos urbanos que surgem quando uma for antagonizada por outro.⁹³

⁹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 27.

⁹¹ GARCIAS, Carlos Mello; BERNARDI, Jorge Luiz. *As Funções Sociais da Cidade*. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*. V. 4., 2008. p. 9.

⁹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentário...* Op. cit. p. 29.

⁹³ SAULE JUNIOR, Nelson. *Direito à Cidade: Trilhas Legais para o Direito das Cidades Sustentáveis*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 61.

Assim, por exemplo, tem-se a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado e a moradia, de forma que a ocupação de áreas de preservação permanente podem gerar conflitos entre funções sociais igualmente protegidas na cidade, que devem ser compatibilizadas.

É inevitável que tais funções sociais das cidades não guardam entre si qualquer tipo de hierarquia, mas antes representam igualmente objetivos e valores a serem igualmente perseguidos e realizados de forma concomitante, o que resultará como ocorre com os demais princípios constitucionais a necessidade de ponderação no caso concreto.

Tal compreensão coaduna com uma ordem jurídico-constitucional pluralista, bem como, com a prospecção da cidade e da sua ordenação jurídica onde deve se proteger uma série de interesses coletivos e individuais adequando a propriedade de bens à função social, aqui delimitada – a título didático – em um feixe de funções sociais da cidade.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe na previsão dos seus princípios, objetivos, direitos e garantias fundamentais, bem como, na regulação da ordem econômica e social, a tutela de bens e valores essenciais da comunidade política voltado ao seu compromisso com a justiça social.

No que tange a constitucionalização do Direito da Cidade a regulação da política urbana com a sua ordenação à realização das funções sociais da cidade e o bem-estar dos seus cidadãos corresponde importante instrumento para a redução das desigualdades e promoção dos direitos dos cidadãos em matéria urbana.

Neste viés, embora as Cartas de Atenas tutelem funções a serem perseguidas em matéria urbanística, no que se refere às funções da cidade deve ser realizada uma interpretação sistemático-constitucional de forma a identificar seu conteúdo com os outros bens e valores tutelados pela norma fundamental.

Devem-se extrair como funções sociais da cidade a tutela de bens e valores coletivos e individuais exteriorizados em princípios, objetivos, programas e direitos constitucionais, que sejam realizados na cidade e, portanto, garantam o seu titular a realização daquele preceito de justiça social em matéria urbanística.

Pode-se propor um feixe de funções sociais da cidade como propriedade urbana, do planejamento urbano, da prestação de serviços, da proteção urbana, da educação urbana, do

saneamento urbano, da saúde urbana, da mobilidade urbana, da habitação urbana, do trabalho urbano, da segurança urbana, da sustentabilidade urbana, da preservação do patrimônio cultural e natural urbano e de gestão urbana.

Todavia, não se deve limitar a noção e conteúdo de funções sociais da cidade a um rol taxativo e limitado, mas identificar com os valores de uma ordem jurídico-constitucional pluralista, cuja as transformações da cidade e da ordem político-jurídica constantemente demandarão uma tutela adequada à realização da justiça social urbana.

REFERÊNCIAS

AQUINO, TOMÁS DE. Suma Teológica. I. II. v. 4. São Paulo: Edições Loyola, 2005, q

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições da Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2005.

_____. Da Estrutura à Função: Novos Estudos da Teoria do Direito. Barueri: Manole, 2007.

BONAVIDES, Paulo. Ciência política. 10. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Curso de direito constitucional. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Comentários ao Estatuto da Cidade. São Paulo: Atlas, 2013.

CASTANHEIRAS, Neves. O direito como alternativa humana: notas de reflexão sobre o problema actual do direito. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do estado. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro Del Estado de Derecho. Revista Internacional de Filosofía Política, Universidad Autónoma Metropolitana, Espanha, n. 17, p. 31 e 34, 2001.

_____. Derechos e Garantias: La ley del mais débil. 1 ed. Madrid: Trotta, 1999.

GARCIAS, Carlos Mello; BERNARDI, Jorge Luiz. As Funções Sociais da Cidade. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. V. 4., 2008.

GROTIUS, Hugo. O Direito da Guerra e da Paz. Vol 1. Ijuí: Ed. Unijuí, 2005.

JELLINEK, Georg. Teoría general del estado. Trad. Fernando de Los Rios. Bueno Aires: Editorial Albatros, 1973

JHERING, Rudolf Von. A Evolução do Direito. Lisboa: José Bastos & C.A., 1963.

KANASHIRO, Milena. Da antiga à nova Carta de Atenas – em busca de um paradigma espacial de sustentabilidade. Desenvolvimento e Meio Ambiente, n. 9, p. 33-37, jan./jun. 2004. Editora UFPR,

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LASSALE, Ferdinand. Que é Uma Constituição?. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.

MALBERG, Raymond Carré de. Teoría general del estado. Trad. José Li3n Depetre. México: Fondo de Cultura Econ3mica, 1948.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito urbanístico. São Paulo: Malheiros, 1993.

MIRANDA, Jorge. Teoria do estado e da constituição. Trad. Edição Portuguesa. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Manual de Direito Constitucional. Tomo I. 6 ed. rev e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral, parte especial. 14. ed. totalmente rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. Um fundamento do regime administrativo: O princípio da prossecução do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Mito e História da Constituição: Prenúncios Sobre a Constitucionalização do Direito in: SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SAULE JUNIOR, Nelson. Direito à Cidade: Trilhas Legais para o Direito das Cidades Sustentáveis. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

SANCHÍS, Luis Prietro. Sobre el Neoconstitucionalismo y Sus Implicaciones in: Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Madrid: Trotta, 2003.

VERDU, Pablo Lucas. Curso de derecho político. 2. ed. rev. Madrid: Editorial Tecnos, 1972.

ZAGRELBESKY, Gustavo. El Derecho Dúctil: Leys, Derechos, Justicia. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

Trabalho enviado em 07 de maio de 2020

Aceito em 17 de junho de 2020