

ALTERAÇÕES NA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA COM A REFORMA  
CONSTITUCIONAL DE 1995: INTERVENÇÃO DO ESTADO EM REGIME DE  
MONOPÓLIO

Alexandre Walmott Borges

DISSERTAÇÃO APRESENTADA AO CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM  
DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA COMO  
REQUISITO À OBTENÇÃO DO TÍTULO DE MESTRE EM CIÊNCIAS HUMANAS -  
ESPECIALIDADE DIREITO

Orientador: Prof. Dr. Ubaldo Cesar Balthazar

FLORIANÓPOLIS

1996

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A dissertação **ALTERAÇÕES NA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA  
COM A REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1995: INTERVENÇÃO DO ESTADO EM  
REGIME DE MONOPÓLIO**

elaborada por **ALEXANDRE WALMOTT BORGES**

e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, foi julgada adequada para a  
obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

Florianópolis, 29 de agosto de 1996.

**BANCA EXAMINADORA**

  
Prof. Dr. Ubaldo Cesar Balthazar - Presidente

  
Prof. Dr. Índio Jorge Zavarizi - Membro

  
Prof. Msc. José Rubens Morato Leite - Membro

Prof. Dr. Silvio Dobrowolski - Suplente

Professor orientador:

Prof. Dr. Ubaldo Cesar Balthazar - 

Coordenador do Curso:

Prof. Dr. José Alcebiades Oliveira Jr.- 

**Lista de abreviaturas:**

- ANC - ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE
- CE - CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA
- CRFB - CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
- EFO - ECONOMIC AND FINANCIER ORDER
- OEF - ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA
- PEC - PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL

## SUMMARY

Under the title, Alteration on Economic and Financier Order with Constitutional reform on 1995: intervention from State on monopoly regime, this work objective critic discussion about Economic and Financier Order (EFO) from the Brazilian Constitution, in comprise analysis from capitalist sistem and relation State-Economy. Are verify transformations on EFO promoted on 1995 - your reach and meaning. There are elements hier for the Economic and Financier Order interpretation. Are provide topics to understanding the intervention from State on economic activity in monopoly regime. We have the understanding with classify activity from State action field on economic dominion.

The first chapter search concept from economic capitalist system, your dinamic integration to society - by forms-regime mutation - and law from capitalist production form.

The chapter two give historical sketch from economic capitalist system and emerge from monopol phenomenon. Include reception on constitutional normative plan from monopol and historical balance from Brazilian monopol.

Chapter three list interpretation elements and analysis from monopolist intervention on the Brazilian Constitution - constitutional principle, constitutional interpretation.

Chapter four bring economic order concepts and analysis from Economic and Financier order on Brazilian Constitution.

Chapter five classify actions from State and juridical statute from monopolist intervention.

Depart from conceptual generic plan of economic system, economic and financier order and normativ constitutional model, the work finish with specific monopol classification. Insert they in constitutional discipline from state intervention. With the constitutional reform from 1995, the petroleum state monopol was relativ maked.

## SUMÁRIO

**Introdução p. 01**

**Cap. 1. O Direito do Capitalismo - a noção de sistema p. 03; 1.1 Identificação do sistema p. 04; 1.2 Forma e regime do sistema p. 06; 1.3. O Direito do Capitalismo p. 12.**

**Cap. 2 Delineamentos Históricos p. 19; 2.1 Gênese do Capitalismo p. 19; 2.2 O capitalismo monopolista p. 21; 2.3 O impacto da Primeira Guerra p. 23; 2.4 O Estado Econômico com Fins Sociais p. 24; 2.5 O sistema econômico e o Brasil - análise de caso p. 29; 2.6 Histórico da constitucionalização da Ordem Econômica no Brasil p. 31.**

**Cap. 3 Elementos para interpretação e análise. Os princípios e a interpretação constitucional p. 40; 3.1 Os princípios constitucionais p. 40; 3.2 Interpretação constitucional p. 51; 3.3 Normas programáticas p. 59; 3.4 Catálogo de princípios p. 60.**

**Cap. 4 A OEF na Constituição p. 63; 4.1 O Direito Econômico p. 63; A Ordem Econômica p. 76; 4.3 Constituição Econômica p. 79; 4.4 Posição Sistemática p. 82; 4.5 Comentários à OEF na Constituição p. 84; 4.6 Críticas à reforma na OEF p. 86; 4.7 Alterações com a reforma de 95 p. 89.**

**Cap. 5 O Estado e o Processo Econômico p. 95; 5.1 Dicotomia entre o econômico e o político p. 95; 5.2 Ação, Atuação e Intervenção p. 98; 5.3 Atividade Econômica: os Serviços Públicos e a exploração de Atividades Econômicas p. 100; 5.4 O regime de monopólio na Constituição brasileira p. 107.**

**Conclusões p. 115**

**Referências Bibliográficas p. 117**

## INTRODUÇÃO.

O trabalho que apresentamos aborda tema que tem ocupado o espaço da discussão político-constitucional brasileira nos últimos dois anos - as alterações na Ordem Econômica e Financeira da Constituição. Procuramos analisar a reforma da OEF centrando atenções na modalidade de intervenção do Estado na atividade econômica em regime de monopólio.

A delimitação do tema serve de ponto de partida à discussão crítica do sistema econômico e seus desdobramentos no plano constitucional. É a oportunidade de verificar quais as transformações realizadas pelo poder constituinte derivado no Título VII da CRFB, interpretando a Ordem Econômica e Financeira. Há o objetivo de fornecer elementos de compreensão à intervenção do Estado na atividade econômica, em exercício classificatório de sua forma monopolista.

Empregamos na confecção do projeto o método dedutivo, com utilização procedimental do método histórico-comparativo e monográfico. A técnica de pesquisa empregada - de documentação indireta - foi efetivada por pesquisa documental combinada com pesquisa bibliográfica.

O trabalho ganha importância ao incursionar pelo ramo do Direito Econômico. Utilizando a base referencial deste ramo dogmático, ataca um dos pontos de maior inquietação para o jurista: as ligações entre a Economia e o Direito nas raias do Estado Econômico do século XX. Não só isso, como analisa a Constituição como sistema normativo fundamental da organização econômica da sociedade brasileira.

Há boa coleção de obras versando sobre a OEF. Distribuída entre volumes de Direito Econômico e Direito Constitucional, encontramos na bibliografia jurídica brasileira um considerável acervo de comentários sobre o assunto. O exercício classificatório que empreendemos - abandonando qualquer ineditismo - procura ocupar-se de duas questões fundamentais: a amplitude da expressão intervenção e o conceito dos monopólios na Constituição brasileira. A área de fronteira que avançamos é a nova posição da intervenção monopolista após as reformas constitucionais de 1995.

A tarefa partiu da obra de Eros Roberto Grau - *A ordem econômica na Constituição de 1988 - interpretação e crítica*. Adotamos o entendimento do autor: a relação mercado=Estado sofre mudanças que explicam a constitucionalização de *ordens econômicas* (expressão portadora de forte carga ideológica), que é marco da nova ordem capitalista do século XX. As contradições do processo de ação do Estado na economia capitalista possibilitam a feitura de quadro classificatório. Tal panorama logra definir - nos quadrantes da Constituição nacional - formas de ação estatal na economia: atuação e intervenção. Com os conceitos diferenciados de atuação e intervenção estatal determinamos o regime monopolista constitucional no pós 1995.



## CAPÍTULO 1. O DIREITO DO CAPITALISMO - A NOÇÃO DE SISTEMA.

Ao procurar definir quais as opções do constituinte brasileiro e, por consequência, medir o alcance da reforma de 1995, no que diz respeito às normas afetas à ordem econômica e seus reflexos na intervenção do Estado em regime de monopólio, devemos lembrar, preliminarmente, que as escolhas políticas fundamentais estampadas na Constituição não são aleatórias, ou mesmo alheias às vontades dos homens. É a Constituição documento jurídico em que são expressas as contradições, os compromissos, as demandas, os interesses dos vários grupos da sociedade; suas bandeiras políticas; suas aspirações no campo econômico.

A Economia deve ser entendida como o conjunto em que o homem é peça central integrado em um processo, ligado a elementos materiais. É a integração, as múltiplas relações entre os elementos pessoais (o homem que produz, o homem que consome), os elementos materiais (o que é produzido, o que é consumido, com o que é produzido, com o que é consumido), o processo em que se dá a ligação pessoa-matéria, que permite diferenciar tipos econômicos <sup>1</sup>.

Se pretendemos explicitar qual a opção política do constituinte brasileiro, se pelo capitalismo, pelo socialismo, ou pelo feudalismo (em remota possibilidade), devemos lançar luzes sobre os tipos econômicos, esclarecendo o que é diferente entre eles. O conceito de sistema econômico vale para tal, pois, conforme indica Vital Moreira, possibilita a visão de

---

<sup>1</sup>. MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. 3. ed. Coimbra: Centelha, 1978. p. 19-21.

um “conjunto de elementos ordenados unitariamente e dotados de uma certa estabilidade”<sup>2</sup>. Para Lajugie o “sistema econômico é o conjunto coerente de instituições jurídicas e sociais, no seio das quais são postos em ação, a fim de assegurar a realização do equilíbrio econômico, certos meios técnicos organizados em função de certos móveis dominantes”<sup>3</sup>. Tal conceito é passo primeiro para procurarmos na concretização histórica tipos diferentes: sistema feudal, sistema capitalista.

1.1. IDENTIFICAÇÃO DO SISTEMA. Segundo Vital Moreira o conceito de sistema é ponto de partida para identificar gêneros com constituição diferenciada, mas não suficiente por si só. Um sistema econômico ganha contornos úteis para diferenciá-lo de outro quando levamos em consideração a sua dinâmica, como se dá a relação entre o homem, a matéria, o processo. E a leitura que empreendemos desta estrutura (homem+matéria+processo) não foge, ela própria, de condicionamentos ideológicos. É importante ressaltá-los, já que nos pródromos do capitalismo, com a escola clássica liberal, acreditava-se que, como passo natural da humanidade - e este era considerado um *passo universal* - a economia era capitalista e tão somente capitalista<sup>4</sup>. Devemos tomar, assim, duplo cuidado: não adotar qualquer sistema como superior ou natural (a opção continua sendo fruto das lutas da sociedade) e não nos abraçarmos ao determinismo acreditando que um sistema triunfará, inelutavelmente, sobre outro (ou outros). Com créditos ao marxismo e historicismo, Vital Moreira traça duas leituras de um sistema econômico<sup>5</sup>:

---

<sup>2</sup>. Ibid, p. 17.

<sup>3</sup>. LAJUGIE, Joseph. *Os sistemas econômicos*. Difusão Européia do Livro: São Paulo, 1959. Tradução de Édison Rodrigues Chaves e Gerson Souza. Coleção Saber Atual. p. 7.

<sup>4</sup>. MOREIRA, Vital. Op. cit, p. 18.

<sup>5</sup>. Ibid, p. 18-27.

a) Para Marx é preciso atentar às relações de produção, às forças produtivas, na relação do homem produtor e não produtor com as forças produtivas. No modo de produção capitalista, p. e., devemos situar a posição dos produtores e dos meios e instrumentos de produção: o não produtor - capitalista - apropria-se do sobreproduto social e o produtor não tem controle sobre os meios de produção.

b) Para Weber devemos deitar atenção às formas de coordenação do modo de produção. Ao contrário de Marx, aqui não tratamos de uma leitura histórica, dos estágios de desenvolvimento, da realização histórica de um tipo (ou sistema) econômico; elaboramos tipos ideais. No modo de produção capitalista é imprescindível visualizarmos como coordenam-se os planos dos vários sujeitos econômicos, como toda ação é pré-ordenada.

Na lição de Lajugie sobre os sistemas econômicos, seu conceito é capaz de ferir os quadros jurídicos, os quadros geográficos, as formas da atividade econômica, os processos técnicos e seus tipos de organização, e mais o móvel dominante (fator psicológico) da ação dos agentes de produção. O conceito de sistema econômico, em suma, é prestadio à descrição abrangente dos mais largos quadrantes da atividade econômica.<sup>6</sup>

Procurando elucidar os elementos de um sistema econômico cumpre responder as perguntas:

- como reparte-se o produto social dentro do sistema X ou Y?
- quem toma as rédeas da direção econômica?
- como se deu a passagem para o sistema X ou Y?
- quais os meios técnicos empregados no sistema?

É possível assinalar um esquema teórico do capitalismo com base nos itens abaixo<sup>7</sup> :

---

<sup>6</sup> . LAJUGIE, Joseph. Op. cit, p. 7-8.

<sup>7</sup> . MOREIRA, Víal. Op. cit, p. 28.

a) Há a separação entre o produtor e os meios de produção, a separação em duas classes (clivagem em duas classes): a capitalista e a operária.

b) O produto social não é de apropriação coletiva e sim privada, resguardado por um quadro jurídico adequado.

c) A direção do processo fica entregue às mãos do proprietário dos meios de produção.

d) O produto da empresa não reverte em favor do produtor, antes é dividido entre vários atores que colaboram no processo, resumidos na trindade: salário para o operário, juros para o financiador e lucro para o proprietário.

e) O fim da direção do processo produtivo é a busca do lucro ou acumulação do capital.

f) É uma economia de mercado, a produção trocada por dinheiro, sendo a renda da empresa capitalista determinada pelos preços dos produtos no mercado.

g) Surge com a revolução industrial e, ao mesmo tempo, a economia industrial surge com o capitalismo. O capitalismo criou-se com um método aperfeiçoado de produção que combinou a divisão otimizante do trabalho e a substituição da ferramenta pela máquina de força externa.

1.2. FORMA E REGIME DO SISTEMA. Não é ainda de todo satisfatória a explicação, vez que os pilares do capitalismo, construídos sobre a idéia da liberdade econômica, da livre concorrência, da liberdade de trabalho devem ser, nos dias de hoje, relativizados. A propriedade privada pode existir em outros sistemas, como é o caso do socialismo, e há exemplos significativos de empresas estatais no capitalismo contemporâneo, que podem culminar com a intervenção em regime de monopólio por parte do Estado, com absorção de consideráveis setores da produção pela empresa monopolista estatal. A

existência de uma economia de mercado é crível em outros sistemas - como é exemplo o mercantilismo, e há a possibilidade de um socialismo de mercado. O mito do mercado, tão caro ao capitalismo, perdeu muito da carga inicial - *deixai fazer, deixai passar* - no capitalismo contemporâneo, notadamente no corrente século XX, com uma maior ação estatal na condução da economia.

Em complementação ao conceito de sistema, Lajugie aponta que um regime econômico é “o conjunto de regras legais que, no seio de um sistema econômico, regem as atividades econômicas dos homens, isto é, seus atos e ações em matéria de produção e troca.”<sup>8</sup> Um sistema econômico pode reunir diferentes regimes econômicos, ou seja, o capitalismo pode reunir, historicamente, regras dissemelhantes sobre as relações de propriedade (limitações sobre a propriedade, desmaterialização da propriedade). A liberdade econômica cristalizada na relação empregado x empregador pode ser relativizada, como aconteceu ao emprestar tratamento jurídico diferenciado às relações de trabalho, e não só esta como outras relações entre as pessoas dentro do sistema: liberdade econômica ou restrições para a escolha da atividade, para o exercício da atividade.

Para Vital Moreira a melhor definição de um sistema deverá ser buscada na aproximação com o conceito de forma do sistema<sup>9</sup>: as formas de um sistema econômico são as manifestações do mesmo. Aqui, mais do que nunca, deve-se prestar a devida atenção às formas de coordenação de um modo de produção. O capitalismo, sistema econômico, integra-se à estrutura social de diferentes formas:

---

<sup>8</sup> . LAJUGIE, Joseph. Op. cit, p. 8.

<sup>9</sup> . LAJUGIE, Joseph, Op. cit. p. 55-59 e MOREIRA, Vital. Op. cit, p. 35-38.

a) Houve, nos séculos XVIII e XIX, um capitalismo concorrencial, dos pequenos empreendedores. O Estado não devia imiscuir-se na ordem econômica já que esta, naturalmente, de forma racional, equilibrava-se na livre concorrência, na livre iniciativa <sup>10</sup>.

b) A partir da segunda metade do século XIX o capitalismo assumiu nítido caráter monopolista, havendo uma assistemática ação do Estado, tímida, no campo econômico. O pequeno empreendedor deu vez à grande empresa, com a participação do capital financeiro, aguçando a concentração monopolista. A hegemonia burguesa foi vulnerada pelos movimentos operários <sup>11</sup>.

c) Com o final da Primeira Grande Guerra o Estado invadiu, por necessidade do capitalismo, o campo do econômico que lhe era vedado. Surgiu o Estado Econômico (que depois da Segunda Guerra tornou-se o Estado Econômico com Fins Sociais) que se armou de quadro institucional adequado para se tornar o maior consumidor, o maior produtor na economia. Houve uma politização do econômico. A convivência, com apagamento de um nítido demarcador de fronteiras, entre a economia privada e a pública, a iniciativa privada e o planejamento estatal, o lucro e a satisfação das necessidades sociais, tornou-se praxe <sup>12</sup>.

d) A partir dos anos setenta do nosso século assistimos ao ocaso do Estado econômico. O Estado do bem estar social sofre profundas rachaduras em sua estrutura; as transformações patrocinadas pela informática facilitam o intercâmbio e celeridade nas trocas financeiras internacionais; há esgotamento na experiência dos socialismos reais. O Estado continua a atuar no campo econômico, só que de forma qualitativamente diferente: como agente financeiro - com títulos financeiros, manipulando moedas, atraindo investimentos; diminuindo os gastos sociais; patrocinando a *desregulação* de campos onde o capital intenta

---

<sup>10</sup>. MOREIRA, Vital. Op. cit, p. 38-45.

<sup>11</sup>. Ibid, p. 47-52.

<sup>12</sup>. Ibid, p. 53-54.

lucros. A transnacionalização e globalização trocam a racionalidade política por uma racionalidade econômica, onde o Estado procura a coabitação com os grandes conglomerados transnacionais.

Eros Grau <sup>13</sup>, citando Avelã Nunes e A. L. de Souza Franco, realiza a distinção entre sistema econômico e regime econômico:

a) Um sistema econômico é um conjunto de instituições jurídicas e sociais que realiza determinado modo de produção, permite identificar a repartição do produto econômico. São as relações sociais de produção que permitem a identificação de um ou outro sistema econômico.

b) O sistema econômico, parafraseando Grau, é afetado por um regime econômico, ou seja, a particular relação que o poder terá com a realidade econômica: interferência ou não do Estado, livre mercado ou economia mista. <sup>14</sup>

Sendo assim, a existência de um sistema econômico deve ser avaliada concomitantemente com sua dinâmica penetração na estrutura social <sup>15</sup>, podendo variar bastante. Acima vimos, em reduzidos quatro tópicos, que o sistema capitalista assumiu formas econômicas diferenciadas, partindo desde a rígida separação entre Estado e economia, com valorização do mercado e livre concorrência, à ação estatal intensa com relativização do mercado, da propriedade, interferência nas relações de trabalho.

Por fim devemos lembrar que um sistema econômico é dominante mas jamais é único <sup>16</sup>. Convivem no capitalismo produtores que são proprietários de seus meios de produção, não vendendo a mão de obra ao não produtor (capitalista) - organizados em forma

<sup>13</sup>. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 88 - interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 83.

<sup>14</sup>. Finalmente, completa Grau, *modelo econômico é o modo peculiar assumido pela ordem econômica afetada por um regime econômico*. Op. cit, p. 213.

<sup>15</sup>. MOREIRA, Vital. Op. cit, p 21.

<sup>16</sup>. Ibid, p. 33-34.

cooperativa -, bem como resquícios do sistema feudal, especialmente em zonas agrárias marginais. Um sistema econômico não se afirma incontestemente e exclusivamente, como se o peso de instituições passadas e futuras não se fizesse sentir em seu seio. <sup>17</sup>

1.2.1. A existência de um setor da produção entregue ao Estado, sob os auspícios de uma empresa estatal, em regime de monopólio, é uma das nuances do capitalismo do século XX. Não configura a substituição do sistema capitalista por um sistema socialista mas uma forma-regime de capitalismo, em que áreas da produção são assumidas pelo Estado para o melhor andamento do sistema. Convive o capitalismo com um regime econômico em que a intervenção estatal procura assegurar, por meio de monopólios de atividades-chaves, o funcionamento sistêmico global. Este funcionamento pode requerer correções e incrementos motivado tanto por fatores intra-sistêmicos - é preferível o monopólio estatal ao monopólio privado -, como por fatores externos que ameacem rompê-lo - o monopólio estatal consegue atender melhor às demandas da sociedade sem as máculas do livre jogo do capital.

1.2.2. É de bom alvitre lembrar que a caracterização dos monopólios desenvolvida pretende atingir sua natureza jurídica, no plano constitucional. Devemos atentar, por sua vez, que estamos trabalhando com um conceito extra-jurídico, apropriado ao mundo fático, pelo jurista, relacionando-o à sua base conceitual dogmática. Precisamente a economia é a fornecedora do conceito-chave que ora utilizamos.

Para Samuelson a palavra monopólio tem origem grega (*monos* = único, *polist* = vendedor) e serve para designar a situação de concorrência imperfeita, em que a oferta de um só produtor pode afetar o preço de mercado do produto. No monopólio (perfeito) há um só

---

<sup>17</sup>. LAJUGIE, Joseph. Op. cit. p. 11-12.



vendedor de um produto e não há fácil sucedâneo do mesmo produto. Em verdade, segundo o mesmo autor, é difícil aceitar a existência de monopólios puros, é mais uma peça teórica, mesmo os monopólios públicos puros são pouco usuais (como ao final concluiremos) <sup>18</sup>. A situação de concorrência imperfeita que mais comumente presenciemos é a de oligopólios, onde poucos vendedores também exercem considerável grau de controle sobre os preços de mercado de um (ou alguns) produtos <sup>19</sup>. Os monopólios são formas de organização do mercado do sistema capitalista. Constitui forma estranha ao pensamento da economia liberal clássica que acreditava no total equilíbrio da oferta e procura - equilíbrio total do mercado <sup>20</sup>. Pode-se afirmar, também, a existência de monopólios naturais. É a situação em que uma só empresa é o tamanho ótimo para atender o mercado. Neste caso a demanda é suficiente para ser atendida por uma só empresa. Caso contrário, os custos seriam elevados para duas (ou mais) empresas que comecem a explorar a atividade - normalmente em função dos elevados custos de infra-estrutura <sup>21</sup>.

Para Hely Lopes Meirelles o monopólio estatal "é a reserva para o setor público de determinado setor do domínio econômico." <sup>22</sup> Complementa dizendo que o monopólio é a detenção exclusiva de bem ou atividade pelo setor público, excluindo concorrência e impondo o (os) preço(s) <sup>23</sup>. Parafraseando Marcelo Caetano, Pinto Ferreira acresce que o monopólio estatal inclui a proibição dos particulares exercerem, ainda que para a auto-satisfação de necessidades, as atividades definidas como tal <sup>24</sup>.

---

<sup>18</sup>. SAMUELSON, Paul. *Introdução à análise econômica*. Rio de Janeiro: MEC-AGIR, 1977. p. 709-710.

<sup>19</sup>. *Ibid.*, p. 711-712.

<sup>20</sup>. SANDRONI, Paulo (org.). *Dicionário de economia*. 7. ed. São Paulo: Best Seller, 1992. p. 207-208.

<sup>21</sup>. *Ibid.*, p. 208.

<sup>22</sup>. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 8. ed. atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 611-612.

<sup>23</sup>. *Ibid.* p. 612.

<sup>24</sup>. CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. 4. ed. revisada e atualizada. Coimbra: Coimbra, 1956. p. 513-514. FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 6. art. 163 a 192. p. 387.

1.3. O DIREITO DO CAPITALISMO. O sistema econômico capitalista, em suas variantes formas, em seus múltiplos regimes, terá que se estruturar com um Direito que vitalize seu funcionamento sistêmico, proporcionando os elementos que dêem forma aos seus componentes dinâmicos, que cristalize as opções fundamentais da sociedade, que normalize as condutas e expectativas segundo os padrões do possível e consiga traduzir os valores que guiam os grupos humanos em suas relações.

Elencar que o Direito dentro do sistema capitalista deve trazer todas as características do parágrafo acima não permite diferenciá-lo do Direito de qualquer outro sistema. Dizer que o Direito fornece as peças para o funcionamento de um sistema econômico, acabaria por viciar o texto com tautologia, pois desde a primitiva comunidade de economia doméstico-pastoril há formas jurídicas apropriadas para que fluam as atividades econômicas. Em maior ou menor escala, todo o Direito é tradução de opções e valores da sociedade, podendo ser expressão de um mero padrão de normalidade autoritário e excludente como produção representativa dos interesses e aspirações significativos de grupos.

Resta a possibilidade de desconsideração das peculiaridades do Direito do sistema capitalista se se opta por uma perspectiva jusnaturalista que abstrai as flutuantes contradições do Direito Positivo, cede espaço à dimensão a-histórica de um padrão absoluto do Direito, o Direito justo. Mesmo o jusnaturalismo, porém, tem que conviver com a dicotomia Direito Natural x Direito Positivo, aceitando as transformações do Direito concreto de cada sociedade, ainda que esses volúveis direitos sejam iluminados por um plano de normatividade a-temporal e acabado.

Para podermos cingir o Direito capitalista é preciso não olvidar a sua existência dentro de um processo histórico que é pesado - analisado - com as seguintes coordenadas: (a) organização de um determinado sistema econômico, (b) explicitação de uma visão do

sistema econômico que influenciará na apreensão e compreensão do mundo pelos homens, (c) formação e utilização de uma contérmina máquina institucional (que coloca em funcionamento o sistema e as expectativas e interesses adjacentes ao mesmo).

1.3.1. Marx, ao colocar que sobre a base econômica (ou infra-estrutura) ergue-se a super-estrutura jurídica e política, permite considerar o Direito inserido dentro do modo de produção da vida material. Segundo o filósofo alemão, a realidade social determina a consciência social do homem. O vínculo entre o Direito e a economia é a relação entre as relações de produção que formam a base econômica - real - e uma forma de consciência social do homem - no caso o Direito <sup>25</sup>. A ligação entre a base ou infra-estrutura e a super-estrutura não conduz à trocas mecânicas, como se o Direito fosse um reflexo congelado das relações de produção. A compreensão da relação entre a infra e super-estrutura deve ser feita desde uma perspectiva dialética, como bem apontou Antonio Gramsci. Hugues Portelli, analisando o pensamento gramsciano, demonstra que não se deve colocar a discussão sobre a infra e super-estrutura em planos estanques, mas sim vislumbrando sua convivência dialética e orgânica. Sobre a base das relações de produção afirma-se o Direito, não estático e sim dinâmico, tornando-se o motor das atividades do homem. A estrutura, as relações de produção, deixam de ser determinantes incontestes do Direito para servirem como instrumento do mesmo Direito que resolve e traduz as contradições surgidas na base. <sup>26</sup>

---

<sup>25</sup>. MARX, Karl. *Marx. Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos*. Seleção de textos de José Arthur Gianotti. Tradução de José Carlos Bruni et al. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 127-132.

<sup>26</sup>. PORTELLI, Hugues. *Gramsci e o bloco histórico*. Tradução de Angelina Peralva. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990. p. 55-56.

1.3.2. Na obra de Roberto Lyra Filho, o fenômeno Direito alcança uma representação abrangente e didática, possibilitando uma leitura crítica e pungente - visão dialética do Direito. Para o jurista de *O que é Direito*, a síntese do fenômeno jurídico é resultante do processo histórico-social, de uma visão dialética que abandona tanto cristalizações metafísicas como esquemas reducionistas (reduzir o Direito à lei, tão acidamente por ele criticado). Compreende-se o Direito:

a) Se levamos em consideração que este se determina pelos modos de produção coexistentes no mundo (pela infra-estrutura internacional), pelos conflitos entre os povos sub-desenvolvidos e desenvolvidos, por uma super-estrutura internacional <sup>27</sup>.

b) Se atentamos que cada sociedade estabelece um modo de produção que serve de base ao seu Direito <sup>28</sup>.

c) Ao visualizarmos que a super-estrutura de cada sociedade apresenta dualidade de eixos e que o Direito é fenômeno que aparece tanto em um eixo representativo da cultura dominante como em um eixo da cultura dominada. O Direito não é jamais estático pois o que é considerado o jurídico, por excelência, da classe dominante, poderá não o ser mais com as transformações da sociedade <sup>29</sup>.

1.3.3. A compreensão do Direito do capitalismo deve levar em consideração o surgimento e afirmação de uma nova classe social - a burguesia, que segundo Wolkmer, faz com que seus múltiplos interesses atravessem todos os campos do agir humano: economia, política, religião <sup>30</sup>. A forma e exemplo de um padrão cultural capitalista burguês são

---

<sup>27</sup> . LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. São Paulo: Nova Cultural - Brasiliense, 1985. p. 100

<sup>28</sup> . *Ibid*, p. 101.

<sup>29</sup> . *Ibid*, p. 101-102.

<sup>30</sup> . WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico. Fundamentos de uma nova cultura do Direito*. São Paulo: Alfa Ômega, 1994. p. 30.

revelados pelo liberalismo, “expressão de uma ética individualista voltada basicamente para a noção de liberdade total que está presente em todos os aspectos da realidade, desde o filosófico até o social, o econômico, o político, o religioso etc.”<sup>31</sup> No plano institucional o liberalismo-burguês molda o moderno Estado, soberano, secularizado, detentor do monopólio de produção jurídica.<sup>32</sup> Nas palavras de Wolkmer, é necessário agrupar os vários elementos para entender o padrão de juridicidade do capitalismo, compreender o significado do capitalismo como sistema econômico, entender os interesses dos novos atores hegemônicos - a burguesia -, entender o marco cultural por ela projetado - o liberalismo -, e, por último, entender o plano institucional, disposto nos modernos Estados nacionais<sup>33</sup>.

1.3.4. Max Weber salienta que os valores da previsibilidade e do cálculo são produtos das classes que querem ver um Direito adequado aos interesses do mercado. Uma *racionalização formal* do Direito permite que, a partir de normas abstratas, a partir de regras formais estáveis, livres de fundamentos materiais-sentimentais, as relações de mercado ganhem a previsibilidade e a calculabilidade que lhe são interessantes. O Direito do capitalismo integraria, em seu âmago, os valores acima referidos<sup>34</sup>.

1.3.5. A peculiaridade do Direito do modo de produção capitalista, nas palavras de Nicos Poulantzas, é que este “forma um *sistema axiomatizado*, composto de conjunto de *normas abstratas, gerais e estritamente regulamentadas*”.<sup>35</sup> A particularidade do Direito

---

<sup>31</sup>. Ibid, p. 33.

<sup>32</sup>. Ibid, p. 35.

<sup>33</sup>. Ibid, p. 23 - 40.

<sup>34</sup>. WEBER, Max. *Economia y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. 6. reimpression, Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1983. p. 603-608.

<sup>35</sup>. POULANTZAS, Nicos. *O Estado, O Poder, O Socialismo*. Tradução de Rita Lima. 3. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1990. p. 97.

capitalista reside na divisão social do trabalho e nas relações de produção. A função do Direito no imaginário do capitalismo é promover a coesão de sujeitos que não são possuidores dos meios de produção; toda a violência legítima, no sistema capitalista, está deslocada para fora do espaço das relações de produção e situada no espaço estatal. Para Poulantzas o Direito consegue realizar esse deslocamento da violência, encarnada no Estado, promovendo uma *neutralização* do palco das relações de produção. A função da norma abstrata e geral é promover uma homogeneização dos sujeitos, tomando esses sujeitos como indivíduos - *isolados* -; sob o manto unificador da idéia de um Estado Nacional e de um Direito único. Os antigos elos políticos e territoriais do sistema feudal, de um sistema de castas, formavam uma ponte entre o político e o econômico. No Direito do capitalismo a individualização e o deslocamento da violência legítima quebram esses elos do passado pré-capitalista: o indivíduo tomado de forma *isolada* não está cerrado no sistema de castas, o econômico e o político são tomados como planos separados <sup>36</sup>.

A legalidade, já que a lei ocupa um ponto de destaque no universo de sujeitos desligados dos vínculos de casta e território feudais, torna-se sinônimo de legitimidade, uma legitimidade vazia de conteúdo mas mantenedora da coesão e unidade de indivíduos *insulados* <sup>37</sup>.

A divisão social entre o trabalho intelectual e o trabalho manual explica a razão de ser de um Direito que depende de juristas especializados, os conhecedores do mister jurídico. A dogmática jurídica acentua a divisão entre os detentores do poder intelectual e o trabalhador

---

<sup>36</sup>. Ibid, p. 98-99.

<sup>37</sup>. Ibid, p. 99-100.

braçal. Ninguém pode alegar ignorância da lei ao mesmo tempo que o mais dedicado jurista não tem condições de conhecer todas as leis produzidas em um mês no país <sup>38</sup>.

A previsibilidade, insita ao Direito capitalista, é consequência de sua reprodução ampliada, ou seja, o Direito capitalista aceita, dentro de certos limites, transformações. Por esta razão suas normas são abstratas, gerais, formais e regulamentarizadas. As crises dentro do sistema político encontram no conjunto das leis um amortecedor capaz de agüentar flutuações consideráveis, sem representar um efetivo rompimento com a ordem estabelecida <sup>39</sup>.

1.3.6. Para Eros Roberto Grau as características do Direito do modo de produção capitalista encontram sua explicitação no seguinte:

a) Universalidade abstrata, ou seja, o Direito trata uniformemente os seres que atuam em sua órbita, pessoas e coisas, comportando já no capitalismo moderno uma subdivisão em bens de consumo e bens de produção. A universalidade reflete a universalidade da troca mercantil, em que tudo é "coisificado" <sup>40</sup>.

b) Igualdade perante a lei, que "é uma consequência da necessidade de os trabalhadores obterem seu sustento mediante o intercâmbio entre o preço de sua força de trabalho e o conjunto de bens socialmente produzidos; (...) presta-se a permitir o acesso dos trabalhadores ao fundo social de bens produzidos livremente, em condições de igualdade, através do intercâmbio de sua força de trabalho" <sup>41</sup>.

<sup>38</sup>. Ibid, p. 101. A mesma crítica é tecida por Eros Roberto Grau às páginas 35 e 36 do seu "A ordem econômica na Constituição de 1988..." acima citado.

<sup>39</sup>. POULANTZAS, Nicos. Op. cit. p. 103.

<sup>40</sup>. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. Op. cit. p. 21-23.

<sup>41</sup>. Ibid, p. 21-22.

c) A legalidade é um dos sustentáculos do modo de produção capitalista, ao garantir a defesa do proprietário contra ingerências do não proprietário, ao mesmo tempo, contraditoriamente, é garantia contra o arbítrio e autoritarismo. O Estado burguês tem como finalidade acentuada a tutela da propriedade e do comércio jurídico, sendo notável que o Direito Privado, ao ser propositalmente colocado na esfera do privado, pretende-se apolítico, ocultando a sua função de controle social <sup>42</sup>.

d) O Direito do capitalismo é racional, apresentando previsibilidade e calculabilidade, culminando por transformar a norma jurídica, sancionada, no ponto focal das atenções dos juristas <sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup>. Ibid, p. 23.

<sup>43</sup>, Ibid, p. 24.



## CAPÍTULO 2. DELINEAMENTOS HISTÓRICOS.

A compreensão do Direito do capitalismo dentro de um processo histórico, determinado pelas transformações da sociedade, procura lograr duplo êxito:

a) é compreensão das transformações do capitalismo, sempre correspondidas por uma transformação do Direito e do Estado;

b) é compreensão dialética das relações entre infra e superestrutura, capaz de captar a riqueza de um processo histórico em que o Direito é a resultante das lutas da sociedade, capazes de alterar a integração de um sistema econômico com a realidade em suas variadas formas-regimes.

2.1. GÊNESE DO CAPITALISMO. De uma maneira geral podemos afirmar que o capitalismo surgiu com o desmoronar da ordem feudal e do mercantilismo, substituiu uma economia artesanal por uma economia de mercado industrial, contrastou com a ordem corporativa-estamental ao lançar os alicerces da sociedade sob o axioma da igualdade formal dos homens. A grande acumulação de capitais ocorrida na Idade Moderna com a expansão marítima europeia, cumulada com o progresso do maquinário, permitiu a explosão do capitalismo no final do século XVIII<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup>. Conforme: GALBRAITH, John Kenneth. *A era da incerteza*. São Paulo: Pioneira, Brasília: Unb, 1979. p. 2-3. GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo: Atlas, 1979, p. 6-7. LAJUGIE, Joseph. Op. cit. p. 43-53. MOREIRA, Vital. Op. cit. p. 30-31 e p. 38-42.

No plano teórico, os dogmas do sistema capitalista - gestados no século XVIII - podem ser assim resumidos: liberdade de empresa, liberdade de concorrência, liberdade individual. Acreditava-se na organização racional da sociedade, baseada nas probabilidades ilimitadas de criação e trabalho do indivíduo, que acabaria, sempre, encontrando um ponto de equilíbrio <sup>45</sup>. Um traço marcante das teorizações da época é a assertiva que o Estado compromete as liberdades fundamentais do sistema capitalista. O Estado pode oferecer entraves à livre expansão do comércio e das possibilidades empreendedoras individuais.

Contextualizando com o Direito da época, vemos que há afinidade entre o discurso de da economia clássica e as teorizações sobre o Direito e o Estado. A partir do fim da Idade Média o Direito começa a ser pensado como algo a *serviço do indivíduo*, um instrumento a ser utilizado pelos indivíduos. O Estado é visto como instrumento de utilidade, para servir na garantia dos Direitos dos indivíduos trazidos do *Status Naturalis* <sup>46</sup>.

Há uma ascendência dos valores individuais e comunitários sobre os valores coletivos e gerais. A consagração da dualidade Estado x indivíduo era o desdobramento de uma separação entre o político e o econômico. Tendo como verdade que a arena econômica era ocupada por livres empreendedores, o Estado abstinha-se de ingerências nesta área <sup>47</sup>. O constitucionalismo moldava-se em bases de um individualismo formalista, de restrições às ações estatais na economia. Era então inconcebível que o plano normativo constitucional incluísse normas de ação estatal sobre a economia. Dentro da dicotomia político x econômico a ação estatal nas atividades econômicas era ruínosa. Acreditava-se que os

---

<sup>45</sup>. Conforme: CARVALHOSA, Modesto. *Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 61-64 e p. 70-73. GALBRAITH, John Kenneth. Op. cit., p. 3-14. MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 38-43. VASCONCELOS, Wilson Accioli de. A intervenção do Estado no domínio econômico. *Revista de informação legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 1, nº 4, p. 60-61, dez. 1964.

<sup>46</sup>. As instituições são pensadas a partir de sua utilidade - a manutenção da ordem e segurança como tarefas do Estado - que não pode modelar o homem e a sociedade (que naturalmente alcançam seu equilíbrio).

<sup>47</sup>. Conforme: CARVALHOSA, Modesto. Op. cit., p. 61. MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 41-42. VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito - definições e fins do Direito*. São Paulo: Atlas, 1979. v. I p.

monopólios (de fato) não existiriam em situações de perfeito equilíbrio do mercado. Os monopólios estatais eram vistos como desvirtuamento do mercado, algo típico do passado mercantilista estamental que devia ser superado.

2.2. O CAPITALISMO MONOPOLISTA. A expressão capitalismo monopolista quer designar a forma-regime em que as economias do sistema foram marcadas por grandes concentrações empresariais. Seguia estranho ao plano constitucional o discurso da repressão ao monopólio privado e da formação do monopólio estatal. A ingerência do Estado nas atividades econômicas continuava sendo uma heresia aos ditames do liberalismo. Todavia, a distância entre o modelo teórico e a realidade do capitalismo foi deixando suas marcas no século XIX <sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup>. Assim, podemos apontar as seguintes inconsistências entre o modelo teórico e a realidade do capitalismo do século XIX:

a) Segundo o modelo, o equilíbrio natural do sistema seria conseguido por uma livre combinação dos fatores produtivos, de acordo com cálculo de conveniência dos produtores.

b) A situação hipotética do modelo supunha um número indefinido de participantes no processo de produção, cada participante dono de seu produto, de seu capital, de seu trabalho. Nestas condições seria impossível qualquer foco concentrador de poder econômico, vez que nenhum produtor conseguiria individualmente macular as leis de oferta e procura.

c) A organização social assentada sobre a propriedade privada dos meios de produção não trazia em seus cálculos a possibilidade da propriedade, ela mesma, tornar-se um poder, não simplesmente o poder sobre uma coisa mas sobre pessoas.

d) O jogo dos interesses privados do modelo teórico do capitalismo devia ser desenvolvido na mais absoluta transparência dos mercados. O século XIX foi pródigo em exemplos de fraudes, embustes, golpes, violências praticadas pelo jogo do capitalismo. O trecho retirado da obra de John K. Galbraith sobre a expansão das ferrovias nos EUA é bastante ilustrativo:

“As ferrovias foram construídas. Muita gente honesta se empenhou a fundo em sua construção e funcionamento; isso não deveria ser esquecido. Mas o negócio também atraiu uma porção de malandros e vigaristas. Estes se tornaram muito mais conhecidos e talvez tenham sido os mais bem sucedidos em se enriquecer. A seleção natural de Spencer funcionava maravilhosamente em favor de canalhas e biltres de toda espécie. Às vezes até punha à prova uma casta de velhacos em relação a outra.

A ferrovia propiciava uma interessante opção entre dois tipos de furto - roubo aos usuários e roubo aos acionistas.

(...)

Muitos dos acionistas eram ingleses, e nenhum deles recebeu dividendo algum. Tudo isto, além do fato de que os homens que trabalhavam na estrada muitas vezes ficavam ser receber o ordenado.

(...)

Por outro lado, os homens que lesaram os seus clientes ou usuários de seus produtos ou serviços saíram-se muito melhor junto ao público, e suas respectivas famílias conseguiram alta distinção social. Isso se aplica a Vanderbilt. Foi o que aconteceu também em outros setores de atividade, onde encontramos os nomes de

Ao longo do século XIX houve grande acumulação, substituição da pequena empresa individual por grandes empresas - normalmente associadas ao capital financeiro. O estado de concentração violentava a lógica da livre concorrência e levava os grandes grupos empresariais a situação de privilégio: dispunham de melhores condições para incluir os progressos técnicos sufocando outras empresas, acabavam por impedir a mobilidade das forças produtivas - a era da concorrência imperfeita. Falar em monopólios no século XIX era falar de monopólios privados.

2.2.1. Os anos oitocentos, sobretudo na sua metade final, são marcados pelo repercutir de uma visão de mundo menos centrada no indivíduo e mais preocupada com o coletivo - o historicismo, o positivismo e o marxismo. O coletivismo permitiu a conciliação de valores que possibilitaram a ação do *Estado a serviço da coletividade*, com desdobramentos no Direito e na política <sup>49</sup>.

Na metade final do século XIX, há o início de algumas ações do Estado na atividade econômica, não ousando uma ruptura com o sistema capitalista. Forneceu-lhe, isto sim, peças para um melhor funcionamento: o protecionismo às empresas nacionais, investimentos em serviços públicos, o colonialismo <sup>50</sup>. Em resumo: não deixava de ser o Estado a serviço do grande capital, servo dos monopólios privados.

---

Rockefeller, Carnegie, Morgan, Guggenheim, Mellon, que fizeram fortuna produzindo a baixo custo, suprimindo a concorrência e vendendo caro". Op. cit., p. 41-46

<sup>49</sup>. Embora seja voz dissidente do sistema, não se deve colocar as propostas de Marx à margem do processo de transformação do século XIX - o coletivismo. Algumas teses esposadas por Marx no *Manifesto Comunista* conduzirão a preocupação com o coletivo e um ataque aos pontos de inconsistência do capitalismo: expropriação da propriedade privada das terras, banco nacional que monopolize as operações bancárias, estatização das ferrovias e dos meios de comunicação, estatização da indústria. ENGELS, Friedrich, MARX, Karl. *Manifesto do Partido Comunista*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 87. A idéia foi extraída de: GALBRAITH, John Kenneth. Op. cit., p. 87-88

<sup>50</sup>. A partir dos anos cinquenta do século XIX há um maciço investimento no transporte hidro e ferroviário, em grande medida com aplicação dos recursos públicos. Houve a construção dos grandes canais - Suez, Panamá - e no Brasil a expansão das ferrovias no reinado de D. Pedro II.

A passagem do século XIX ao século XX realça medidas para uma ação estatal de enfoque publicístico. As tímidas medidas de correção dos mercados de enfoque privatístico - com a consagração do papel do Estado de criador de preceitos jurídicos para as entidades econômicas comporem seus conflitos (os instrumentos processuais de defesa do pequeno comerciante frente à concorrência desleal) -, na primeira década do presente século são substituídas por normas jurídicas que impõem disciplina de Direito público às atividades econômicas <sup>51</sup>.

2.3. O IMPACTO DA PRIMEIRA GUERRA. A Primeira Guerra Mundial é assinalada como o estertorar do capitalismo monopolista. É o divisor de águas entre a ortodoxia e os instrumentos clássicos do liberalismo econômico e uma nova confrontação com a realidade marcada por dificuldades preocupantes para o capitalismo.

A Primeira Guerra Mundial trouxe consigo o emprego de artefatos bélicos que exigiam para seu desenvolvimento e produção grande quantidade de recursos, absorção de esforços esta que carecia de uma correta articulação das economias nacionais com vistas ao bom desempenho da máquina de guerra. Pela primeira vez ficou claro que vencer a guerra englobava uma coerente e racional administração dos recursos, dirigir a economia com a mão visível do Estado e não deixar a livre direção do processo ao mercado <sup>52</sup>. A experiência da guerra moldou o *dirigismo coativo*, de legislação econômica voltada às exigências do conflito <sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup>. CARVALHOSA, Modesto. Op. cit., p. 87 e 112-113.

<sup>52</sup>. Para Eric Hobsbawm as guerras do século XX envolveram, pela primeira vez, toda a sociedade, uma mobilização maciça de recursos e homens em direção à *guerra total*. HOBSEAWM, Eric. *Era dos Extremos. O breve século XX - 1914 - 1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 51-55.

<sup>53</sup>. Suas características: proteção do sistema monetário, tabelamento de preços, concessão de moratórias, sistema de quotas de matérias-primas, racionamento de bens, empréstimos compulsórios. CARVALHOSA, Modesto. Op. cit., p. 116-123. Depois de 1914 a superação da ortodoxia do liberalismo contava com armas teóricas, técnicas apuradas de economia que haviam sido gestadas ao longo do século XIX e início do século XX, tornando possível

O modelo de Constituição do liberalismo foi superado pelas emblemáticas constituições do México, em 17, da Alemanha, em 19, e da URSS, em 22. O constitucionalismo enfrentava uma dimensão normativa inédita, qual seja, a juridicização de matérias sobre a ordem econômica - a ordem jurídico-normativa da ação estatal na economia.

2.4. O ESTADO ECONÔMICO COM FINS SOCIAIS. A depressão que marcou os anos 30 fez vingar a ação racional do Estado na economia capitalista. Era o Estado capaz de coordenar as atividades econômicas, planejando-as, suprimindo suas carências estruturais, atendendo as necessidades sociais, intervindo em segmentos específicos e promovendo o bem-estar nacional <sup>54</sup>. É a consagração do *dirigismo racional* que, segundo Carvalho, concilia a iniciativa privada com a ação estatal na economia - é a formatação do *Estado Econômico com Fins Sociais* <sup>55</sup> -, preocupado com o bem-estar da população, com a

---

a ação do Estado com vistas à direção racional da economia, é a passagem da *Economia Política* à *Política Econômica*. GRAU, Eros Roberto. *Elementos...* Op. cit., p. 18.

<sup>54</sup>. Depois da Segunda Guerra Mundial a ação estatal no domínio econômico não comportou margens para maiores discussões, não se tratava mais de uma faculdade, de uma conveniência, figurava como um imperativo do capitalismo, mesmo porque as experiências do leste europeu - o socialismo real, impressionaram o ocidente, as economias da região cresceram a taxas mais elevadas que as capitalistas na década de cinquenta. Para Easterly e Fischer o crescimento soviético na década de 50 foi muito bom, superior aos países capitalistas, e decepcionante a partir da década de 60. Os autores apontam que embora o mundo soviético tenha crescido, de 60 a 89, seu produto *per capita* em 2,4%, esta taxa é decepcionante haja vista que a URSS promoveu o maior investimento conhecido do período. Ou seja, foi um investimento altíssimo com um retorno fraco, o que permite dizer que a URSS teve um dos piores desempenhos econômicos do globo.

Crescimento residual não explicado por investimentos, aumento populacional, renda inicial e crescimento médio da produtividade mundial na URSS:

anos 50	2,5 %
anos 60	- 0,8%
anos 70	- 1,4%
anos 80	- 2,3%

EASTERLY, William, STANLEY, Fischer. Lições do colapso soviético. *Finanças e desenvolvimento*, Rio de Janeiro: Getúlio Vargas, Fundo Monetário Internacional e Banco Mundial, v. 14, n° 4, p. 2-5, dez. 1994.

<sup>55</sup>. A expressão Estado Econômico com fins Sociais não é acabada, sujeitando-se à série de contestações quanto ao seu alcance. A utilizamos no quadro de idéias de Modesto Carvalho por conveniência. Como circunlóquios podemos apontar: (a) Estado Econômico - Vital Moreira, (b) Estado Social, R. A. Amaral Vieira, (c) Estado implementador de políticas públicas ou Estado de Bem-Estar, Eros Roberto Grau.

promoção do desenvolvimento, acumulando toda a experiência bem sucedida dos anos 30 e da Segunda Guerra <sup>56</sup>.

O rompimento com os marcos do liberalismo impôs à teoria jurídica a reconsideração de alguns postulados básicos do direito capitalista. A legislação de cunho econômico arroteava a dicotomia entre o público e o privado, politizava a esfera da econômico. A atividade econômica passou a ser regulada por um conjunto de normas jurídicas e não por livres condicionamentos do mercado. As constituições elaboradas a partir da década de 20 não deixaram de contemplar em seu corpo normas referentes ao domínio econômico - ordem econômica, e traziam a marca de sociedades plurais, divididas em conflitos classistas, que acabavam refletidos nas normas constitucionais - ordem social. As modalidades de ação estatal sobre a economia podem ser divididas da seguinte maneira:

a) De um lado as primeiras manifestações de dirigismo racional dos Estados capitalistas. Superador do modelo do liberalismo clássico, aliando a iniciativa privada com a ação estatal. Representa uma reforma e não ruptura com o capitalismo. Foi marcante nos anos 30 <sup>57</sup>.

b) A organização econômica fascista, do dirigismo indiretamente coativo, de negação ao liberalismo clássico, aliando uma concepção de sociedade corporativa e direção

---

Para R. A. Amaral Vieira o Estado Social pode, inclusive, apresentar-se em regimes políticos antagônicos, não se enquadrando na distinção que adotamos no texto.

VEIRA, R.A. Amaral. O intervencionismo brasileiro: raízes históricas e perspectivas (ou é o estatismo um determinismo?). *Revista de informação legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano XI, n.º 42, p. 303, abr.-jun. 74.

A expressão dirigismo é rechaçada por Miguel Reale e Tércio Sampaio Ferraz Jr. Para os autores só encontramos o intervencionismo - estatal-, em defesa do mercado, no sistema capitalista. O melhor detalhamento de intervenção e dirigismo é encontrado no capítulo 5 do presente trabalho. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A economia e o controle do Estado. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 4 jun. 1989. p. 50. REALE, Miguel. Intervenção do Estado na atividade econômica, *O Estado de São Paulo*, , 4 jun. 1989. p. 9.

<sup>56</sup>. CARVALHOSA, Modesto. Op. cit., p. 144-149 e 158-163.

<sup>57</sup>. CARVALHOSA, Modesto. Op. cit., p. 144-145.

econômica estatal e para-estatal. Entrou em colapso com a queda das potências nazifascistas restando casos isolados no pós-guerra <sup>58</sup>.

c) O dirigismo coativo do socialismo real, das economias planejadas <sup>59</sup>. As normas da ordem econômica e social revestem-se da maior importância no corpo constitucional desses países, representando a negação do espírito clássico do liberalismo e do capitalismo e a conquista da sociedade socialista pelos trabalhadores. A associação entre a direção coativa dos períodos de guerra e a posterior coordenação da atividade econômica nos países do socialismo real é inegável <sup>60</sup>.

d) O dirigismo racional dos Estados Econômicos com fins Sociais, generalizados após a Segunda Guerra, na busca do desenvolvimento, bem-estar e integração econômica da coletividade, dentro do sistema capitalista: (d.1) Estado Econômico com Fins Sociais - Social Democrático. Próprio aos países industrializados ou em industrialização, que buscam a manutenção e elevação dos padrões de bem-estar e desenvolvimento já alcançados.(d.2) Estado Econômico com Fins Sociais - Autoritário Social. Próprio aos países em desenvolvimento que almejam o atingimento dos padrões de desenvolvimento e bem-estar das economias capitalistas desenvolvidas <sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup>. Ibid., p. 122-123.

<sup>59</sup>. Aqui cumpre realizar importante distinção: o planejamento é peça integrante do dirigismo racional, procurando dar uma direção racional à economia, própria ao Estado Social. Indica as prioridades de alocação de recursos pelo Estado e indica as ações preferenciais a serem seguidas pelos agentes privados. A planificação é a essência das economias do socialismo real, onde o Estado tem em seu poder todos os meios de produção, não há o planejamento como instrumento de direção racional da economia - indicativo de ações à iniciativa privada, se o Estado detem em suas mãos todos os meios de produção. O planejamento é instrumento do mercado; a planificação é a supressão do mercado. Conforme: GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica...* Op. cit., p. 282-283. Na CRFB, art. 174: "Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado".

<sup>60</sup>. CARVALHOSA, Modesto. Op. cit., p. 123.

<sup>61</sup>. Ibid., p. 161-164. No mundo subdesenvolvido o constitucionalismo político-social acabou amputando da ordem jurídica as garantias fundamentais do cidadão. Apresentam-se incompatíveis as garantias do cidadão e sociedade frente à razão (econômica) do Estado. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 26.



2.4.1. Nas décadas de 50 e 60 o mundo viveu um espetacular desenvolvimento e incremento da qualidade de vida, com reflexos positivos mesmo nos países mais pobres do terceiro mundo <sup>62</sup>. As explicações para tal fenômeno são: a) Restruturação e reforma do capitalismo, abandonando os dogmas do livre mercado e partindo para economias mistas em que o Estado tinha melhores condições de administrar e planejar a modernização da economia <sup>63</sup>. b) Globalização e internacionalização da economia, com larga expansão do comércio de manufaturas e das trocas entre as economias desenvolvidas e os países (agora independentes) produtores de matérias-primas e alimentos <sup>64</sup>.

Há no período a expansão do Estado Econômico com Fins Sociais. Em consequência, vários setores de atividades econômicas passaram a ser considerados serviços públicos - serviços públicos industriais e comerciais. Se a disciplina jurídica dos serviços públicos do Estado Econômico com Fins Sociais pode ser considerada, em síntese apertada, o esgarçamento dos conceitos gestados desde o século XIX, explorados pelo Direito administrativo, algumas modalidades de intervenção estatal traziam a marca do ineditismo. Ocorreu a exploração de atividades econômicas pelo Estado que não eram consideradas serviços públicos. A ação estatal direcionada a sustentação do sistema feita por empresas estatais que, por vezes, competiam com empresas privadas para evitar os abusos do mercado (ou mesmo seu processo de autofagia). A ação podia chegar mesmo à absorção de todo um setor da atividade - muito comum com as nacionalizações dos anos 50 e 60 - e impedimento do exercício deste setor por parte da iniciativa privada - a formação dos monopólios públicos. A disciplina jurídica de tal situação exigiu uma nova percepção da realidade por parte da teoria jurídica, obrigando a revisão da clássica enformação das atividades estatais

---

<sup>62</sup>. HOBSBAWM, Eric. Op. cit., p. 253-254.

<sup>63</sup>. HOBSBAWM, Eric. Op. cit., p. 264.

<sup>64</sup>. Ibid., p. 264-265.

ao Direito público - Direito administrativo. Em função do interesse coletivo (e do sistema) era prudente o monopólio de atividades produtivas pelo Estado e, normalmente, monopolizando para reprimir o monopólio privado.

2.4.2. Há o esgotamento do Estado Econômico com Fins Sociais nos anos setenta de nosso século. A queda dos socialismos reais combinada às falhas do Estado Econômico com Fins Sociais produziu a (re)valorização da ortodoxia do liberalismo - o *neo-liberalismo* dos anos 80. Ilustrador dessa postura, Arnoldo Wald diz que estamos vivendo a *era da desregulação*, com a falência do período keynesiano e a tomada de consciência que a liberdade econômica é condição da liberdade política e a hipertrofia do Estado Econômico com Fins Sociais conduz ao empobrecimento, sem democracia e com o enfraquecimento do Estado de Direito. Os juristas aspiram ao mundo com menos intervenção estatal em que estariam presentes “um novo liberalismo, combinado com o capitalismo social, (...)”<sup>65</sup>.

A conflagração do discurso *neo-liberal* tem como propugnáculo a diminuição do Estado e a *desregulação*, para que a livre iniciativa possa expandir a riqueza<sup>66</sup>. Os ataques frontais deste discurso dirigem-se àquelas estruturas típicas do Estado Econômico com Fins Sociais, inclusive os monopólios estatais. A ineficiência e o autoritarismo representados pelos monopólios podem ser combatidos pela privatização e entrega ao mercado dos setores antes destacados pelo Estado: (a) redução da amplitude dos serviços públicos - por concessões ou por livre exercício das atividades pela iniciativa privada; (b) privatização de empresas estatais; (c) fim dos tabelamentos e controles de preços; (d) supressão de normas

---

<sup>65</sup>. WALD, Arnoldo. Algumas premissas da reforma constitucional: a redução do papel do Estado, o fortalecimento da empresa privada e a limitação do poder monetário. *Revista de informação legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 30, n° 120, p. 111-114, out.-dez. 93.

<sup>66</sup>. FIORI, José Luis. Condenados da terra. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 21 abr., 1995, p. 5.7

relativas às relações de trabalho; (e) supressão de monopólios - com a privatização ou aceitação da participação da iniciativa privada <sup>67</sup>.

2.5 O SISTEMA ECONÔMICO E O BRASIL - ANÁLISE DE CASO. O delineamento histórico do sistema capitalista deve ser corretamente avaliado quando aproximado à realidade brasileira. Bem lembra Washington Peluso Albino de Souza que o intervencionismo estatal do século XX, se novidade para o centro desenvolvido do capitalismo, pode em muito parecer, sob novas vestes, a continuação do Estado despótico que é marca desde o período colonial brasileiro <sup>68</sup>. O Estado apresenta-se como provedor de toda a atividade econômica, um Estado que orienta e protege as atividades. Existe uma cadeia de privilégios, atividades assistidas, com a transformação do Estado num espaço de benesses de grupos e setores. A existência de um capitalismo orientado, tutelado, de

---

<sup>67</sup> Merecem reflexão as palavras de Hobsbawm:

"Para quem olha em retrospecto da década de 1990, salta aos olhos o pessimismo de comentaristas inteligentes (*sobre o difícil período dos anos 20-30*). Economistas capazes e brilhantes viam o futuro do capitalismo, caso ele não fosse mexido, como de estagnação.

(...)

Talvez historiadores, que venham a estudar o período de 1973 até o fim do Breve Século XX, fiquem igualmente impressionados com a persistente relutância das décadas de 1970 e 1980 em considerar a possibilidade de uma depressão geral da economia capitalista mundial.

(...)

Economistas que aconselhavam que se deixasse a economia em paz, governos cujos primeiros instintos, além de proteger o padrão ouro com políticas deflacionárias, era apegar-se à ortodoxia financeira, aos equilíbrios de orçamento e à redução de despesas, visivelmente não tornavam melhor a situação. Na verdade, à medida que continuava a depressão, argumentava-se com considerável vigor, entre outros por J. M. Keynes - que em consequência disso se tornou o mais influente economista dos quarenta anos seguintes -, que tais governos estavam piorando a depressão. Aqueles que entre nós viveram os anos de grande depressão ainda acham impossível compreender como as ortodoxias do puro mercado livre, na época tão completamente desacreditadas, mais uma vez vieram a presidir um período global de depressão em fins da década de 1980 e na de 1990, que, mais uma vez, não puderam entender nem resolver. Mesmo assim, esse estranho fenômeno deve lembrar-nos da grande característica da história que ele exemplifica: a incrível memória curta dos economistas teóricos e práticos". HOBSBAWM, Eric. Op. cit. p. 106-107

<sup>68</sup> . As concessões, de chofre, tornavam-se explorações diretas de sua majestade: As Casas de Escravos, monopólio da pimenta, do fumo, da extração de diamantes. A situação prolongou-se enquanto a Europa enfrentava a revolução industrial e Portugal mantinha-se à margem do processo. SOUZA, Washington Peluso Albino de. Op. cit., p. 333-334.

benesses, é simultânea com uma ordem normativa de modelo liberal ou, mais recente, com normas definidoras de um modelo de dirigismo estatal racional.

Para Raymundo Faoro, o capitalismo no Brasil é a fachada de uma sociedade patrimonialista em que “os recursos econômicos e administrativos (em sentido amplo) *dependam* do poder soberano ou do poder público, que atua por meio de concessões, estímulos, subsídios e autorizações”<sup>69</sup>. Explica que a ordem do liberalismo está estruturada sobre uma racionalidade formal, “na qual impera a igualdade jurídica e a defesa contra o arbítrio, que se traduz no comando por diretivas, se constitui em torno de uma estrutura autônoma - (...) - centrada no mercado livre”<sup>70</sup>. O patrimonialismo, no caso do Brasil, está fundamentado em uma racionalidade material permeada por valores políticos. Embora apresente-se uma fachada de capitalismo, “o patrimonialismo permanece atuante debaixo de uma ordem nominalmente racional-burocrática”<sup>71</sup>. A existência de Cartas como a de 1824 e 1891, fulcradas na rígida orientação do liberalismo, pode ser explicada em parte pelo caráter mimético das elites nacionais, em parte pela sobrevivência de um sistema patrimonialista sob as vestes do liberalismo<sup>72</sup>. Voltando a Raymundo Faoro, pode-se dizer que a intervenção do Estado na economia não é exclusividade de sociedades patrimoniais. O que diferencia a intervenção estatal patrimonialista é que nesta a expressão perde sua amplitude, já que a sociedade nunca ganhou autonomia em relação à autoridade (estatal); só há verdadeira intervenção quando o Estado passa a atuar em áreas que a sociedade antes

---

<sup>69</sup>. FAORO, Raymundo. A aventura liberal numa ordem patrimonialista. *Revista da USP*. São Paulo: USP, nº 17, p. 17, mar.-abr.-mai. 93.

<sup>70</sup>. FAORO, Raymundo. Op. cit., p. 16.

<sup>71</sup>. *Ibid.*, p. 16.

<sup>72</sup>. A defesa apaixonada do Visconde do Cairu pelos ideais do liberalismo, alheio à estrutura escravocrata, serve de ilustração à incongruência do liberalismo econômico e, por consequência, do discurso do liberalismo político cristalizado nas Constituições do século passado, divorciadas da realidade nacional. Para Celso Furtado “a história da política econômica, nos países da América Latina, está marcada pela falta de visão crítica das teorias invocadas. Não se situando corretamente dentro da complexa estrutura do sistema capitalista, muitos dirigentes políticos deslizavam com frequência para o mimetismo doutrinário”. FURTADO, Celso. *Transformação e crise na economia mundial*. Paz e Terra: Rio de Janeiro, 1987. p. 179-180

limitava o poder público e agora, em termos definidos e estreitos, aceita sua ingerência <sup>73</sup>. A inclusão nos textos constitucionais brasileiros do século XX de partes dedicadas à ordem econômica, deve ser compreendida a partir das condicionantes expostas por Faoro.

## 2.6. HISTÓRICO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA NO BRASIL.

Há traços do Brasil colônia que influenciam o presente do país. A colonização portuguesa desdobrou-se a base de um Estado patrimonialista onde a empresa ultramar era um negócio da órbita do rei e de uma aristocracia encastelada ao redor do monarca e de seus empreendimentos. A exploração das riquezas da América, da Ásia e da África não foi levada a cabo por uma classe de mercadores com ganas de autonomia e sim por uma série de *concessionários*, franqueada a sua atividade por graça da corte e em nome desta executada. Havia uma profusão de monopólios privados ou reais <sup>74</sup>.

A expansão mineira do século XVIII acentuou a situação de dependência de Portugal em relação a Inglaterra e foi este o país que melhor aproveitou o ouro das Minas Gerais, beneficiado pela situação de fornecedor unilateral de manufaturas ao reino português <sup>75</sup>. A Metrópole limitava-se a situação parasitária, sugando os recursos da colônia por práticas de um fiscalismo asfixiante <sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> Ibid., p. 16.

<sup>74</sup> FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. 22. ed. São Paulo: Nacional, 1987. p. 9-12.

<sup>75</sup> Ibid., p. 82-83.

<sup>76</sup> Os tratados celebrados por Portugal em 1810, privilegiando a Grã-Bretanha, representaram um sério entrave ao Brasil independente. Em verdade tolhiam a autonomia do país com vários privilégios tarifários aos britânicos. A abertura dos portos em 1808, arquitetada por José da Silva Lisboa (o Visconde de Cairu), foi influenciada pelas idéias de Adam Smith de livre troca entre as nações. O curioso é que a pátria-mãe do liberalismo econômico e da revolução industrial, a Grã-Bretanha, exercesse forte pressão para obter os privilégios alfandegários nos portos brasileiros. FURTADO, Celso. Op. cit., p. 93-94.

2.6.1. A independência acabou por perpetuar a estrutura administrativa transposta da Europa e a mesma situação de atrelamento à Grã-Bretanha. O impacto das idéias liberais influenciou a elaboração da Constituição de 1824 que apresentava como destaques:

- O Poder Moderador, no seu artigo 98, sendo "a chave de toda a organização política"<sup>77</sup>.
- O acolhimento das teses liberais-individuals, no artigo 179, *caput*: "A inviolabilidade dos Direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e o propriedade, é garantida pela Constituição do Império, (...)"<sup>78</sup>.
- A garantia da propriedade, no artigo 179, 22: "É garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público, legalmente verificado, exigir o uso e o emprego da propriedade do cidadão, será ele previamente indenizado no valor dela. (...)"<sup>79</sup>.
- A liberdade de trabalho, no artigo 179, 24: "Nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança e saúde dos cidadãos"<sup>80</sup>.
- O fim das corporações de ofício, no artigo 179, 25: "Ficam abolidas as corporações de ofício, seus juizes, escrivães e mestres"<sup>81</sup>.

<sup>77</sup>. CONSTITUIÇÕES DO BRASIL: DE 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 E 1967 E SUAS ALTERAÇÕES. Índice Ana Valdez A. N. de Alencar. Leyla Castello Branco Rangel. Brasília: Senado Federal, 1986. p. 25.

<sup>78</sup>. *Ibid.*, p. 32.

<sup>79</sup>. *Ibid.*, p. 34.

<sup>80</sup>. *Ibid.*, p. 34.

<sup>81</sup>. *Ibid.*, p. 34. O reinado de D. Pedro II teve uma fase de desenvolvimento a partir de 1850 que podem ser bem ilustrada pelas palavras do Visconde de Mauá:

"Clama-se que no Brasil tudo se espera do Governo e que a iniciativa individual não existe. E como não há de ser assim se tudo quanto se refere à ação do capital, desde que este se aglomera para qualquer fim de utilidade pública ou particular, em que a liberdade das convenções devia ser o princípio regulador, esbarra-se logo de frente com péssimas leis preventivas, e quando estas não bastam, a intervenção indébita do Governo apraeca na qualidade de tutor? O fato, pois, que tanta reprovação encontra, de tudo esperar-se do governo, é consequência necessária do regime legal a que entregaram o país os que têm governado". VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Intervenção do Estado no domínio econômico*. Rio de Janeiro: Getúlio Vargas, 1968., p. 26.

A falta de sincronia entre a Constituição e a realidade podem ser vistas na continuidade da escravidão, inassociável aos postulados liberais em que a Lei Fundamental estava vazada. "Era antes uma demonstração de estar a Carta Imperial permeada da ideologia liberal, que opunha o Estado, como organização política, à sociedade constituída de indivíduos agindo isolados, em busca de satisfazerem os seus interesses individuais". Os privilégios, as benesses, os monopólios de fato continuaram a existir a despeito da caridade econômica e institucional do liberalismo esculpida na Constituição de 1824. DOBROWOLSKI, Silvio. O pluralismo jurídico na Constituição de 1988. *Revista de informação legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 28, nº 109, p. 131, jan. - mar. 1991

A Constituição de 1891 estampava a mesma matriz liberal consagrada na Carta anterior, agora sob forte inspiração do federalismo presidencialista dos EUA. Perpetuava a divisão dogmática entre o Estado e a economia, com alguns artigos esparsos sobre a ação estatal:

- Artigo 7º, § 1º, inciso 1º. "É da competência exclusiva da União decretar: a instituição de bancos emissores"<sup>82</sup>.

- Artigo 34, inciso 5º. "Compete privativamente ao Congresso Nacional: regular o comércio internacional, bem como o dos Estados entre si e com o Distrito Federal (...)"<sup>83</sup>

- Artigo 72, § 17. "O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.

As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria"<sup>84</sup>.

- Artigo 72, § 24. "É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial"<sup>85</sup>.

Segundo Josaphat Marinho, a reforma de 1926 "corrige demasias e supre lacunas" da Carta de 1891, "mas não altera a índole do regime"<sup>86</sup>. Devem ser mencionadas como inovações de 1926:

- Alteração do artigo 34, 5º, que passou a ter redação: "Compete privativamente ao Congresso Nacional: legislar sobre comércio exterior e interior, podendo autorizar as limitações exigidas pelo bem público (...)"<sup>87</sup>.

- Artigo 72, § 17, alíneas a e b: "O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.

---

<sup>82</sup>. CONSTITUIÇÕES DO BRASIL. Op.cit., p. 88.

<sup>83</sup>. Ibid., p. 91.

<sup>84</sup> Ibid., p. 101.

<sup>85</sup>. Ibid., p. 100. A República inaugura a fase da ação estatal em defesa da cafeicultura - através de uma política cambial de fomento aos exportadores do produto -, que não deixava de causar sério entrave à industrialização do país. É de 1906 o Acordo de Taubaté com a fixação de preços mínimos para o café, e em 1926 e 1928 são criados os bancos dos Estados de São Paulo e do Rio Grande do Sul. VIEIRA, R. A. Amaral. Op. cit., p. 309

<sup>86</sup>. MARINHO, Josaphat. A ordem econômica nas constituições brasileiras. *Revista de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano V, v. 19, p. 55, jan.-mar. 1972.

<sup>87</sup>. Ibid., p. 118.

As minas pertencem aos proprietários do solo, salvo as limitações estabelecidas por lei a bem da exploração das mesmas.

As minas e jazidas de minerais necessárias à segurança e defesa nacionais e as terras onde existirem não podem ser transferidas a estrangeiros”<sup>88</sup>.

2.6.2. A revolução de 30 representa a efetiva ruptura com o liberalismo econômico e institucional (que ao menos na fachada capitaneava os destinos do país. A Constituição de 1934 constitui um marco fundamental na história constitucional brasileira pois sua “estrutura, inova e afasta-se dos elementos liberais instituídos desde o discurso de 1824 e preservados no de 1891”<sup>89</sup>, e pela primeira vez há inclusão em Constituição brasileira, no Título IV, “Da Ordem Econômica e Social”<sup>90</sup>:

- Artigo 115. “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites é garantida a liberdade econômica”<sup>91</sup>.

- Artigo 117. “A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização de empresas de seguro (...)”<sup>92</sup>.

---

<sup>88</sup>. Ibid., p. 119.

<sup>89</sup>. SOUZA, Washington Peluso Albino de. O ‘discurso intervencionista’ nas Constituições brasileiras. *Revista de informação legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 21, nº 81, p. 335, jan.-mar. 1984.

<sup>90</sup>. Alfredo Bosi mostra que a ascensão de Vargas ao poder não representou uma mera acomodação de oligarquias ao poder. O positivismo - expoente de uma visão coletivista da sociedade (item 1.) - era projeto que alcançara dimensão considerável no Rio Grande do Sul: com Júlio de Castilhos, Borges de Medeiros e Getúlio Vargas. Tomando as lições de Augusto Comte, buscavam a *correção* do liberalismo e construção da *sociedade industrial*. O rompimento com os dogmas do liberalismo amalgamados pelo positivismo rio-grandense podia ser explicitado em quatro dimensões: criação e exigência de um imposto territorial, progressivo, limitador do latifúndio, acompanhado de um imposto de transmissão, *causa mortis* ou *inter vivos*, concessões e incentivos às manufaturas e indústrias nascentes, socialização dos serviços públicos, incorporação do proletariado à sociedade moderna. BOSI, Alfredo. *Dialética da colonização*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1994. p. 276-295. Ver também: ROCHA, Maria Elisabeth Guimarães Teixeira Rocha. A intervenção do Estado brasileiro e a política oligárquica na República velha. *Revista de informação legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 32, nº 126, p. 210-211, abr.-jun. 1995.

<sup>91</sup>. CONSTITUIÇÕES DO BRASIL. Op. cit. p. 171.

<sup>92</sup>. Ibid., p. 172.



- Artigo 118. "As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água, constituem propriedade distinta da do solo (...)"<sup>93</sup>.

E com a maior importância assim estipulava no Artigo 116:

"Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá *monopolizar* determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações devidas, (...)"<sup>94</sup>.

A Constituição de 34 colocava o *interesse público* como elemento motivador para a intervenção estatal em regime de monopólio.

2.6.3. A maior dificuldade para a análise da Constituição de 1937 é estabelecer se o regime autoritário efetivamente estava vinculado às normas constitucionais, ou se estas eram fachada, funcionando na prática uma seqüência de decretos-lei sobre uma gama indeterminada de matérias. A despeito desta limitação, a Constituição de 37 manteve uma parte dedicada à Ordem Econômica:

- Artigo 135. "(...). A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado.

A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma de controle, do estímulo ou da gestão direta"<sup>95</sup>.

- Artigo 140. A economia da população será organizada em corporações (...)"<sup>96</sup>.

Admitia a intervenção estatal na atividade econômica em três situações: controle, estímulo e *gestão direta*. Esta última podendo englobar o monopólio, a *gestão direta* estatal de setores da produção, *para suprir as deficiências da iniciativa privada*. Curiosamente a Carta de 37 previa que a instituição de monopólios não podia ser realizada por decreto-lei:

---

<sup>93</sup>. Ibid., p. 172.

<sup>94</sup>. Ibid., p. 171.

<sup>95</sup>. CONSTITUIÇÕES DO BRASIL. Op. cit., p. 216-217.

<sup>96</sup>. Ibid., p. 218.

- Artigo 13, e. "O Presidente da República, nos períodos de recesso parlamentar ou de dissolução da Câmara dos Deputados, poderá, se o exigirem as necessidades do Estado, expedir Decretos-leis sobre as matérias de competência legislativa da União, exceptuadas as seguintes:

(...)

e) instituição de monopólios"<sup>97</sup>.

2.6.4. A Constituição de 46 revelou "espírito de transição", "teve mais sentido restaurador da ordem democrática do que inovações audaciosas"<sup>98</sup>.

A Carta de 46 fundava a Ordem Económica nos princípios da justiça social:

- Artigo 145. "A Ordem Económica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano"<sup>99</sup>.

Contemplou os monopólios no Artigo 146:

"A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio económico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição"<sup>100</sup>.

Grande controvérsia foi criada em cima do artigo:

- seria toda a intervenção no domínio económico feita para monopolizar - *intervir e monopolizar* determinada indústria ou atividade;

- ou, por outro lado, havia duas modalidades de intervenção, intervir em qualquer atividade ou indústria ou intervir *monopolizando* atividade ou indústria<sup>101</sup>.

A controvérsia girava em torno do e. *Intervir no domínio económico e monopolizar*, indicando alternativa (duas) à União: 1ª) intervir aceitando a participação concorrente da iniciativa privada; 2ª) intervir em forma de monopólio, ou seja, dominando completamente

---

<sup>97</sup>. Ibid., p. 196-197.

<sup>98</sup>. MARINHO, Josaphat. Op. cit. p. 57.

<sup>99</sup>. CONSTITUIÇÕES DO BRASIL. Op. cit., p. 288.

<sup>100</sup>. Ibid., p. 288.

<sup>101</sup>. VENANCIO FILHO, Alberto. Op. cit. p. 45-52.

um setor da produção. Ou por outro lado a partícula e indicava a copulação entre intervir e monopolizar. Neste último só há uma possibilidade: a União só poderá intervir monopolizando certa indústria ou atividade. A discussão acabou sendo pacificada com a aceitação da interpretação de duas modalidades de intervenção <sup>102</sup>.

A opção pela industrialização torna-se vigorosa no segundo governo Vargas, com uma opção sistemática e racional de desenvolvimento industrial tendo a frente o Estado <sup>103</sup>. Em 1953 é instituído, pela Lei nº 2.004, o monopólio estatal do petróleo e é criada a PETROBRÁS.

2.6.5. As exigências do regime militar de 1964 foram respaldadas pela Constituição de 67 e Emenda Constitucional nº 1 de 1969, dando forma à Ordem Econômica de um capitalismo com uma intervenção estatal mais significativa que nas Cartas pretéritas:

- Artigo 160. "A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, (...)" <sup>104</sup>.

Contemplava os monopólios estatais da seguinte forma:

- Artigo 163. "São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, (...)" <sup>105</sup>.

<sup>102</sup>. Ibid., p. 51-52.

<sup>103</sup>. O primeiro plano nacional foi instituído pelo governo do Presidente Eurico G. Dutra, em 1950, o plano SALTE. No segundo governo Vargas foi criado o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico - BNDE, em 1952.

<sup>104</sup>. A redação é dada pela EC nº 1-69. A antiga redação não contemplava o *desenvolvimento nacional* como fim da Ordem Econômica e Social.

CONSTITUIÇÕES DO BRASIL. Op. cit., p. 359 e p. 471.

<sup>105</sup>. Ibid., p. 472. A norma do artigo 163 explicita que a intervenção estatal (em regime de monopólio ou não) é supletiva à iniciativa privada, quando esta não leva a contento determinado setor ou atividade. Mais delicada é a intervenção por motivos de segurança nacional, já que este era dogma informador da concepção de Estado e sociedade dos detentores do poder depois de 64. A proliferação de estatais no período militar, corporificando a intervenção estatal na atividade econômica (alerte-se que sem ser, necessariamente, em regime de monopólio) mostrou que o Estado de Segurança Nacional - na persecução autoritária da manutenção da ordem econômica e social capitalista -, acabou promovendo larga intervenção estatal na atividade econômica. Onde o Estado interveio foi na tentativa de assegurar o controle - autoritário - de toda a economia. Por outro lado, os maciços investimentos em infra-estrutura e serviços públicos deram as condições para que o capital estrangeiro se

Também erigiu, pela primeira vez na esfera constitucional, o monopólio da pesquisa e lavra do petróleo:

- Artigo 169: "A pesquisa e a lavra de petróleo em território nacional constituem monopólio da União, nos termos da lei"<sup>106</sup>.

2.6.6. Quando há a transição democrática e a convocação da Assembléia Nacional Constituinte esta se encontra, nas palavras de José Eduardo Faria, sobrecarregada por uma pauta que obrigatoriamente incluía algumas *dívidas* do período autoritário: crise sócio-econômica do modelo desenvolvimentista autoritário, transformações econômicas mundiais (o advento das sociedades tecnológicas com novos processos e escalas de produção), reivindicações liberadas pela democratização em um Estado onde coexistiam forças políticas heterogêneas<sup>107</sup>. A Constituição de 88 foi promulgada por uma ANC de intensos debates entre greis de orientações divergentes, procurando, cada uma, à sua maneira, acomodar na Carta normas que valorizassem a democracia formal e corrigissem as desigualdades sócio-econômicas do país. No Título VII, A Ordem Econômica e Financeira, ficam transparentes as condicionantes acima apontadas do processo constituinte. No artigo 170 da CRFB, encontramos o seguinte:

Artigo 170. "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...)"

A intervenção do Estado na atividade econômica está consagrada da seguinte maneira:

- Artigo 173. "(...), a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, (...)".

E menciona os monopólios nos artigos:

---

apoderasse das atividades mais rentosas sem os riscos e pesados investimentos que demorariam anos para serem recuperados. BORGES F<sup>o</sup>, Nilson. *Os militares no poder*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 52-60.

<sup>106</sup>. Ibid., p. 474..

<sup>107</sup>. FARIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 50.

É importante realçar alguns aspectos da transição brasileira. Ao contrário de outros países latino-americanos (e mesmo de Portugal) a transição foi lenta e negociada. A transferência de poder a um presidente civil foi realizada com a participação de uma frente - Aliança Democrática - em que participavam comunistas e figuras do regime falecido, acentuando os problemas de convivência de forças tão heterogêneas.

**- Artigo 177. "Constituem monopólio da União:**

**I. a pesquisa a lavra de jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;**

**II. a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;**

**III. a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;**

**IV. o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no país, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;**

**V. a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados".**

### CAPÍTULO 3. ELEMENTOS PARA INTERPRETAÇÃO E ANÁLISE. OS PRINCÍPIOS E A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.

A interpretação e análise dos elementos que permitem a identificação do sistema econômico (e sua forma-regime) na CRFB dependem de duas dimensões: os princípios constitucionais e a interpretação constitucional. Com esses elementos podemos captar os fundamentos da intervenção monopolista do Estado, resguardados na OEF.

3.1. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. Para Ferraz Jr.<sup>108</sup>, os princípios gerais do Direito são resquícios das teorizações do Direito natural, onde se apresentavam como fonte do Direito. Saliencia que a formulação é indefinida - máximas extraídas do Direito romano, por exemplo, podem constituir os princípios gerais do Direito para alguns autores (*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*). No seu ponto de vista os princípios gerais do Direito remetem às fontes de baixo grau de objetividade e “de qualquer modo, ainda que se entenda que possam ser aplicados diretamente na solução de conflitos trata-se não de normas, mas de *princípios*. Ou seja, não são elementos do *repertório* do sistema, mas fazem parte de suas *regras estruturais* (...)” (os itálicos são do original).<sup>109</sup>

Considera os princípios gerais do Direito como fontes de baixa objetividade já que para o pensamento liberal os valores da certeza, segurança e da norma como um imperativo

---

<sup>108</sup> . FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito - técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988, p. 223.

<sup>109</sup> . *Ibid.*, p. 223.

abstrato são de importância capital: “A partir deste critério podemos entender que a dogmática proponha classificações das fontes com base no grau maior ou menor de objetividade de que gozem as normas em face de sua origem e modo de formação.”<sup>110</sup>

Deve ser bem gravado que Ferraz Jr. está a analisar as fontes do Direito dentro das raias da dogmática analítica, daí a prevalência da *norma* como fonte e, em papel suplementar, os *princípios*.

A consideração da norma dentro da dogmática analítica não se exaure em análise intrínseca da mesma, depende do contexto em que está relacionada, por isso é fundamental o conceito de ordenamento, ou a análise do binômio norma-ordenamento: válida é a norma que está inserida num ordenamento. O ordenamento é composto de *elementos* normativos, *elementos* não normativos (como classificações, exposições oficiais de motivos, preâmbulos) e *estrutura*, “isto é, um conjunto de regras que determinam as relações entre os elementos.”<sup>111</sup>

Pensar que as normas estão dispostas hierarquicamente é pensar na *estrutura* do sistema jurídico, o que, para o autor citado, mostra que a decisão sobre o que é considerado *estrutura* do ordenamento é tarefa que compete à filosofia do Direito, lógica aplicada ao Direito, à teoria geral do Direito. Com a noção de ordenamento é possível traçar as linhas que identificam o sistema jurídico e dotar a dogmática de importante conceito operacional; com a idéia de ordenamento composto de *elementos* normativos e não normativos, de regras de relação entre estes elementos - *estrutura*, atende-se às exigências de decidibilidade de conflitos tão cara à dogmática analítica.<sup>112</sup>

---

<sup>110</sup> . Ibid., p. 204.

<sup>111</sup> . Ibid., p. 165.

<sup>112</sup> . Ibid., p. 166-167.

Os princípios funcionando como *estrutura* do ordenamento têm a função de relacionar as normas - dentro do ordenamento tomado como sistema, dando-lhes o caráter de jurídicas, desenhando o sistema como um conjunto normativo imperativo. Para Ferraz Jr. esta influência dos princípios como *estrutura* do ordenamento assemelha-se ao papel das regras de dedução sobre a construção dos sistemas matemáticos.<sup>113</sup> Na construção jurisprudencial os princípios apresentam-se como lugar comum, sem maiores especificações que, na linha de raciocínio, culminará em uma norma com maior especificidade para a solução do caso concreto.<sup>114</sup>

3.1.1. Para Norberto Bobbio<sup>115</sup> os princípios gerais do Direito são *normas jurídicas* com o diferencial de serem consideradas normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, pois, uma vez aceito que os princípios são generalizações de normas, não posso considerá-los outra coisa senão norma, de onde os extraio. E se utilizo-os para regular um caso (ou como diz Ferraz Jr.<sup>116</sup> usa-se como “instrumento técnico de que se vale o juiz para suprir a lacuna.”) têm a mesma função de qualquer outra norma, então por que não considerá-los como tal?

Bobbio<sup>117</sup> distingue os princípios gerais em expressos e não expressos, os últimos o intérprete os colhe nas diversas normas do sistema, em processo de abstração que procura atingir e especificar o “espírito do sistema” (sistema jurídico). No caso em que analisa o artigo 12 do código civil italiano, onde há a enunciação dos elementos que o juiz deve utilizar em caso de lacunas para completá-las, sendo que os princípios gerais do Direito

---

<sup>113</sup>. Ibid., p. 224.

<sup>114</sup>. Ibid., p. 223.

<sup>115</sup>. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: Polis, Brasília: UnB, 1989. p. 157-159.

<sup>116</sup>. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Loc. cit., p. 223.

<sup>117</sup>. BOBBIO, Norberto. Loc. cit., p. 159.



devem ser utilizados nestas situações, Bobbio <sup>118</sup> conclui que o código civil italiano refere-se aos princípios não expressos. O motivo é claro: os princípios expressos são normas e podem ser a qualquer momento utilizados como fundamento de uma decisão; o estranho é pensar que para aplicar uma norma (princípio geral expresso) houvesse a dependência de autorização de outra norma. Quando não há norma, geral ou específica, aí sim o juiz busca a resposta num princípio que não está expresso para completar a lacuna.

Paulo Bonavides <sup>119</sup> traça os passos que os princípios gerais do Direito percorreram até ganharem posição destacada como princípios constitucionais, posição conquistada principalmente após a metade do presente século, que lhes vale o título de “chave de todo o sistema normativo”, uma vez constitucionalizados. <sup>120</sup>

O tratamento da juridicidade dos princípios em sua primeira fase é jusnaturalista, sendo concebidos como axiomas ou normas estabelecidas pela razão impregnados pelo ideal do justo. A sua apresentação como princípios de um Direito ideal - padrão absoluto do justo, leva a visualização dos princípios como normas universais de um Direito natural que deve servir de luz e inspiração ao mutável Direito positivo. <sup>121</sup> A reação do juspositivismo às abstrações do jusnaturalismo culminou no esvaziamento da juridicidade dos princípios que ocuparam um espaço acanhado nos códigos. Sua função era subalterna, para estender a eficácia da lei, considerados como derivados da própria lei (numa reação a qualquer argumentação jusnaturalista que procura fundá-los na razão, em Direito ideal). Ao tratá-los no plano constitucional, o juspositivismo considerou os princípios como programas (ou

---

<sup>118</sup> . Ibid, p. 160.

<sup>119</sup> . BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 228 ss.

<sup>120</sup> . Ibid, p. 231.

<sup>121</sup> . Ibid, p. 234.

normas programáticas), em resumo, tal posição servia para desaboná-los como norma jurídica, descaracterizar sua juridicidade.<sup>122</sup>

À fase do pós-positivismo é creditada o realce maior dos princípios, alcançando a condição de pilares dos sistemas constitucionais contemporâneos. Um dos pilares fundamentais fornecidos pelos princípios é o da própria unidade da Constituição, conferindo ao sistema o amálgama para tratá-lo como um conjunto articulado de normas jurídicas, com o destaque central para a Constituição (e os princípios constitucionais):<sup>123</sup>

“São momentos culminantes de uma reviravolta na região da doutrina, de que resultam para a compreensão dos princípios jurídicos importantes mudanças e variações acerca do entendimento de sua natureza: admitidos definitivamente por normas, são normas-valores com positividade maior nas Constituições do que nos Códigos; e por isso mesmo providos, nos sistemas jurídicos, do mais alto peso, por constituírem a norma de eficácia suprema. Essa norma não pode deixar de ser o princípio”.<sup>124</sup>

Com o *status* de norma constitucional os princípios são considerados no topo da pirâmide normativa, não mais numa disposição hierárquica formal, e sim como elementos materiais que possibilitam conjugar o Direito positivo com os valores da sociedade, conferindo sentido e valoração ao edifício normativo, sedimentando as base axiológicas da organização social materializada na Constituição. O tratamento dos princípios como Direito constitucional positivo não significa uma acomodação ao juspositivismo, buscando distanciamento das teorizações do Direito natural. Antes, ao tomar em conta uma dimensão axiológica do Direito, traduz uma nova concepção do mesmo, com reflexos na

---

<sup>122</sup>. Ibid, p. 235-236.

<sup>123</sup>. Ibid, p. 237-238

<sup>124</sup>. Ibid, p. 248.

jurisprudência, lançando luzes para um Estado de Direito assentado, justamente, nos princípios constitucionais. Todos os conteúdos contidos no sistema são informados pelos valores estampados nos princípios constitucionais, que atingem o mais alto grau normativo, com a conclusão que as normas - em patamares inferiores - também são informadas pelos princípios constitucionais: estes são as normas das normas, a superfonte do Direito. Para Bonavides a expressão *princípios gerais do Direito* hoje encontra sua correta tradução nos *princípios constitucionais*.<sup>125</sup>

3.1.2. Em J. J. Gomes Canotilho a compreensão dogmática da Constituição deve levar em consideração que a mesma é um *sistema aberto de regras e princípios*: aberto pois capaz de captar as cambiantes situações da realidade e das concepções de verdade e justiça, comportando duas dimensões da norma - as *regras* e os *princípios*.<sup>126</sup> Os critérios para estabelecer a diferença entre as duas espécies de norma (princípio x regra) são elencados pelo autor:

- a) grau de abstração - os princípios são normas com maior grau de abstração que as regras;
- b) grau de determinabilidade - a vagueza e indeterminabilidade dos princípios força uma mediação concretizadora, enquanto as regras são aplicadas diretamente;
- c) grau de fundamentabilidade - os princípios têm o papel de normas fundamentais do sistema;
- d) proximidade da idéia de Direito - os princípios são normas (logo vinculantes) que em seu conteúdo apresentam-se impregnados com exigências de justiça e com uma

---

<sup>125</sup> . Ibid, p. 255-263.

<sup>126</sup> .CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. revista. Coimbra: Almedina, 1993. p. 165-166.

proximidade da idéia de Direito, as regras são normas vinculantes que podem apresentar conteúdo meramente formal;

e) natureza normogenética - os princípios são os fundamentos das regras.<sup>127</sup>

Para um correto esclarecimento das diferenças *princípios x regras* cumpre ainda destacar: os princípios são multifuncionais servindo tanto como expressão da *ratio legis* (função retórica ou argumentativa) como verdadeiras normas de conduta (possibilitando a integração e complementação do Direito); qualitativamente distinguem-se das regras - são normas *qualitativamente* diferenciadas das regras.<sup>128</sup>

As diferenças qualitativas entre *princípios x regras* são as seguintes:

a) Os princípios sujeitam-se a graus de concretização ( em virtude de serem normas de otimização) delineados por condicionamentos fáticos e jurídicos, sendo a existência/convivência dos princípios conflitual ( coexistem); as regras não comportam graus de otimização como os princípios - é ou não cumprida a conduta padrão, havendo antinomia as regras excluem-se (não coexistem).

b) Os princípios abrem um campo para que sejam dispostos e pesados valores e interesses em busca de uma otimização dos princípios eventualmente conflitantes; no plano das regras não encontra-se a amplitude para o jogo de interesses/valores (se é válida devem cumprir-se suas prescrições).

c) O conflito dos princípios é campo para ponderação; a antinomia entre regras não permite solução harmonizante - ou uma, ou outra regra é válida.

---

<sup>127</sup> . Ibid, p. 166-167.

<sup>128</sup> . Ibid, p. 167.

d) Os princípios suscitam problemas de *peso e validade*, levantando questões como a importância, a ponderação entre eles, sua valia; as regras só comportam problemas de validade.<sup>129</sup>

A Constituição apreendida como sistema aberto só pode estruturar-se com a existência das duas dimensões normativas, as regras e os princípios exercendo funções complementares. Numa sociedade pluralista e marcada pelo choque de concepções de mundo diferentes, os princípios proporcionam à Constituição aquela margem indispensável para ponderação, harmonia entre valores divergentes, espaços para consensos. A existência de regras é fundamental para a operacionalidade do próprio sistema, dando-lhe segurança e objetividade, reduzindo a sua complexidade.<sup>130</sup>

As regras e os princípios formam um todo articulado em que há relação biunívoca (*dos princípios >para as regras, das regras >para os princípios*), podendo-se dizer que os princípios ganham concretização com sub-princípios e estes com as regras, ou seja, ganham densidade semântica com as regras e sub-princípios.<sup>131</sup> Os princípios do art. 1º da CRFB - 88 (especialmente o inciso IV que coloca como um dos *fundamentos da República Federativa do Brasil os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa*), ganham densidade com outro sub-princípio, do art. 170, *caput*: *A ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames de justiça social, observados os seguintes princípios*. E pode-se mencionar outro sub-princípio a concretizá-los, do art. 5º, XIII: *é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*. Este sub-princípio por sua vez será densificado por

---

<sup>129</sup> . Ibid, p. 167-168.

<sup>130</sup> . Ibid, p. 169.

<sup>131</sup> . Ibid, p. 180-182.

inúmeras regras concretizadoras - estatutos profissionais, leis regulamentadoras do exercício de profissões.

A abertura e densidade das normas constitucionais é variável, comportando todavia algumas considerações de Canotilho.

a) Há, normalmente, a abertura de normas constitucionais naqueles assuntos em que existe:

(a.a) consenso geral; (a.b) é necessário criar espaço de conformação política; (a.c) espaço justificado para medidas corretivas (ou posterior adaptação).

b) Há maior densidade da norma constitucional:

(b.a) assuntos que merecem decisão inequívoca; (b.b) definir e identificar os princípios norteadores da ordem social; (b.c) assuntos que por julgamentos de conveniência devem ser expostos em normas com maior densidade.<sup>132</sup>

A Constituição como sistema aberto de princípios e regras deve ser captada como unidade (princípio da unidade da Constituição) e o papel dos princípios, com a possibilidade de espaços para compromissos, diálogos, choque entre interesses diversos, deve ser corretamente dimensionado, possibilitando a captação ótima das condicionantes fáticas e jurídicas.<sup>133</sup>

3.1.3. Eros Roberto Grau empreende epítome sobre a importância e presença inequívoca dos princípios do Direito nos ordenamentos jurídicos, o que traz consigo a tarefa e a dificuldade de precisar o universo dos mesmos. Há diferenças entre as expressões

---

<sup>132</sup> . Ibid, p. 188-189.

<sup>133</sup> . Ibid, p. 190-192.

princípios positivos do Direito e princípios gerais do Direito? entre princípios positivados e não positivados? <sup>134</sup>

Valendo-se das exposições do autor devemos distinguir os princípios jurídicos que constituem normas jurídicas, ou princípios jurídicos positivados, chamados *princípios do Direito*, dos *princípios gerais do Direito*. Aos últimos, o autor deita as seguintes considerações <sup>135</sup>:

“Em cada ordenamento jurídico subjazem determinados princípios. Cuida-se de princípios - princípios gerais do Direito (isto é, *desse Direito*) - que, embora não enunciados em norma explícita, em cada ordenamento estão contemplados, em estado de latência.” (itálicos do original) <sup>136</sup>

Os princípios gerais do Direito não são para Grau a expressão de uma normatividade jusnaturalista: embora não estejam explícitos refletem o Direito de uma organização social (por isso a insistência nos princípios gerais do Direito de cada povo) e não uma pretensa normatividade universal (jusnaturalista); cada ordenamento revelará ao intérprete, fundado na consciência social, os princípios que o informam e o enformam. <sup>137</sup>

Outra importante distinção ferida pelo jurista é que a expressão *princípios gerais do Direito*: “(...) é usada, inicialmente na linguagem dos juristas, de sorte a conotar, então, proposições descritivas, nas quais os juristas aludem, de maneira sintética, ao conteúdo e às grandes tendências *do Direito*.” <sup>138</sup>

Tomam os juristas a partícula *do Direito* (princípios gerais *do Direito*) como se fosse o Direito em geral. Prossegue em sua distinção:

---

<sup>134</sup>. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica*. Op. cit., p. 93-107.

<sup>135</sup>. *Ibid*, p. 116.

<sup>136</sup>. *Ibid*, p. 118.

<sup>137</sup>. *Ibid*, p. 118-120.

<sup>138</sup>. *Ibid*, p. 120.

“Em outro momento a expressão é usada - já então no bojo da linguagem de um determinado ordenamento (isto é, de um determinado sistema de Direito) - de modo a conotar, entre aqueles, tal qual conotados na linguagem dos juristas, os princípios que, embora não enunciados em norma explícita, estão contemplados nesse determinado ordenamento em estado de latência, consubstanciando, mercê disso, proposições normativas”.<sup>139</sup>

Outra consideração pertinente a respeito da expressão: é possível visualizar uma dimensão teórica dos princípios, no campo da teoria geral do Direito, onde nomeiam-se, por vezes, princípios do Direito construções teóricas como sujeito de Direito, relação jurídica. Obviamente não se deve confundí-las com as duas acepções acima explicitadas.<sup>140</sup>

Segundo Grau, apoiado nas explicações de Castanheira Neves e Lourival Vilanova, a estrutura da norma jurídica representa uma determinada situação objetiva - hipotética, à qual se liga uma consequência - estatuição. Não importa que o revestimento verbal da norma seja descritivo, ao invés de prescritivo, desde que verificada a peculiar estrutura acima descrita. Faz a descrição com o objetivo de realçar a natureza de verdadeira norma jurídica dos princípios, a despeito de seu revestimento verbal descritivo e não prescritivo, em não poucos casos.<sup>141</sup>

Os princípios gerais do Direito, aqueles que não estão positivados, também são normas jurídicas cumprindo descobri-los no âmago de cada ordenamento. Portanto, subjazem ao ordenamento (cada ordenamento, o Direito de cada organização social, de cada povo) e não constituem elementos transcendentais, são descobertos no Direito, em estado de latência. O artigo 4º da LICC, ao mencionar os Princípios Gerais do Direito que o juiz deve

---

<sup>139</sup> . Ibid, p. 120.

<sup>140</sup> . Ibid, p. 117.

<sup>141</sup> . Ibid, p. 123-124.



utilizar em caso de omissão da lei, refere-se aos Princípios que serão descobertos, latentes, no ordenamento. Quanto aos Princípios Positivados do Direito estes devem ser entendidos como a lei; se a lei for omissa, englobados na inteligência do artigo a regra ou o Princípio Positivado, cumpre ao juiz descobrir os Princípios que subjazem ao ordenamento para aplicá-los. <sup>142</sup>

3.2. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. O trabalho de interpretação das normas constitucionais da Ordem Econômica e Financeira deve guardar a idéia da Constituição como um sistema aberto - de princípios e regras. A função dos princípios como *estrutura* do ordenamento jurídico - brasileiro - empresta-lhes a importância de servirem como fundamento de todo o edifício jurídico, normas jurídicas de identidade do sistema. Os princípios da Ordem Econômica e Financeira permitem ao intérprete a identificação das opções, das estruturas mestras da ordem econômica.

A interpretação constitucional tem contornos próprios, não é a interpretação de uma lei qualquer. Para Jorge Miranda e Canotilho a interpretação constitucional deve ser balizada pelas seguintes preocupações, ou “pontos de apoio ou diretrizes” para a interpretação <sup>143</sup> :

a) A interpretação deve tomar a Constituição como todo unitário devendo processar-se em harmonia, evitando contradições. As normas constitucionais devem ser consideradas como integradas em sistema unitário e sistemático (de princípios e regras), como estrutura global. . O favorecimento deve ser dado aos critérios que colaborem com a integração e

<sup>142</sup> . Ibid, p. 127-131. Eros Grau fornece uma instigante constatação a partir das perspectiva *principal*: não há discricionariedade judicial. O juiz busca as soluções no ordenamento: se a lei for omissa (a regra ou Princípio Positivado) buscará a a solução no próprio ordenamento nos Princípios Gerais do Direito (não expressos mas implícitos).

<sup>143</sup> . CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 212-215. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. revista. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. Tomo II. p. 224.237.

unidade político-social refletidas na Constituição, a pluralidade deve ser conquistada na coesão.

b) Nas Constituições compromissórias, principalmente, deve-se interpretar com ponderação entre princípios aparentemente conflitantes e ceder de parte a parte no choque entre esses mesmos princípios.

c) A interpretação deve ser no sentido que mais eficácia dê à norma constitucional. Atribui-se à norma constitucional o sentido que maior eficácia lhe dê.

d) É preciso conjugar a eficácia implícita e explícita entre as várias normas.

e) As normas constitucionais devem ser tomadas como de vinculação atual, garantindo a eficácia e permanência das mesmas. Os problemas surgidos devem ser resolvidos respeitando a historicidade da Constituição ao mesmo tempo que a atualizam no contexto.

f) Os elementos metajurídicos devem ser entendidos dentro de visão sistemática na Constituição.

g) O princípio da concordância prática ou harmônica. Deve-se buscar a concordância e harmonia entre os bens jurídicos, para evitar o sacrifício de qualquer um dos bens.

h) O princípio da justeza ou conformidade funcional. Impede a repartição de competências/funções definidas na Constituição.

3.2.1. Os pontos ou diretrizes de interpretação sugeridos por Canotilho e Jorge Miranda seriam esclarecedores não fosse a quantidade de critérios para a interpretação que o jurista se depara <sup>145</sup>. Para Canotilho interpretar a norma constitucional é “compreender,

---

<sup>145</sup>. Anota Canotilho: há a interpretação, concretização e aplicação do Direito Constitucional. O autor expõe conceitos básicos e seu respectivo sentido para o trabalho de concretização e interpretação constitucional:

1. Realizar a Constituição significa tornar eficazes as normas constitucionais, tarefa realizada por legislador, administrador, julgador, cidadão.

2. Interpretar a Constituição é designar um significado a símbolo lingüístico nela inscrito: a) procura-se o Direito na Constituição; b) atividade de adscrição de significado ao enunciado; c) produz-se um significado ao

investigar e mediatizar o conteúdo semântico dos enunciados lingüísticos que formam o texto constitucional” e, em outro sentido, encontrar também o método justo para a interpretação, pela “utilização de determinados critérios (ou medidas) que se pretendem objetivos, transparentes e científicos (...)”<sup>146</sup>. Há, em sua obra, o elenco de cinco métodos de interpretação do Direito Constitucional que apresentam as seguintes características:

a) Método jurídico/hermenêutico clássico. A interpretação constitucional é igual à interpretação da lei, através dos elementos filológicos, teleológicos, lógicos, histórico, racional e genético. Toma-se o texto como ponto de partida e limite da interpretação.

b) Método tópico problemático. Parte de processo de argumentação, com embate entre pontos de vista divergentes, a partir de um problema prático. Em processo aberto de intérpretes, argumenta-se se a norma será adequada ou não ao problema surgido, ou seja, parte-se do *problema para a norma*.

c) Método Hermenêutico-concretizador. Saliencia os aspectos subjetivos do intérprete ou “a pré-compreensão do seu sentido (do texto) pelo intérprete”. A problematização do

---

enunciado. Toma CANOTILHO a interpretação como atividade: a um texto adscrive-se/decide-se um significado.

3. Concretizar a Constituição é realizar o processo: a) do texto ou enunciado à b) norma concreta/norma jurídica à c) norma de decisão (“solução de casos jurídico-constitucionais”). 4. Desenvolve-se paralelamente à densificação, ou seja, “complementar e precisar o espaço normativo de um preceito(...)” tornando-o apto à solução de problemas concretos.

5. Formulação da norma: qualquer enunciado de um texto normativo. Norma: adscrição de significado ao texto. Disposição: parte do texto a interpretar. Finalmente: norma: parte do texto interpretado.

6. Norma constitucional: “modelo de ordenação vinculante juridicamente”, com vistas à concretização. Composta por: a) “medida de ordenação” por meio de enunciados lingüísticos - programa normativo; b) dados reais - domínio normativo.

7. Normatividade: efeito global da norma aplicada aos problemas a serem decididos. Pressupõe o programa e domínio normativo. É trabalho alcançado pela concretização.

8. Texto normativo: documento da produção da autoridade normativa; é conjunto de enunciados do discurso prescritivo (modifica o comportamento dos homens).

9. Âmbito de regulamentação: universo dos casos jurídicos regulados pela norma jurídica.

10. Âmbito de proteção- “(...) delimitação intensional e extensional dos bens, valores e interesses protegidos por uma norma.

<sup>146</sup> . CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 208-209.

intérprete fará a ligação texto-sentido e entre o texto e o contexto (prática ou situação em que se aplica).

d) Método científico-espiritual. A interpretação deve buscar apoiar-se no conteúdo axiológico da Constituição (processo de *integração*). O sentido e a realidade da norma constitucional devem ser buscados na articulação desta com a sociedade, com os valores que transpiram na sociedade (*integração* espiritual com a sociedade).

5. *Metódica jurídica normativo-estruturante. Método de base para CANOTILHO.* Grande parte dos conceitos já mencionados acima. Preocupação com a realização do Direito e a concretização normativa numa decisão prática. Distingue, ademais, a estrutura do texto normativo, ou, o programa normativo (elemento literal) do domínio normativo (realidade social com vistas à concretização).

3.2.2. O elenco de métodos assinalados por Canotilho conduz à seguinte preocupação: qual ou quais método(s) é(são) melhor(es) e deve(m) necessariamente ser utilizado(s)? A resposta é que o intérprete bate-se com a múltipla utilização de métodos, não conduzindo ao sincretismo metodológico ou a discricionariedade. Em primeiro lugar, os métodos postam-se como complementares e não repelentes entre si: não é possível abandonar os postulados básicos da hermenêutica clássica (método jurídico ou hermenêutico clássico) ou mesmo surripiar as condicionantes axiológicas determinadas pela sociedade (método científico-espiritual).

Por outro lado não é possível ao intérprete injetar elementos estranhos na norma constitucional, há uma ordenação expressa no enunciado lingüístico que deve ser compatível com o texto da norma, não é possível interpretar de acordo com o *querido* pelo intérprete ao invés do *posto* na norma constitucional; buscar, por visão política divergente, medida de

ordenação francamente incompatível com o texto. Ressaltemos que se encontra o intérprete frente à norma constitucional que é também veículo de uma ideologia <sup>147</sup>, conforme indica Washington Souza:

“Sendo eminentemente político, o Poder Constituinte, e fundamentalmente política, a Constituição, (...).Em verdade, a temática desloca-se para o campo da ideologia a ser definida constitucionalmente (...) pois aí se configura o correto momento histórico de sua atuação (...), e visto como lhe compete institucionalizar os novos princípios ideológicos tornados vitoriosos”. <sup>148</sup>

E prossegue Washington Souza, após analisar os preâmbulos de Constituições de vários países:“(...) parece-nos suficiente para afirmar o sentido e a importância da ‘ideologia’ cujo *instrumento correto de institucionalização é a Constituição, (...)*” (grifos nossos) <sup>149</sup>.

Bem coloca nesses termos, Canotilho, para quem a Constituição deve ser considerada o “estatuto jurídico do político”, valendo para a sua interpretação o recurso aos princípios (estruturantes de todo o ordenamento) que expressam as opções políticas fundamentais <sup>150</sup>.

Para Eros Roberto Grau não se deve desconsiderar, por sua vez, os fatores motivadores da interpretação constitucional relacionados ao intérprete: sua ideologia, motivação política, formação religiosa e filosófica entre tantos <sup>151</sup>. A tarefa interpretativa colocará, nas palavras do mesmo autor, a problemática de duas ideologias de interpretação constitucional <sup>152</sup>:

---

<sup>147</sup>. A ideologia designa a representação do mundo que de maneira coletiva (involuntária ou não) recobre todos os campos do pensamento - religião, política, *direito* - podendo ser mais ou menos divulgada pelas instituições, tornando-se o vetor da ação da sociedade. Há outros sentidos para a ideologia: a) discussão sem correspondência com a realidade, b) doutrina que inspira a ação de um governo/partido, c) ocultação da realidade de dominação imposta por uma classe à outra. DUROZOL, Gérard, ROUSSEL, André. *Dicionário de filosofia*. Tradução de Marina Appenzeler. Campinas: Papyrus, 1993. p. 244.

<sup>148</sup>. SOUZA, Washington Peluso Albino de. Poder Constituinte e ordem jurídico-econômica. *Revista de informação legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 23, nº 89, p. 40, jan.-mar. 1986.

<sup>149</sup>. *Ibid.*, p. 45.

<sup>150</sup>. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 209.

<sup>151</sup>. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica...* *Op. cit.*, p. 175.

<sup>152</sup>. *Ibid.*, p. 174-175.

a) Ideologia estática da interpretação. Abrangendo os postulados da estabilidade, predizibilidade e estabilidade. O intérprete valoriza, com vigor, o momento em que o legislador histórico produziu a norma em exame. É-lhe refratária a perspectiva funcional, de contextualização da norma de acordo com os fatos do presente.

b) Ideologia dinâmica de interpretação. Adaptação do Direito às necessidades presentes e futuras (contextualizar), a norma constitucional. Há uma valorização da perspectiva funcional do Direito. O intérprete, ao contrário da ideologia estática, não está limitado à vontade do legislador histórico, antes *atualiza* a norma, no contexto em que vive.

3.2.3. Nos quadrantes da Ordem Econômica e Financeira da Constituição o valor da interpretação dinâmica deve ser entendido da seguinte maneira:

a) As normas da Ordem Econômica correspondem aos anseios e expectativas - definição *ideológica* - de um momento vivido pela sociedade, é a concretização “das condições históricas em que funcionou o Poder Constituinte”<sup>153</sup>.

---

Em Canotilho apresenta-se a disputa teórica entre interpretativismo e não-interpretativismo (nos EUA) e método jurídico e método científico-espiritual (na Alemanha):

a) Interpretativismo. Corrente que diz que o juiz aplicador “limita-se a captar o sentido dos preceitos expressos na Constituição (...)”. Os limites de interpretação são a textura semântica e a vontade do legislador. O controle de constitucionalidade encontra-se aqui bastante limitado, paralelamente à valorização dos órgãos políticos. A interpretação constitucional não está relacionada a valores expressos em princípios (vagos) e sim em regras claras. A constituição é tomada como o estatuto institucional e procedimental.

b) Não interpretativismo: Enaltece a função do juiz aplicador, ligado a princípios substanciais e não exclusivamente ao princípio democrático. Os princípios são tomados em consideração, não exclusivamente as regras constitucionais concretas.

Para Canotilho a interpretação deve:

- a) rejeitar interpretativismos - interpretação como vontade do legislador;
- b) rejeitar uma jurisprudência política para inserção e mediação de “valores presentes numa ordem constitucional”, violando-a;
- c) articular a concepção substantiva (de vários princípios) com o princípio democrático;
- d) interpretação simultânea de valores formais, substantivos e procedimentos;
- e) tomar os princípios / regras como padrões vinculantes de conduta (não simples diretivas).

CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 197-200.

<sup>153</sup> . SOUZA, Washington Peluso Albino de. Poder Constituinte e... Op. cit., p. 44.

b) As definições políticas tomadas pelo Constituinte na Ordem Econômica e Financeira carecem de atualização - dia após dia as necessidades e atividades econômicas ampliam-se, obrigando o intérprete a *atualizar* as normas constitucionais com o contexto em que vive, sem desvincular-se das opções políticas fundamentais da Constituição:

“A necessidade de uma permanente adequação dialética entre o programa normativo e a esfera normativa justificará a aceitação de transições constitucionais que, embora traduzindo a mudança de sentido de algumas normas provocado pelo impacto da evolução da realidade constitucional, não contrariam os princípios estruturais (políticos e jurídicos) da Constituição”<sup>154</sup>.

c) As normas da Ordem Econômica e Financeira são a tradução de uma *politização do econômico* - rompendo os cânones do liberalismo (da dicotomia político x econômico) -, deparando-se o intérprete com uma norma que é expressão de um momento histórico, norma que deve atender às expectativas e necessidades deste momento - perspectiva funcional do Direito.

3.2.4. A análise dos princípios da OEF, a interpretação da Constituição, logram descobrir sobre quais estruturas está assentada a CRFB. A primeira constatação a que chegamos é que as normas da OEF estão inseridas no contexto de um sistema capitalista.<sup>155</sup> Não um capitalismo à século XIX e sim o modelo de Estado Econômico com Fins Sociais, de perfil social democrático (item ). Sublinha Washington de Souza que o constituinte

<sup>154</sup> . CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 232.

<sup>155</sup> . O dado primário, a obviedade de tal constatação, é contrastada com os discursos que, no imediato após a promulgação, chegaram a vislumbrar a consagração, no texto constitucional, de sistemas econômicos outros. O texto de Diogo de Figueiredo Moreira Neto - *O Estado e a economia na Constituição de 1988* - sustenta ser a CRFB um texto consagrador de um mercantilismo redivivo, nas vestes de um estatismo conservador que sobrevive no Brasil do fim do século XX. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Estado e a economia na Constituição de 1988. Revista de informação legislativa. Brasília: Senado Federal, ano 26, n° 102, p. 5 - 20, abr. - jun. 1989.*

contemplou como fundamentos da Ordem Econômica a *valorização do trabalho humano e a livre iniciativa*, com o objetivo de *assegurar a todos existência digna conforme os ditames de justiça social*<sup>156</sup>.

A sociedade e Estado brasileiro estão vinculados, pelas normas constitucionais, no atingimento de objetivos. É o Estado Brasileiro um implementador de políticas públicas, nas palavras de Eros Roberto Grau, Estado que exercita formas de intervenção na vida social que não se limitam a prover a segurança aos cidadãos e a produção do Direito, e sim na forma de políticas públicas abrangentes (ação ampliada)<sup>157</sup>. É ordem normativa de um regime/forma de capitalismo intervencionista, um Estado que atua no domínio econômico conformando a ordem social e econômica. É uma das maneiras desta sua ação (do Estado) - relembramos que dentro do sistema capitalista em um peculiar regime/forma - pode ser empreendida, por expressão constitucional, em forma de monopólios - art. 177. O Estado brasileiro pode (deve) exercer intervenção - *explorar diretamente atividade econômica* - quando de relevante interesse coletivo ou por motivos de segurança nacional - art. 173 e parágrafos.

A interpretação constitucional deve preservar sua unidade e harmonia, tratar a Constituição como um corpo articulado e coerente. A CRFB, de um sistema capitalista, consagra um regime/forma de capitalismo intervencionista. Não é possível tomá-la como um mosaico disforme de normas inconciliáveis. Se estão previstas modalidades de intervenções monopolistas (art. 177) não é lícito imaginar que tais monopólios sejam a expressão da estatização (socialista?) dos meios de produção. Intervém o Estado (capitalista) no interesse

---

<sup>156</sup>. O professor W. Souza distingue os fundamentos da ordem econômica (art. 170 *caput*) dos princípios da ordem econômica (incisos do art. 170). Os primeiros são a causa da ordem econômica - os objetivos pretendidos pelo constituinte -, os segundos são a efetivação, o ponto de partida para a efetivação desta ordem.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. A experiência brasileira de Constituição Econômica. *Revista de informação legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 26, nº 102, p. 30-31, abr. - jun. 1989

<sup>157</sup>. GRAU, Eros Roberto. O Estado de Pós-Bem Estar e o Discurso Neoliberal (uma alusão ao caso do Brasil).

*Alter Ágora*, Florianópolis: UFSC, ano 1, nº 1, p. 10, mai. 1994.



do capitalismo. Os princípios constitucionais devem ser amalgamados não se devendo creditar valor à idéia de que as normas constitucionais são excludentes: a livre concorrência (art. 170, IV) é inconciliável com a defesa do consumidor (art. 170, V).

3.3. NORMAS PROGRAMÁTICAS. Há um traço que imprime certa singularidade às normas da OEF: a presença de normas programáticas, como são exemplos o artigo 3º, o artigo 170, *caput*. A presença das normas programáticas e sua relação com a OEF deve ser compreendida a partir da concreta mudança dos paradigmas de Constituição no nosso século, onde as Leis Fundamentais almejam a segurança sócio-econômica coletiva<sup>158</sup> e impõem uma série de tarefas ao Estado e sociedade para atingir os objetivos explicitados nas normas constitucionais. Desde já devemos realçar que as normas programáticas são *normas jurídicas*, impondo um determinado comportamento ou conduta (à sociedade, ao Estado); evitamos uma interpretação da Constituição que considere algumas normas como carentes de juridicidade, postas pelo constituinte como mera plataforma - exortação. A Constituição é um conjunto global de normas jurídicas, todas pudessem de efetividade:

“O que cabe notar é que não há autor, inobstante seus matizes acadêmicos, que não aponte para o caráter imperativo da norma jurídica, seja ele relativo ou absoluto. Seja a norma *permissiva*, *dispositiva*, imperfeita ou perfeita, o núcleo da norma é dotado de imperatividade. Raciocinar ou objetar essa premissa é reduzir o Direito à insegurança total” (grifos nossos).<sup>159</sup>

As normas programáticas da OEF são reflexos de uma sociedade pluriclassista, de interesses heterogêneos, que necessariamente serão cristalizados na Lei Maior. Superado o

<sup>158</sup>. SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. Normas programáticas - análise político-constitucional. *Revista de Direito Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano XXI, n° 86, p. 139, abr. - jun. 1988.

<sup>159</sup>. *Ibid.*, p. 140.

modelo constitucional do Estado Liberal clássico, tradutor da hegemonia das forças do capitalismo, as normas constitucionais do Estado Econômico com Fins Sociais abrigam visões divergentes sobre o *como* e *de que maneira* atingir o bem-estar coletivo. Somamos ainda a velocidade com que a economia sofre transformações e podemos esquadriñar algumas explicações para o fenômeno das normas programáticas:

a) As normas programáticas apresentam um caráter imperativo-constutivo, as tarefas para atingimento dos objetivos assinalados constitucionalmente - por exigência prática - desenrolam-se por longos períodos. Quais os investimentos e qual o prazo de maturação dos mesmos para atingirmos o pleno emprego (art. 170, VI)?!

b) Dada a velocidade das transformações econômicas, as normas programáticas conseguem aliar o valor supremo da segurança jurídica com a maleabilidade da realidade sócio-econômica.

c) A conciliação de diferentes visões da sociedade sobre os objetivos econômicos e sociais que a mesma deve alcançar podem ser harmonizados na dimensão das normas programáticas, sob a forma de princípios (amplitude para o jogo de interesses e valores - vide item.).

#### 3.4. CATÁLOGO DE PRINCÍPIOS:

- Art. 1º. *A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*

(...)

III. *a dignidade da pessoa humana;*

IV. *os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;*

-----

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

*I. construir uma sociedade livre, justa e solidária;*

*II. garantir o desenvolvimento nacional;*

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

*IV. promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*

-----

*Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do Direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, (...):*

*XXII. é garantido o direito de propriedade;*

*XXIII. a propriedade atenderá a sua função social;*

-----

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

*I. soberania nacional;*

*II. propriedade privada;*

*III. função social da propriedade;*

*IV. livre concorrência;*

*V. defesa do consumidor;*

*VI. defesa do meio ambiente;*

*VI. redução das desigualdades regionais e sociais;*

*VI. busca do pleno emprego;*

*(...)*

### *3.5.1. Catálogo de regras:*

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

-----

*Art. 177. "Constituem monopólio da União:*

*I. a pesquisa a lavra de jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;*

*II. a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;*

*III. a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;*

*IV. o transporte marítimo do petróleo bruto (...) ou de derivados básicos de petróleo produzidos no país, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;*

*V. a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados".*

*§ 1º. A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei.*

*§ 2º. A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:*

*I. a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;*

*II. as condições de contratação;*

*III. a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União*<sup>160</sup>.

---

<sup>160</sup>. O artigo 3º da EC nº 9, que alterou o parágrafo 1º e inseriu o parágrafo 2º no artigo 177 da CRFB, assim dispõe: É vedada a edição de medidas provisórias para regulamentação da matéria prevista nos incisos I a IV e dos §§ 1º e 2º do art. 177 da Constituição Federal.

## CAPÍTULO 4. A ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA NA CONSTITUIÇÃO.

Cumpra aprofundar o conceito da expressão Ordem Econômica e Financeira. Alguns elementos permitem a sua compreensão de forma mais abrangente.

### 4.1. O DIREITO ECONÔMICO. O artigo 24 da CRFB assim estatui:

Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I. Direito tributário, financeiro, penitenciário, *econômico* e urbanístico.

Ganha destaque constitucional o Direito Econômico, disciplina que está umbilicalmente enlaçada com a discussão sobre a OEF que empreendemos. Para a compreensão do Direito Econômico resta-nos a oportunidade de sua abordagem a partir de quatro vertentes: (a) novo papel do Direito na sociedade contemporânea, (b) o Direito Econômico e seu perfil histórico, (c) seu conceito, (d) importância.

4.1.1. Um texto de Antonio Gramsci, da primeira metade do nosso século, coloca, com a versatilidade e perspicácia que são habituais ao autor, os contornos do que deveria ser a concepção de Direito das sociedades contemporâneas:

“Uma concepção do Direito que deve ser essencialmente renovadora não é encontrável, integralmente, em nenhuma doutrina já existente (...). Se cada Estado tende a criar e manter um certo tipo de civilização e cidadão (...), tende a fazer desaparecer certos costumes e atitudes e a difundir outros, o Direito será o instrumento para este fim (...) e deve ser elaborado em conformidade com os objetivos e com o máximo de eficácia e capacidade de produzir resultados.

(...)

A concepção do Direito deve ser liberada de qualquer resíduo de transcendência e de absoluto.

(...)

No concepção de Direito deveriam ser incorporadas também as atividades premiadoras de indivíduos, de grupos etc.; a atividade elogiável e meritória é premiada assim como a atividade criminosa é punida (...)”<sup>161</sup>.

As transformações por que o mundo capitalista passou no século XX são relevantes. O Direito respondeu ao processo transformador erigindo novas formas de regulação da vida, aptas a replicar as necessidades do sistema. A estática visão dicotômica da economia x política (refletida na dicotomia privado x público) apresenta-se-nos a dinâmica de um Estado interventor, responsável por amplos campos da atividade econômica. O estranhamento entre a sociedade e o Estado foram substituídos por uma relação dialética de publicização do privado (ou privatização do público).

O Direito deixou de ser visto como o conjunto de normas - repressivas - do Estado, de imposição de condutas, para um conjunto normativo de caráter premunitivo, de coordenação e condicionamento de comportamentos futuros desejados<sup>162</sup>. O Direito é um dos instrumentos do Estado interventor na implementação de suas políticas públicas, interage (o Direito) com outros níveis estruturais da sociedade, já que as políticas públicas estatais designam todas as formas de intervenção do poder público na vida social<sup>163</sup>. O Estado cresceu para além das funções de repressão e proteção, destacando campos inteiros das

---

<sup>161</sup>. GRAMSCI, Antonio. *Gramsci. Poder, Política e Partido*. Emir Sader (org.). Tradução de Eliana Aguiar. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1992. p. 109-110.

<sup>162</sup>. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Op. cit.*, p. 85.

<sup>163</sup>. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica...* *Op. cit.*, p. 19-20.

atividades econômicas para portar-se como um produtor de serviços de consumo social, como regulamentador da economia e como produtor de mercadorias; o complexo normativo criado para a manutenção da nova máquina estatal, máquina estatal esta capaz de gerir as novas funções avocadas pelo Estado, deu ao Direito uma função *promocional*<sup>164</sup>. Ao lado das medidas repressivas o Estado vintecentista intenta estimular comportamentos, que não poucas vezes relacionam-se ao fim último de derrubada de certas estruturas da sociedade para o surgimento de novos padrões e comportamentos. A disciplina jurídica da economia exposta no OEF reveste, na maioria das vezes, o caráter destas normas com função *promocional* - na busca da justiça social, na busca do pleno emprego.

4.1.2. O conjunto de normas que realizou este entrelaçamento do jurídico com o econômico, possibilitando a estruturação do *dirigismo* estatal, está intimamente ligado ao caráter funcional-promocional do Direito. As normas jurídicas - como as da OEF - são consagradoras da política econômica de um Estado. O Direito serve então como o *instrumento* capaz de moldar novos comportamentos, conduzir os agentes do processo econômico ao atingimento dos objetivos traçados por esta política econômica. As normas jurídicas desta grei dão a indicação (promovem comportamentos) para os agentes organizaram-se de maneira (racional) na consecução dos objetivos almejados - a justiça social, a vida digna.... A norma estabelece programas e controles da economia, coordena a vontade econômica estatal com a vontade econômica privada, coordena as atividades econômicas em sua amplitude (num plano global e coerente)<sup>165</sup>.

---

<sup>164</sup>. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Apresentação. In: BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Cláudio de Cicco e M. Celeste C. J. Santos. 2ª reimpressão. São Paulo: Polis, Brasília: UNB, 1991. p. 12.

<sup>165</sup>. CARVALHOSA, Modesto. *Op. cit.*, p. 15.

A abordagem que as normas jurídicas que organizam e coordenam a economia suscitam é dinâmica. Não se trata de um esquema de comportamentos regulados nos limites estreitos da sanção negativa. Ao regular o comportamento para atingir os objetivos da política econômica de um Estado, o valoroso *instrumento* Direito é, antes de mais nada, a arma para a preservação do sistema capitalista. O sistema capitalista molda-se às exigências da vida contemporânea, assume um peculiar regime-forma no século XX, que não se reduz ao Estado abstencionista, do capitalismo liberal ou monopolista, e sim o Estado Econômico com Fins Sociais, que se vale do Direito como *instrumento* para conformar a vida social e econômica.

No interesse do sistema o Estado traça objetivos (sua política econômica) que são juridificados sob a forma de normas programáticas, impondo não mais um plano de regulação pronto e cheio, mas uma regulação que envolve diligência, perseverança da sociedade e Estado no atingimento de objetivos. Em suma, o Direito não mais regula - exclusivamente - situações estruturais, antes, afirma sua dinâmica, é o *instrumento* que move as estruturas (Estado e sociedade) em direção ao fim pré-determinado (por normas jurídicas). No zênite do Estado Econômico com Fins Sociais o plano normativo jurídico politizou a esfera, antes intocada no Estado Liberal clássico, da economia. Vinculado pelo plano global de normas da política econômica o Estado não se limita a coordenação e conformação dos agentes econômicos privados no atingimento de fins, avoca, para si, setores que os agentes não estejam conduzindo a contento.

Verificamos em capítulo anterior que após a Segunda Guerra há uma expansão geométrica dos serviços públicos ( a *rede* de serviços do Estado Econômico com Fins Sociais) e também o Estado assume as vestes de agente econômico privado, intervindo



diretamente na atividade econômica, seja em competição com a iniciativa privada ou *monopolizando* setores.

4.1.3. Para Juergen Habermas tanto o Estado liberal clássico como o Estado do capitalismo do século XX tem por escopo a manutenção dos pré-requisitos do sistema. Ocorre que o Estado do capitalismo avançado faz a manutenção dos pré-requisitos do modo de produção capitalista em maior extensão e com técnicas mais elaboradas <sup>166</sup>. O incremento das técnicas de manutenção do sistema capitalista deve ser ornado, necessariamente, com a nova visão teleológica do Direito que acabamos de mencionar. Por outro lado, a manutenção do modo de produção capitalista no século XX implica uma maior participação do setor estatal na economia, assumindo a gestão direta de atividades econômicas (o que não ocorria no Estado abstencionista). Incluímos aí os monopólios.

O próprio Habermas afirma que “o surto de um setor público é, entre outras coisas, uma indicação que o Estado busca a produção de bens coletivos aos quais ele torna acessíveis ao poupar para uso privado na forma de infra-estrutura material e imaterial.” <sup>167</sup> Prossequindo na análise de Habermas vemos que o Estado Econômico com Fins Sociais tem o fito, às escâncaras, de preservação do sistema, superando crises se necessário. Com o objetivo de classificação expõe as atividades governamentais, em categorias, para a manutenção do modo de produção capitalista. O Estado capitalista contemporâneo desenvolve:

a) Atividades *constitutivas* do modo de produção.

a.1) manutenção das instituições básicas - propriedade e liberdade contratual;

<sup>166</sup>. HABERMAS, Juergen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Tradução de Vamirch Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980. (Biblioteca Estudos Universitários), p. 74.

<sup>167</sup>. *Ibid.*, *idem*.

a.2) proteção de efeitos colaterais do próprio sistema - jornada de trabalho regulamentada, legislação contra cartéis;

a.3) estruturação dos pré-requisitos da economia - educação, transporte, comunicações;

a.4) manter a capacidade da economia - com uma política de exportação;

a.5) assegurar a reprodução do modo de produção - integridade do território nacional por meio de forças militares.

b) Adaptações *complementadoras* - adaptação do sistema a novas formas de organização (como a criação de novos instrumentos bancários e manipulação do sistema fiscal).

c) Ações *substitutivas* ao mercado - o Estado reage à fraqueza das forças do mercado em setores específicos (como o maior consumidor de artefatos técnico-científicos avançados).

d) O Estado *compensa* conseqüências disfuncionais do sistema.

d.1) O Estado se encarrega de efeitos provocados pela empresa privada (danos ecológicos) <sup>168</sup>;

d.2) assegura a sobrevivência de setores (agricultura subsidiada);

d.3) busca melhorar a situação dos trabalhadores (medidas de bem estar social e salariais).

Sob a égide das ações *compensatórias* e *substitutivas* que melhor se delineia o Estado Econômico com Fins Sociais, avança o caráter funcional-finalístico do Direito. É importante frisar que mesmo o Estado abstencionista atuava: manter exército nacional para a defesa do

---

<sup>168</sup> . A colocação do Estado como responsável pela reparação dos danos ecológicos deve ser devidamente pesada quando aplicada à realidade brasileira. Remetemos o leitor ao artigo 225 da Constituição.

território, garantir as instituições pilares do capital - propriedade privada dos meios de produção e liberdade contratual. Todavia hoje alarga-se a ação estatal para além das funções *constitutiva e complementar*, e é na senda aberta pela nova realidade que encontramos a renascença do Direito econômico.

4.1.4. Após a Primeira Grande Guerra o mundo do capitalismo viu-se frente a frente com uma corrente de transformações que o conduziram a mais grave crise, de questionamento de seus fundamentos, nos três séculos que usamos abordar no trabalho. O liberalismo econômico teve sua leitura da realidade abalada pelos novos liberais - Keynes - e por matrizes estranhas ao sistema - o marxismo. Repicaram as insuficiências explicativas do liberalismo econômico nas estruturas político-jurídicas do capitalismo, seguindo-se uma série de experiências de ruptura da organização clássica - como é exemplo o nazi-fascismo.

Por certo que o Estado dos anos 30, e o Estado Econômico com Fins Sociais contemporâneo, se não apresentam (apresentavam) a ruptura com a organização clássica do liberalismo político e econômico, são construções *superadoras* da mesma. O Estado cada vez mais absorto na programação e realização de políticas públicas não está moldado ao figurino dos oitocentos onde cumpria o papel de cumpridor de declarações de direitos <sup>168</sup>.

É a partir do momento em que o Estado começa a figurar como agente ativo, um agente positivo, e não o Estado negativo do abstencionismo, que se afirma o Direito econômico como campo merecedor de destaque dentro do estudo jurídico. Ao se instrumentalizar um conjunto de normas que dispunham sobre a ação positiva do Estado na

---

<sup>168</sup> . COMPARATO, Fábio Konder. A organização constitucional da função planejadora. In: CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional. Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 80

economia que o Direito econômico ganha seu *status*, o que coincide com o final da Primeira Guerra. Inicialmente prosperou o entendimento que as normas de ação estatal eram momentâneas, frutos dos atribulados anos de guerra. Corporificado o dirigismo racional dos anos 30, ganhou espaço entre a doutrina - sobretudo alemã e italiana - a existência e dignidade de um campo autônomo de estudos jurídicos, o Direito econômico<sup>169</sup>.

Os delineamentos históricos do Direito econômico são os pilares de sua existência. É com o romper da ordem estatal abstencionista que a politização do econômico irá atingir o Direito, com a normatização jurídica da política econômica do Estado. Sem os condicionantes do Estado e capitalismo contemporâneos não há que se falar em Direito econômico - o Direito econômico é o Direito da política econômica estatal<sup>170</sup>.

#### 4.1.5. Eros Roberto Grau, assim define o Direito econômico:

“Sistema normativo voltado à ordenação do processo econômico, mediante a regulação, sob o ponto de vista macrojurídico, da atividade econômica, de sorte a definir uma disciplina destinada a efetivação da política econômica estatal.”<sup>171</sup>

E a lição de Washington Peluso Albino de Souza:

“é o ramo do Direito que tem por objeto a regulamentação da política econômica e por sujeito o agente que dela participe. Como tal, é um conjunto de normas de conteúdo econômico que assegura a defesa e a harmonia dos interesses individuais e coletivos, de acordo com a ideologia adotada na ordem jurídica. Para tanto utiliza-se do princípio da ‘economicidade’.”<sup>172</sup>

<sup>169</sup> . SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 3. ed. revista e ampliada. São Paulo: LTR, 1994. p. 43.

<sup>170</sup> . GRAU, Eros Roberto. *Elementos...* Op. cit., p. 23-24.

<sup>171</sup> . *Ibid.*, p. 31.

<sup>172</sup> . SOUZA, Washington Peluso Albino. *Estudos de direito econômico*. Belo Horizonte: Movimento Editorial, UFMG, 1995. p. 79. v. 1. Id. *Primeiras linhas...* Op. cit., p. 23.

E Modesto Carvalhosa:

“Conjunto de normas que, com um conteúdo de economicidade, vincula as entidades econômicas, privadas e públicas, aos fins constitucionais cometidos à ordem econômica, conciliando, ademais, os conflitos de interesses entre esses fins e os objetivos próprios e naturais das entidades econômicas privadas na condução das suas disponibilidades de dispêndio, investimentos e empreendimentos; objetivos estes assegurados pelo princípio constitucional da livre iniciativa.”<sup>173</sup>

Os vários conceitos acima permitem que façamos uma síntese, com o objetivo de delinear o conceito de Direito econômico.

a) *Conjunto de normas ou sistema de normas*. Por tratar-se de ramo do Direito estamos a nos referir a *normas jurídicas*. O Direito econômico é um conjunto, de ordenação sistemática, de normas jurídicas que guardam entre si elementos de ligação, reputando-lhe a condição de *ramo autônomo* do Direito. Os elos de ligação e a condição de sistema normativo autônomo só podem ser confirmados a partir do momento em que acreditamos que as normas de Direito econômico tem uma especificidade.

a.1) Direito econômico é *ramo do Direito*. Washington de Souza afirma a natureza de ramo autônomo do Direito econômico por possuir “sujeito, objeto, normas e campo próprios que não permitem confundí-lo com os demais”<sup>174</sup>. Para Ricardo Lucas Camargo a caracterização de um ramo do Direito deve ser feita a partir da observação do tratamento que determinadas normas emprestam aos fatos. A norma jurídica existe em função de um fato a que sujeitos de Direito estabelecem um certo juízo de valor<sup>175</sup>. Cumpre estabelecer quais os

<sup>173</sup>. CARVALHOSA, Modesto. Op. cit., p. 361.

<sup>174</sup>. SOUZA, Washington Peluso Albino. *Primeiras linhas...* Op. cit., p. 23.

<sup>175</sup>. CAMARGO, Ricardo Lucas. *Breve introdução ao Direito Econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 14-15.

fatos (naturais? econômicos?) que as normas de Direito econômico tomam em consideração e quais os juízos estabelecidos para sua valoração. Complementa Camargo que além da definição de um ramo do Direito, determinada disciplina pode também ser considerada ramo da ciência jurídica. O ramo da ciência jurídica precisaria uma descrição e interpretação do tratamento do fato estabelecido por certas normas, permitindo a aferição de princípios e institutos peculiares <sup>176</sup>.

b) *Normas com conteúdo econômico, com conteúdo de economicidade.* As normas de Direito econômico tem sempre um conteúdo econômico. A assertiva deve ser assimilada com reserva e prudência pois toda norma, de qualquer campo do Direito, terá, de alguma maneira, relação com os fatos econômicos: o tratamento dado ao furto em matéria penal não deixa de ser uma valoração do fato econômico. Notemos que os fatos econômicos são todos aqueles capazes de produzir efeitos nos interesses humanos e, aí, no equilíbrio entre os interesses, surge o Direito como mediador, capaz de estabelecer o justo na relação <sup>177</sup>. Na luta de interesses entre bens finitos para satisfazer as necessidades crescentes do homem, entra o Direito como o elemento capaz de valorar as atividades desenvolvidas pelo homem, para que se realizem os valores tidos (em uma formação social específica) como mais valiosos <sup>178</sup>. Assim, estabelecemos uma ponte entre o Direito e a economia que perpassa, de alguma maneira, todas as normas jurídicas - Direito civil, penal, tributário...

Voltemos ao problema da especificidade das normas de Direito econômico. Ao esgrimir que as normas de Direito econômico tem sua especificidade, Carvalhosa aponta que estas (sejam coercitivas ou dispositivas) estão voltadas ativamente à consecução de fins

---

<sup>176</sup>. Ibid., p. 15-16.

<sup>177</sup>. Ibid., p. 21.

<sup>178</sup>. Ibid., p. 24-25.

sócio-econômicos definidos dentro da política econômica do Estado <sup>179</sup>. *A valoração do fato econômico pelo Direito econômico dá-se dentro dos parâmetros da política econômica definida pelo ente estatal*, considerando o Estado (intervencionista) como conformador da atividade econômica. Ai reside a especificidade do Direito econômico. A *economicidade* que enforma a norma de Direito econômico vai além da mera consideração do fato econômico como passível de ponderação pelo Direito (o Direito em geral), a *economicidade* fornece um *plus* às normas do Direito econômico:

- porque considera a atividade econômica como expressão da ordem política;
- porque trata a atividade econômica como vontade expressa na Constituição;
- porque reflete a política econômica racionalmente adotada por um Estado <sup>180</sup>.

As normas de Direito econômico tem o conteúdo econômico como gênero, especificados pela política econômica adotada <sup>181</sup>.

A *economicidade* é instrumento hermenêutico que permite harmonizar os princípios aparentemente conflitantes encontrados na Constituição já que ela é portadora da flexibilidade que é essencial às normas de Direito econômico. Toma-se a norma como integrada no conjunto da Constituição, integração feita às custas da submissão da norma ao universo da *ideologia constitucionalmente adotada*. A flexibilidade ditada à norma de Direito econômico pelo princípio da *economicidade* deve-se à celeridade com que são operadas as transformações no mundo econômico <sup>182</sup>. *Atualizamos* a norma sem subverter os princípios ideológicos fundamentais.

<sup>179</sup> CARVALHOSA, Modesto. Op. cit., p. 285-286.

<sup>180</sup> Ibid., 316-319.

<sup>181</sup> SOUZA, Washington Albino Peluso de. *Primeiras linhas...* Op. cit., p. 26.

<sup>182</sup> Ibid., p. 28-29.

b.1) O *objeto* do Direito econômico. Para Washington de Souza, o tratamento do conflito entre os interesses privados e os interesses públicos sob a dimensão da política econômica em que ambos estão envolvidos é o objeto do Direito econômico <sup>183</sup>.

b.2) A *ordenação do processo econômico*. O Direito econômico é produto histórico, do rompimento com os marcos do liberalismo e da ordenação da economia pelo Estado <sup>184</sup>.

c) Tem por *sujeito o agente que dela participe, vincula as entidades econômicas, privadas e públicas*. Eminentemente dinâmico, o Direito econômico trata os entes como realizadores de atividades, como entidades econômicas participantes do processo econômico. O homem é tomado agora como integrado ao comportamento - ativo - do grupo, fugindo à concepção estática-atomística do liberalismo clássico <sup>185</sup>. Ainda como reflexo da *economicidade* (conforme Modesto Carvalhosa) as normas de Direito econômico vinculam as entidades privadas e públicas. O dirigismo racional busca a conciliação da iniciativa privada com a iniciativa estatal, ambas devendo desenvolver seus campos de atividades com vistas ao atingimento do bem estar coletivo, objetivo este definido na política econômica nacional.

c.1) Sob o ponto de vista *macro-jurídico*. Utiliza-se Eros Roberto Grau de um paralelo entre o conceito de microeconomia e macroeconomia e o conceito de tratamento microjurídico e macrojurídico. O tratamento normativo de ramos como o Direito civil e comercial é microjurídico pois o conteúdo econômico dessas normas tutela, em primeiro lugar, o interesse individual e indiretamente o interesse social. O tratamento microjurídico está centrado em cima de sujeitos previamente construídos, ou seja, o tratamento tem como ponto central situações unitariamente consideradas. Por outro lado, o conteúdo econômico

---

<sup>183</sup>. Ibid., p. 25.

<sup>184</sup>. GRAU, Eros Roberto. *Elementos...* Op. cit., p. 17-18.

<sup>185</sup>. CARVALHOSA, Modesto. Op. cit., p. 337-338.



das normas de Direito econômico visa diretamente o interesse social, toma-se o comportamento global dos agentes econômicos - plano macrojurídico. O tratamento macrojurídico está construído em torno das atividades desempenhadas pelos sujeitos do processo econômico (não considerados unitariamente) <sup>186</sup>.

d) Os *fins constitucionais cometidos à ordem econômica, a ideologia adotada na ordem jurídica*. A ideologia adotada refere-se, nas palavras de W. Souza, aos princípios adotados pela Constituição vigente <sup>187</sup>. Na Constituição estão dispostos os objetivos que o Estado e a sociedade devem perseguir para atingir o bem estar e o desenvolvimento coletivos. As normas de Direito econômico logram realizar o papel de instrumentos para alcançar tais objetivos e, sobretudo, colocam o econômico (ordem econômica enquanto o mundo do econômico - ser) condicionado por um modo de ser jurídico (a ideologia adotada constitucionalmente na ordem econômica - dever ser). Certos valores e os meios para realizá-los serão definidos constitucionalmente, mais especificamente, na Ordem Econômica encontraremos o modelo jurídico normativo que irá implementar um dado regime-forma do sistema. Então é na Ordem Econômica, seja esta um título, seção, capítulo ou mesmo disperso na Constituição é que estarão eleitos (pelo Constituinte) os princípios da atividade econômica (os contornos ideológicos fundamentais).

e) O Direito econômico concilia os *conflitos de interesses entre os fins constitucionais e o os objetivos próprios e naturais das entidades econômicas privadas; e assegura a*

<sup>186</sup>. GRAU, Eros Roberto. *Elementos...* Op. cit., p. 28-31.

Verificamos o tratamento microjurídico no processo de falência. O interesse tutelado primeiramente é o dos sujeitos envolvidos na relação. O interesse social é reflexo: satisfação de todos os créditos para evitar a velhacaria, a ruptura da confiança do mercado na satisfação de dívidas. O tratamento macrojurídico é diferente. Já no caso de exploração direta de atividade econômica pelo Estado (art. 173 da CRFB) o interesse é social-coletivo. O Estado - como a própria norma o diz - explorará atividade em proveito do coletivo. Toma-se o comportamento global da economia para saber se um setor econômico deverá ser explorado pelo Estado e não se está centrado na relação entre sujeitos previamente determinados.

<sup>187</sup>. SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas...* Op. cit., p. 27.

*defesa e a harmonia dos interesses individuais e coletivos.* O Direito econômico apresenta-se como emblemático da preocupação centrada no coletivo sem descurar do indivíduo. A bem da verdade as atividades econômicas de todos os sujeitos estão canalizadas (graças ao dirigismo racional) para o bem-estar coletivo. Isso representa uma ruptura com os padrões convencionais dicotômicos entre o interesse público e privado. No Direito econômico estão aliados o patrocínio estatal com a autonomia relativa dos agentes privados <sup>188</sup>. Esta autonomia relativa coloca à iniciativa privada ônus para o exercício de seus interesses; ônus que colocam a iniciativa privada como, ela também, entidade a serviço do bem estar coletivo - cumprir a função social da propriedade, geração de empregos, respeito ao meio ambiente.

4.2. A ORDEM ECONÔMICA. No histórico das Constituições do Brasil notamos que é a partir da Carta de 34 que encontramos a inserção de uma Ordem Econômica; não estava presente nas Cartas de 1824 e 1891. A Ordem Econômica, que vemos inserida no discurso normativo constitucional brasileiro desde 34, é expressão que pode comportar três significados <sup>189</sup>:

a) Ordem Econômica pode “designar o modo de ser uma economia concreta”, expressão de uma realidade concreta, conceito que descreve o mundo fático. Podemos acreditar que naturalmente, por força dos homens em contato nasce, espontânea, uma realidade econômica concreta livre de valorações.

b) Ordem Econômica pode designar todo o complexo normativo-valorativo que regula a atividade econômica. Tal complexo normativo é o mais amplo possível: comporta normas de Direito, moral, religião. É a ordenação - por normas - da atividade econômica.

---

<sup>188</sup>. CARVALHOSA, Modesto. Op. cit., p. 358.

<sup>189</sup>. MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 67-71.

c) Ordem Econômica pode designar todo o complexo de normas jurídicas que regulam a economia, i.e., “aquelas que, num determinado espaço econômico, têm por objeto as relações de produção e, em geral, as relações econômicas que têm lugar nesse espaço”.

A inexistência de um título, capítulo ou seção nomeada Ordem Econômica (normas jurídicas) nas Constituições brasileiras do século passado não fez mais que reprisar os paradigmas do constitucionalismo liberal clássico. Ai encontrávamos um modelo de Constituição que manifestava-se em duas dimensões: a organização dos poderes e a Declaração dos Direitos e Garantias individuais; as normas de conteúdo econômico (garantia à propriedade, p. e.) eram poucas e estavam dispersas não constituindo um corpo sistematizado <sup>190</sup> - como o atual Título VII da CRFB. Isso coloca-nos frente a situações limite:

- a) uma ordem econômica (realidade fática) integralmente ajuridicizada;
- b) uma ordem econômica (realidade fática) integralmente juridicizada.

Assim como afirmamos que os monopólios puros são peça de difícil concretização, também é difícil imaginar as realidades descritas nos itens acima: a) e b) . Mesmo no modelo do constitucionalismo liberal clássico (séculos XVIII e XIX) havia uma regulação jurídica - mínima e dispersa - da ordem econômica (mundo dos fatos - ordem concreta de uma economia). O mais encarniçado dirigismo não logrou regular juridicamente, por inteiro, a ordem econômica.

A forma-regime do capitalismo do século XX trouxe para o seio das Constituições uma parte destacada destinada a regular - juridicamente - a economia. Campos antes

---

<sup>190</sup>. HORTA, Raul Machado. Constituição e Ordem Econômica e Financeira. *Revista de informação legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 28, nº 111, p. 6, jul. - set. 1991.

intocados pelo Direito no liberalismo, conhecem agora uma dimensão jurídico-regulatória: a concorrência, o mercado, a empresa <sup>191</sup>. A transformação dos paradigmas do constitucionalismo pode ser ilustrada a partir da indagação de Canotilho:

“Deve uma Constituição conceber-se como ‘estatuto organizatório’, como simples ‘instrumento de governo’, definidor de competências e regulador de processos, ou, pelo contrário, deve aspirar a transformar-se num plano normativo-material global que determina tarefas, estabelece programas e define fins? Uma Constituição é uma lei do Estado e só do Estado ou é um ‘estatuto jurídico do político’, um ‘plano global normativo’ do Estado e da sociedade?” <sup>192</sup>

A Constituição que se pretende um plano global normativo, estabelecadora de fins e tarefas não se limita a afirmação de elementos chave da ordem económica (mundo fático), ela propõe um plano normativo que conforme a mesma ordem, aí ganha corpo uma secção destacada de regulação jurídica da economia, a Ordem Económica (mundo das normas jurídicas). Voltemos ao conceito de Direito económico: suas normas trabalham com uma perspectiva dinâmica, de diligência no atingimento dos objetivos da política económica. A Constituição padrão do liberalismo clássico assimilava a ordem económica (fática) de maneira estática, não se preocupava em conformá-la; o dogma da separação do político e do económico não tolerava uma tal conformação jurídica da economia.

Não podemos descuidar da dimensão político-histórica em que passaram a ser inseridas as Ordens Económicas nas Constituições vigentes: o abalo das estruturas do capitalismo e a preocupação em utilizar o Direito como instrumento da preservação do

---

<sup>191</sup>. MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 88.

<sup>192</sup>. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. reimpressão. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 12.

sistema <sup>193</sup>. A forma-regime do capitalismo vintecentista apresenta como elemento identificador a sua dimensão conformadora econômico-social. E é possível arregimentar uma seqüência de fundamentos para a inserção da Ordem Econômica, elucidando o fenômeno:

a) A Ordem Econômica nas Constituições é produto da inoperacionalidade do liberalismo, que gerou concentração econômica - desaparecendo o pilar da liberdade de concorrência-, os altos custos sociais - poluição-, necessidade de produção de bens coletivos que as unidades privadas não tinham interesse em fazê-lo <sup>194</sup>.

b) A inserção das Ordens Econômicas Constitucionais é fruto de um processo de racionalização progressiva da economia - cada vez mais com calculabilidade e previsibilidade -, e a normatização jurídica seria o exemplo maior do processo de racionalização sistemática da economia <sup>195</sup>.

4.3. CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA. Usamos chamar o conjunto de normas afetos à economia de Constituição Econômica. As expressões *Constituição Econômica* e *Ordem Econômica* teriam em linhas gerais o mesmo significado:

“Ao conjunto das normas <sup>196</sup> constitucionais e dos princípios constitucionais relativos à economia - i. e., à ordem constitucional da economia - pode dar-se, (...), o nome de *Constituição econômica*. Trata-se do conjunto de normas <sup>197</sup> e de princípios constitucionais que caracterizam basicamente a organização econômica, determinam as principais regras de seu funcionamento, delimitam a esfera de ação dos diferentes sujeitos econômicos, prescrevem os grandes objetivos da política

<sup>193</sup> . HABERMAS, Juergen. Op. cit., p. 69-74.

<sup>194</sup> . NUSDEO, Fábio. A Ordem Econômica Constitucional no Brasil. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. ano XXVI, nº 65, p. 16-17, jan. - mar. 1987.

<sup>195</sup> . MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 98-103.

<sup>196</sup> . cremos ser mais apropriado substituir normas por regras.

<sup>197</sup> . O mesmo observado na nota acima.

econômica, enfim, constituem as bases fundamentais da ordem jurídico-política da economia”.<sup>198</sup>

Ao dizer que a Constituição Econômica explicita as normas fundamentais da economia - normalmente sob a dimensão normativa de princípios - estabelecemos os contornos do sistema capitalista, há, aí, a tradução jurídica de um peculiar modo de produção, da distribuição do poder econômico e do produto social, como se exerce a coordenação da atividade econômica numa formação social<sup>199</sup>. Especificando o conceito de Constituição Econômica J. Simões Patrício mostra que o complexo pode abranger:

“i) as normas que demarcam e garantem os elementos definidores de um sistema econômico, nesse sentido constituintes do mesmo sistema (*área de garantia, constituição estatutária*);

ii) as normas que têm por objeto as formas de organização e funcionamento do sistema, normas que podem variar e de fato variam, no espaço e no tempo, para um mesmo e único sistema (*área de organização*);

iii) as normas que prospectivamente disciplinam ou implementam uma nova ordem econômica, mostrando-se aí - (...) - o papel inovador ou criador do Direito (*área de programa, constituição programática*)”<sup>200</sup>.

As Constituições modelo do liberalismo preocupavam-se mais com a *área de garantia* do sistema econômico, próprio ao estilo do *estatuto do poder* que informava a concepção dessas Cartas. Mesmo nos séculos XVIII e XIX havia disposições normativas sobre a economia, restritas e dispersas; a ordem econômica (mundo fático) totalmente ajuridicizada

<sup>198</sup> . CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 151.

<sup>199</sup> . MOREIRA, Vital. *A ordem...Op. cit.* p. 135-137.

<sup>200</sup> . PATRÍCIO, J. J. Simões. *Curso de Direito Económico*. 2. ed. revista e atualizada. Lisboa: AAFDL, 1985. p. 158-159.

é peça teórica. Devemos atentar que também a abstenção estatal deve estar patente no plano normativo, pois os freios à ação estatal neste estão ou estarão presentes <sup>201</sup>. Já as Constituições do século XX apresentam maior densidade ao tratar do campo econômico, consagrando em sua maioria um Estado ativo - interventor, conformador <sup>202</sup> - da economia, cumprindo ao texto constitucional explicitar a *organização* da economia. Além da *área de organização* da ação estatal e da ação privada, lançam as Constituições contemporâneas programas, diretrizes a serem alcançadas pelo Estado e Sociedade - *área de programa*.

É oportuno discriminar a *Constituição econômica material* da *Constituição econômica formal*. Por vezes as normas jurídicas estruturantes de um sistema não estão explicitadas na Constituição, podendo mesmo estar presentes no patamar infra-constitucional:

- *Constituição econômica formal*, normas sobre a economia presentes na Constituição;

- *Constituição econômica material*, qualquer norma que define ponto fundamental da economia, não encontrada necessariamente na Constituição <sup>203</sup>.

A doutrina aponta o caso da Constituição alemã de 46 que não contempla a Constituição Econômica material - não define os elementos fundamentais do sistema - deixada à legislação infra-constitucional; as normas afetas à economia presentes na Constituição alemã (Constituição Econômica formal) têm acentuado caráter compromissório, deixando irresoluto o problema dos fundamentos do sistema (capitalismo? socialismo?) <sup>204</sup>.

<sup>201</sup>. CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Breve introdução...* Op. cit., p. 31.

<sup>202</sup>. Segundo Vital Moreira exige-se do Estado no século XX ação e não abstenção, como forma de manter o sistema de pé. Loc. cit., p. 140.

<sup>203</sup>. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 6-8.

<sup>204</sup>. Conforme: GRAU, Eros Roberto. *A ordem...* Op. cit., p. 83-87. PATRÍCIO, J. J. Simões. Op. cit. p. 160.

4.4. POSIÇÃO SISTEMÁTICA. A Ordem Econômica e Financeira da CRFB ocupa o Título VII de nossa Carta, compreendendo 12 artigos - art.170 a art. 192. A distribuição de matérias realizada pelo Constituinte é feita em quatro capítulos: dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, da Política Urbana, da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária e do Sistema Financeiro Nacional.

Não é possível espartilhar o Título VII como se fosse peça isolada do texto, ou, a Constituição Econômica fosse destacada da Constituição Política. Está integrada ao conjunto de normas constitucionais <sup>205</sup>. Notemos que há mesmo normas referentes à Ordem Econômica que estão visivelmente deslocadas do Título VII, como é o caso dos Princípios Fundamentais - arts. 1º e 3º - que informam toda a Constituição Econômica. Há ainda normas integrantes da Ordem Econômica espalhadas pelos Direitos e Garantias Fundamentais - especialmente nos Direitos Sociais - e na Ordem Social. Parece-nos difícil apartar a Ordem Econômica da Ordem Social, já que as normas de ambas são aquelas que formam o modelo de Constituição preocupada com a segurança sócio-econômica da coletividade. E mais do que nunca as normas da Ordem Social - saúde, previdência social, assistência social, educação - dizem respeito ao Estado atuante, preocupado em solucionar as mazelas do sistema. É impossível imaginar que a política econômica do Estado esteja deslocada de uma atuação social.

Ponderações devem ser tecidas à enunciação de uma Ordem Econômica e *Financeira*. A expressão está ligada - veja o Capítulo IV - ao Sistema Financeiro Nacional, prodigalizando as tarefas do legislador ordinário na regulação de tal setor - todo o capítulo faz remissão à lei complementar. Se empregasse a expressão Ordem *Financeira* em sua amplitude o Constituinte teria que incluir aí as finanças públicas - orçamento, tributos...

---

<sup>205</sup>. CANOTILHO, J. J. Gomez, MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 151-152.



Limitou-se a tratar do sistema financeiro e remete ao título anterior - VI - a tributação e orçamento<sup>206</sup>.

Todavia, a disposição da OEF, embora não signifique uma Constituição Econômica apartada do restante do texto, traz as linhas gerais que possibilitam uma hermenêutica própria<sup>207</sup>. Foi intento do Constituinte disciplinar as normas afetas à organização econômica da maneira mais clara possível: concedeu-lhe título próprio, elencou seus princípios à entrada, organizou os setores entregues à ação estatal e privada, distribuiu a matéria em capítulos (quatro).

No que diz respeito à intervenção do Estado em regime de monopólio nosso interesse, a despeito das observações tecidas no parágrafo anterior, está concentrado no Capítulo I, Título VII da CRFB. O mesmo Capítulo I da OEF que traz os princípios estruturantes da ordem econômica, notadamente no art. 170 e seus incisos. E o motivo do tratamento da atividade monopolizadora do Estado entre os Princípios Gerais da Atividade Econômica é que neste capítulo há um setor de normas com endereço certo: a *área de organização* da economia. Se no Capítulo I há a *área de garantia* (art. 170, II), *área programática* (art. 170, VI) há a área organizatória que dá forma ao sistema:

- limites à exploração de atividades econômicas pelo Estado (art. 173 e §§);
- função de planejamento do Estado e suas atribuições (art. 174, *caput* e § 1º);
- *atividades que são desenvolvidas em regime de monopólio* (art. 177).

---

<sup>206</sup> . A Constituição Portuguesa, por exemplo, disciplina o orçamento, os tributos, o sistema financeiro. Em última análise quer romper com a construção clássica do liberalismo de neutralidade das finanças públicas.

Ibid., p. 171.

<sup>207</sup> . SOUZA, Washington Peluso Albino de. A experiência...Op. cit., p. 23.

4.5. COMENTÁRIOS À ORDEM ECONÓMICA E FINANCEIRA NA CRFB. Os preâmbulos das Constituições parecem fazer as vezes de cronistas privilegiados do momento sócio-político em que foram gestadas as Leis Maiores. Seus enunciados conseguem com fidelidade expor a concretização de momentos de nossa história. O Preâmbulo da Constituição japonesa do pós-guerra afirma “os frutos da cooperação pacífica com todas as nações, (...), e resolvidos a não permitir jamais a visita dos horrores da guerra através da ação governamental” proclama a Carta nipônica <sup>208</sup>. O Preâmbulo da Constituição portuguesa de 76 exalta “a resistência do povo português” no derrubar o “regime fascista”, representando “uma transformação revolucionária” e “o início de uma viragem histórica da sociedade portuguesa”, estabelecendo “os princípios basilares da democracia, de assegurar o primado do Estado de Direito democrático e de abrir caminho para uma sociedade socialista.” <sup>209</sup>. O nosso Preâmbulo assim enuncia:

“Nós representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

Pela interpretação do Preâmbulo notamos que a ANC tinha como norte informador a restauração democrática - *instituir um Estado democrático* -, rompendo com o passado de autoritarismo. Não há, em momento algum, a idéia de que tal rompimento deu-se por trilhas revolucionárias ou de instauração de uma nova ordem revolucionária. O *Estado democrático* destina-se a assegurar, e aí vem um rol de mensagens, valores político-

<sup>208</sup>. Id., Poder Constituinte... Op. cit., p. 43.

<sup>209</sup>. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA DE 2 DE ABRIL DE 1976. Alterada pelas leis constitucionais n.ºs 1-82, 1-89, 1-92. CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital (orgs.). 3. ed. revista. Coimbra: Coimbra, 1993.

ideológicos da maneira a mais abrangente possível, inclusória de todas as greis - *direitos sociais e individuais, sociedade fundada na harmonia social*.

Sendo a composição da ANC bastante heterogênea, não ouve força que, autonomamente, embutisse no texto constitucional seus anseios. A transição do regime militar, *controlada e negociada*, reverberou na disciplina utilizada pelo Constituinte, em intenso jogo de transações e compromissos exaustivos. Houve um recurso às normas programáticas - abrangentes e vagas - que fica transparente na OEF. Como no plenário o embate de forças era equilibrado, todas as correntes procuraram adiar para a regulamentação (legislador ordinário) a apropriação do sentido de normas indiscutivelmente flexíveis <sup>210</sup>. Optou a ANC por consagrar normas vagas, genéricas e indeterminadas <sup>211</sup>.

A *área de programa* da OEF, ao contrário da *área de organização*, reflete a abertura impressa à Constituição pela ANC heterogênea, remetendo a luta política à legislatura ordinária - flutuante e flexível - para a delimitação do sentido do programa constitucional <sup>212</sup>. Não há no artigo 170 e seus incisos um programa finalístico e preciso, antes coordenadas genéricas a serem necessariamente conformadas pelo grupo (grupos?) no poder - e sua respectiva política econômica <sup>213</sup>. Há um aspecto bastante positivo ao não encerrar a Carta Constitucional um programa finalístico acabado: a maior adaptabilidade às mudanças patrocinadas pela economia, que a ordem jurídica acaba tendo que enfrentar ao propor-se encerrar a ordem econômica - conciliar segurança com maleabilidade. Por outro lado, não

<sup>210</sup>. FARIA, José Eduardo. Op. cit., p. 81.

<sup>211</sup>. Ibid., p. 92.

<sup>212</sup>. Há em Canotilho a definição dos espaços jurídicos livres: "pode dar-se o caso de ser a própria Constituição a deixar intencionalmente por regular certos domínios da realidade social ou a remeter a sua disciplina normativa para o legislador".

CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 238.

<sup>213</sup>. Façamos o contraste com a Constituição portuguesa, que em seu texto original adotou um programa finalístico, trazendo dificuldades de conformação às transformações da vida econômica. O artigo 2º, na redação original da CRP, colocava como objetivo a *transição para o socialismo*.

está configurada a omissão de balizas pela Constituição. Há coordenadas genéricas da organização econômica que comportam boa variação; variação mas não mutação constitucional. Há um sistema econômico fundamentado na Constituição - capitalista - com as garantias inerentes (área de garantia) <sup>214</sup>, organizado sob uma peculiar forma-regime (área de organização) <sup>215</sup>, com um programa genérico - não finalista (área de programa) <sup>216</sup>.

4.6. CRÍTICAS À REFORMA NA OEF. Foram as normas da Ordem Econômica (e em reflexo da Ordem Social) as que se submeteram, em primeiro tempo, ao processo de reforma iniciado em 95, em sua maioria por PEC de iniciativa do Executivo. Cumpre precisar que a CRFB contempla (contemplou) duas espécies de reforma:

a) a via extraordinária e transitória de reforma - a revisão (art. 3º, ADCT);

b) a via permanente de reforma no ordenamento brasileiro - emenda constitucional (art. 60) <sup>217</sup>.

A via de reforma por meio de revisão esgotou seus trabalhos no ano de 1994, não sem antes provocar ácidas discussões sobre a oportunidade de fazê-la (em ano eleitoral), sobre a legitimidade do Congresso Revisor (em final de mandato), e sobre os pré-requisitos para a sua instalação (estaria vinculada ao plebiscito com resultado favorável à monarquia e ao parlamentarismo?). No mais não trouxe alterações à OEF aprovando Emendas de Revisão sobre outros assuntos.

<sup>214</sup> . A propriedade privada dos meios de produção - art. 170, II; impossibilidade de desapropriação para fins de reforma agrária da terra produtiva - art. 185, II; a livre iniciativa - art. 170, *caput*.

<sup>215</sup> . Exploração de atividades econômicas pelo Estado - art. 173; a propriedade dos meios de produção deve cumprir sua função social - art. 170, III; *monopólios estatais* - art. 177.

<sup>216</sup> . Assegurar a todos existência digna - art. 170, *caput*; busca do pleno emprego - art. 170, VII.

<sup>217</sup> . BONAVIDES, Paulo. A Revisão Constitucional na Carta de 88. *Alter Agora*, Florianópolis: UFSC, ano I, nº 1, p. 14-15, mai. 1994. Id., *Curso de Direito...* Op. cit., p. 198-199.

É de responsabilidade do Congresso Nacional o poder de emendar a Constituição por via permanente, condição que lhe reputa o papel de Poder Constituinte Derivado ou de Reforma. A rigidez e supremacia da CRFB derivam do processo e limites impostos ao Poder Derivado na propositura de Emendas, especialmente os catalogados no artigo 60<sup>218</sup>. As limitações ao Poder de Reforma podem ser divididas em: expressas, presentes no próprio texto constitucional; tácitas, decorrentes do “espírito e princípios” da Constituição. As primeiras limitações dividem-se ainda em temporais, materiais e circunstanciais<sup>219</sup>:

a) Limitações temporais: é forma de obstaculizar o exercício do poder de reforma definindo, o poder constituinte originário, um lapso temporal em que não pode a Constituição ser alterada<sup>220</sup>.

b) Limitações circunstanciais: tornam ilegítimas as modificações constitucionais processadas em determinadas situações - art. 60, § 1º.

c) Limitações materiais: certos conteúdos da Constituição são considerados invioláveis não se facultando ao poder de reforma alterá-los - art. art. 60, § 4º.

As limitações tácitas (ou limitações materiais implícitas), como o próprio nome o diz, não estão expressas no texto constitucional, mas não se permite ao poder de reforma violar o espírito e essência da Constituição. Como analisamos em capítulos anteriores e nos itens acima, a OEF está integrada dentro do conjunto da Constituição, necessariamente informada por Princípios dispersos ao longo de todo o texto. Apontamos reiteradamente que a estrutura de Princípios e Regras permitem aferir a consagração do sistema capitalista, em forma-regime de Estado atuante no domínio econômico e social, preocupado com o bem-estar

<sup>218</sup> . SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10. ed. revista. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 64-67.

<sup>219</sup> . BONAVIDES, Paulo. *Curso de...* Loc. cit., p. 176-180. SILVA, José Afonso da. Loc. cit., p. 68-70.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 31-39.

<sup>220</sup> . No caso da CRFB a limitação temporal dirige-se ao processo revisor - art. 3º, ADCT.

coletivo e atingimento de padrões satisfatórios de existência para os nacionais. A partir desta constatação parece estar desenhado o limite principal ao Poder de Reforma no que diz respeito à OEF: garantia às estruturas de mercado capitalista porém conformado por um Estado atuante (intervencionista).

Analisando o artigo 1º da CRFB vemos que há a necessidade de conjugação da livre iniciativa com os valores do trabalho. É apenas uma das limitações implícitas, não sendo lícito reformar a Constituição em sua Ordem Social para o livre jogo do mercado ou iniciativas filantrópicas esparsas e sem participação estatal. Vislumbremos a intervenção na atividade econômica. Certamente a Constituição tratou de limitar a ação estatal (art. 173, art. 175, art. 177) mas construiu um modelo de Estado atuante, que não deixa à mercê das forças livres do mercado a atividade econômica. O Poder Constituinte derivado deve respeitar o equilíbrio entre a iniciativa privada e a ação estatal, com o objetivo de alcançar a justiça social, valorizar o trabalho e a própria liberdade de iniciativa - para evitar a concentração do poder econômico privado.

Uma última consideração. O traço constante das PECs (aprovadas ou em tramitação) é que foram de iniciativa do Executivo Nacional. A resposta para tal situação buscaremos algures, nas transformações por que passaram as funções estatais no século XX. Cada vez mais preocupado em garantir a segurança sócio-econômica coletiva, o Estado precisou dispor de suficiente celeridade para enfrentar a dinâmica das transformações econômicas. Não podendo ser satisfeita a velocidade reclamada pelos procedimentos institucionais clássicos do liberalismo, recrudescer a importância do Executivo, com o esgarçamento dos papéis da administração pública.

Não seria demais afirmar que o Executivo avocou a função de produzir leis (Medidas Provisórias)<sup>221</sup> e, por outro lado, a aplicabilidade e eficácia das leis hoje depende, em larga margem, da produção normativa por parte da administração - função regulamentar, produção de decretos, portarias, instruções, resoluções<sup>222</sup>. Há uma divisão de especialidades dentro da administração pública cumprindo a setores definidos realizar as políticas de cada setor, com a expansão de autarquias, fundações, secretarias e sub-secretarias, departamentos, instâncias de controle e planejamento. Natural que as PECs, com temáticas específicas - petróleo, telecomunicações, resseguros - sejam de iniciativa do Executivo. Indiscutivelmente foram gestadas dentro de setores especializados do Executivo e encaminhados ao Congresso Nacional.

4.7. ALTERAÇÕES COM A REFORMA DE 95. As alterações na OEF promovidas pelas reformas de 1995 podem ser resumidas da seguinte forma:

- a) retração da exploração estatal - em atividades econômicas e serviços públicos;
- b) ampliação da participação da iniciativa privada - em atividades econômicas monopolizadas e serviços públicos;
- c) preocupação em remeter ao legislador ordinário a regulamentação dos dispositivos alterados.

Catálogo de alterações:

---

<sup>221</sup> . Não queremos negar que as MPs acabaram por exacerbar os poderes do Executivo, não poucas vezes ferindo o equilíbrio entre os poderes, flertando com o autoritarismo. Ver GOULART, Clóvis de Souto. *Formas e Sistemas de Governo. Uma alternativa para a democracia brasileira*. CPGD-UFSC: Florianópolis, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 126-130.

<sup>222</sup> . A ilustração pode ser feita com dois exemplos recentes:

1. O Plano Collor, instituído por MP, procurou reorganizar a economia nacional. O alcance de suas medidas promoveu o maior confisco de valores da história nacional (mundial?).
2. O Plano Real, instituído por MP, alterando a moeda nacional. Ganha destaque no Plano Real o papel do Banco Central, o seu poder para alterar a cotação da moeda nacional frente ao dólar, justamente um dos pilares do plano de estabilização.

a) EC nº 5 - 15.08.95. Altera o § 2º do artigo 25. Permite a concessão à iniciativa privada do serviço público de gás canalizado, antes só podendo ser explorado pelos Estados ou por delegação exclusiva a empresa estatal.

Redação original do § 2º:

Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão a empresa estatal, com exclusividade de distribuição, os serviços locais de gás canalizado.

Passou a vigorar com a alteração:

Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.

b) EC nº 6 - 15.08.95. Altera o inciso IX do art. 170, o art. 171 e o § 1º do artigo 176. Acaba com a distinção entre empresa brasileira constituída sob as leis brasileiras e empresas brasileiras de capital nacional.

O artigo 171 é simplesmente suprimido. Na redação original assim dispunha:

São consideradas:

I. empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País;

II. empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de Direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.

Redação original do inciso IX, artigo 170:

Tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

Passou a vigorar com a alteração:

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

Redação original do § 1º, do artigo 176:



A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o *caput* deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa brasileira de capital nacional, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

Passou a vigorar com a alteração:

A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o *caput* deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no país, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

EC nº 7 - 15.08.95. Altera o art. 178. Altera a regulação dos serviços públicos de transporte. Põe fim a exploração por embarcações nacionais da navegação de cabotagem.

Redação original:

A lei disporá sobre:

I. a ordenação dos transportes aéreo, marítimo e terrestre;

II. a predominância dos armadores nacionais e navios de bandeira e registros brasileiros e do país exportador ou importador;

III. o transporte de granéis;

IV. a utilização de embarcações de pesca e outras.

§ 1º. A ordenação do transporte internacional cumprirá os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

§ 2º. Serão brasileiros os armadores, os proprietários, os comandantes e dois terços, pelo menos, dos tripulantes de embarcações nacionais.

§ 3º. As navegações de cabotagem e interior são privativas de embarcações nacionais, salvo caso de necessidade pública, segundo dispuser a lei.

Alterado passou a vigorar:

A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

Parágrafo único. Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras.

EC nº 8 - 15.08.95. Altera o inciso XI e alínea *a* do inciso XII do art. 21. Põe fim à exploração exclusiva dos serviços públicos de telecomunicações por entidades estatais, limita a expressão dos serviços públicos de telecomunicação.

Redação original do inciso XI:

Compete à União:

Explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de Direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União.

Alterado passou a vigorar:

Explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.

Redação original do inciso XII, a:

Explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações.

Alterado passou a vigorar:

Explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

EC nº 9 - 09.11.95. Dá nova redação ao art. 177. Altera a forma do monopólio da União sobre as atividades ligadas ao petróleo.

Redação original:

Constituem monopólio da União:

I. a pesquisa a lavra de jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II. a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III. a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV. o transporte marítimo do petróleo bruto (...) ou de derivados básicos de petróleo produzidos no país, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V. a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados

§ 1º. O monopólio previsto neste artigo inclui os riscos e resultados decorrentes das atividades nele mencionadas, sendo vedado à União ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural, (...)

Alterado o § 1º e inserido o § 2º, passou a vigorar:

§ 1º. A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei.

§ 2º. A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

I. a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;

II. as condições de contratação;

III. a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.

As normas alteradas por Emendas Constitucionais são aquelas da área de organização da CE, com o nítido intento de reduzir a atuação estatal ou compartilhá-la com a iniciativa privada. Abandonou-se o discurso constitucional de defesa da empresa nacional, abandonando também o tratamento diferenciado que a mesma gozava. Um tanto à prudência foi o Poder de Reforma remeter a regulação de todos os dispositivos alterados à lei ordinária, expressamente proibindo a edição de Medidas Provisórias a respeito. Evita-se o abuso por

parte do Executivo e permite que a regulação dos setores atingidos seja melhor debatida no Parlamento.

## CAPÍTULO 5. O ESTADO E O PROCESSO ECONÓMICO.

5.1. DICOTOMIA ENTRE O ECONÓMICO E O POLÍTICO. O Estado do século XX é comumente chamado de Estado Interventor, pois no interesse do sistema capitalista desenvolve uma série de atividades económicas. Ao desenvolver atividades económicas passa a idéia que está invadindo um campo que não lhe é destinado originariamente, algo que pertenceria à iniciativa privada. A dicotomia entre o económico - privado - e o público - político, gestada no modelo liberal clássico serve para iluminar as *áreas* em que o Estado *interveio* no século XX, afastando a iniciativa privada. Certamente o problema maior não é de classificação negativa, indicar aqueles setores que o Estado não devia imiscuir-se, e sim a classificação positiva: qual o núcleo de atividades que deve obrigatoriamente - naturalmente - ser de exercício estatal.

Segundo Bobbio uma dicotomia deve ser entendida como um referencial para vários campos do conhecimento - inclusive o Direito - em que é possível agrupar os entes de um universo, cada qual em sua arena, sendo cada arena exclusiva da outra - ou *X* submete-se ao regime de Direito privado ou ao regime de Direito público. Uma dicotomia estabelece uma divisão que acaba por agrupar outras secundárias tornando-se total, englobando todo o universo possível de entes abarcados por um campo do conhecimento - o público representa o mundo do económico e o privado representa o político na economia clássica<sup>223</sup>.

---

<sup>223</sup> . BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade. Para uma teoria geral da política*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. p. 13-14.

Com a afirmação do mundo burguês capitalista na Idade Moderna e Contemporânea, cada vez mais vai se incutindo uma separação entre o mundo das ações que produzem bens materiais - *Poiésis* -, o mundo das atividades produtivas, e de outro lado as atividades políticas - *Práxis*. No mundo burguês os universos da *Práxis* e da *Poiésis* eram imiscíveis, quem se entregava às atividades mecânicas da produção não tinha o cabedal de conhecimentos e recursos para a exercício da atividade política <sup>224</sup>. A visão do mundo burguês encerrava, já em seus primeiros passos, a dicotomia entre o público e o privado. A esfera do econômico - das atividades produtivas - foi teorizada pela economia clássica do liberalismo como sendo uma sociedade de iguais, cristalizada na igualdade - formal - de todos perante a lei e na liberdade contratual. A esfera do político, por sua vez, era vista como uma sociedade de desiguais, subordinados ao poder do Estado <sup>225</sup>.

Na sociedade dos iguais - esfera do econômico - a vazão dos interesses privados, sob a égide da igualdade formal de todos perante a lei, devia estar livre de ingerências do Estado - do político -, pois representaria a formação de um esquema de subordinação entre desiguais num universo de iguais. Foi o momento de máxima exaltação do mercado.

Salta aos nossos olhos o problema da definição: não é lícito ao Estado qualquer participação na esfera do econômico? É preciso abandonar os modelos puros, insustentáveis na realidade. O Estado Gendarme também era atuante, com diferenças qualitativas de ação. Manter uma força policial de defesa da propriedade não pode ser excluído dos quadrantes da ação estatal. Somemos ao fato que toda ordem econômica carece de uma ordem jurídica, ainda que limitada à garantia dos meios de produção. Podemos extrair daí duas constatações:

---

<sup>224</sup> . KONDER, Leandro. *O futuro da Filosofia da Práxis. O pensamento de Marx no século XXI*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. p. 97-102.

<sup>225</sup> . BOBBIO, Norberto. *Loc. cit.*, p. 15.

a) Não há um campo acabado e perfeitamente limitado da área original do Estado: defesa externa? seguridade social? intervenção em atividades econômicas? educação? saúde? poder de polícia?

b) As exigências do capitalismo e os conflitos de classe conduzirão à retração ou expansão da ação estatal. Para solucionar deficiências do sistema o Estado assume tarefas em defesa do capital: campos que requerem pesados investimentos em infra-estrutura - transportes, energia nuclear. Para evitar rupturas o Estado absorve demandas insurgentes: seguridade social elevando o padrão de vida do trabalhador.

Se não é possível estabelecer o *ponto natural-original* do Estado em relação ao processo econômico, podemos ao menos classificar as formas em que, de alguma maneira, há ação estatal <sup>226</sup> :

## ESTADOx ECONOMIA

### 1. Tarefa básica = coesão e integração social



1.1 por meio da ordem jurídica e do aparato político  
(produtor de Direito, aplicador de Direito, executor do Direito)



1.2 garantir o modo de produção concreto - garantia dos meios de produção



1.3 dimensão mínima = manter a ordem pública (poder de polícia)



2. Momento intermediário = primeiras funções econômicas implícitas; existência - mascarada - de funções econômicas do Estado; ação assistemática



2.1 ordem pública alargada = sanidade dos estabelecimentos produtivos, regulamentos das condições de trabalho...



2.2 limitações à liberdade de contratar - ofensivos aos bons costumes, à ordem pública



2.3 serviços públicos = em setores em que o capital monopolista não tinha recursos ou retorno para investimentos



<sup>226</sup> . Para a feitura do esquema baseamo-nos nas idéias gerais de: EIZIRIK, Nelson. A Ordem Econômica na Constituinte. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano XXIV, nº 60, p. 12-13, out. - dez., 1985. MOREIRA, Vital. *A ordem... Op. cit.* 196-218 *passim*. O quadro tem caráter histórico-evolutivo

3. Momento do dirigismo = funções econômicas explícitas; ação racional-sistemática (dirigismo racional)



3.1 poder de polícia e ordem econômica e social = Estado como agente regulador colbindo abusos do mercado; regulação do mercado de trabalho; legislação sobre produtos de primeira necessidade



3.2 serviços públicos alargados = saúde, previdência, educação, indústria, comércio



3.3 promoção de políticas públicas = reforma agrária, saneamento



4. Momento superior = politização da economia; rompimento da dicotomia público x privado



4.1 alargamento da função de agente regulador da economia



4.2 incorporação da função do planejamento = maior racionalidade e direção à política econômica global



4.3 alargamento das políticas públicas = incentivos, estímulos a comportamentos econômicos desejados; tecnologia, bem-estar coletivo



4.4 serviços públicos abrangentes = comerciais, industriais, assistenciais, em salvaguarda aos interesses do capital e do trabalho



4.5 Estado empresário = intervenção no atividade econômica (por monopólios, em competição com a iniciativa privada)



5. Momento da desregulação = privatização do público

5.2. AÇÃO, ATUAÇÃO E INTERVENÇÃO. O esquema acima mostra que os quadrantes da ação estatal na atividade econômica estão vinculados à evolução histórica do capitalismo. O que não se afasta em momento algum é o núcleo duro do sistema: propriedade privada dos meios de produção e apropriação privada do produto social. As formas-regimes variarão.

A defesa do modelo liberal clássico, embora fosse já naquele período difícil delimitar a esfera original das ações estatais, partiu da idéia do Estado Mínimo, limitado às funções normativa e jurisdicional, restringindo-se a função administrativa ao exercício do poder de polícia - enquanto defesa da ordem pública <sup>227</sup>. Logo, porém, o capitalismo reclamou uma

<sup>227</sup> . CAMARGO, Ricardo. *Primeiras linhas...* Op. cit.



participação mais ativa do Estado na atividade econômica, solução encontrada através dos serviços públicos; no século XIX o capital monopolista dependeu do Estado no fornecimento de infra-estrutura - ferrovias, navegação. Continuava a vingar a separação do econômico, entregue à esfera privada, e do político. Com os desdobramentos dos anos 30 (Estado Econômico) e no pós-guerra (Estado Econômico com Fins Sociais) o capitalismo deu lugar à ação expansiva dos serviços públicos e participação estatal na atividade econômica. Isto exige um novo exercício classificatório<sup>228</sup> :

a) *Ação estatal*. Sempre houve, ainda que para garantir o núcleo duro do sistema. A função normativa - o Estado como centro produtor de normas - já demonstra *ação estatal* no domínio econômico. Vai alargando-se com o tempo: o Estado como agente regulador (art. 174 da CRFB).

b) *Atuação estatal*. Campos da atividade econômica em que o Estado é titular, como os serviços públicos. Embora haja serviços públicos comerciais/industriais (vide art. 21, XII, CRFB) a titularidade é do Estado - podendo ser concedidos ou permitidos à iniciativa privada.

c) *Intervenção estatal*. Campos da atividade econômica que são de titularidade da iniciativa privada que o Estado *interveio*, invadiu.

c.1) *Intervenção como sujeito*. O Estado assume sob o seu comando unidades do processo produtivo. É o caso dos monopólios.

c.2) *Intervenção por indução*. O Estado interfere no funcionamento do mercado com mecanismos do próprio mercado - compras de mercadorias, vendas de estoques reguladores (em sentido amplo, artigo 174 da CRFB).

---

<sup>228</sup> . Para a classificação adotamos as idéias gerais expostas por: GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica*... Op. cit., p. 135-139. Id., *Elementos*... Op. cit., p. 58-67. SOUZA, Washington Peluso Albino de. O 'discurso intervencionista'... Op. cit. p. 323.

d) *Planejamento*. Forma de coordenação global da economia emprestando racionalidade e máxima previsibilidade para investimentos e diretrizes nacionais (art. 174 da CRFB).

A primeira constatação que se impõe: a *atuação* e a *intervenção* são espécies do género *ação*. Em processo de concretização histórica de diferentes formas-regimes do sistema encontramos a *atuação* e *intervenção* como sinais do desenvolvimento do capitalismo. Explica-se, em parte, a pesada carga ideológica que as expressões Estado intervencionista, intervencionismo e intervenção carregam. É a invasão, por parte do Estado, de área do poder económico privado<sup>229</sup>. O *planejamento* é antes o método para a *ação* (em sentido amplo) sobre o domínio económico.

5.3. ATIVIDADE ECONÔMICA: OS SERVIÇOS PÚBLICOS E A EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADES ECONÔMICAS. As atividades económicas são desenvolvidas pelos homens e procuram equilibrar o universo de necessidades económicas infinitas com bens/recursos escassos<sup>230</sup>. Dentro de tal conceito, amplo, não é possível apartar os serviços públicos (*atuação estatal*) da *intervenção* na atividade económica pelo Estado (especialmente a *intervenção como sujeito*), já que ambas são atividades económicas. Tanto a PETROBRÁS, que explora o monopólio da União (*intervenção como sujeito*) como a CELESC, sociedade de economia mista que recebeu outorga para a prestação dos serviços públicos de distribuição de energia eléctrica, desenvolvem atividades económicas.

---

<sup>229</sup>. Por este motivo Washington Souza apela para a utilização da expressão 'ação económica', que "tanto se referiria à atuação do Estado no domínio reservado ao poder económico privado, como também à atuação deste poder económico privado no domínio tradicionalmente reservado ao poder público-económico, direta ou indiretamente como tal identificável". Ibid., idem.

<sup>230</sup>. CAMARGO, Ricardo. *Breve introdução...* Op. cit., p. 21.

O conceito do que sejam os serviços públicos é bastante controvertido, e certamente a controvérsia não deixa de ser consequência da dilatação das esferas de ação estatal. Trabalhando o Direito a partir da dicotomia público - político - e privado - econômico-, enfrentou problemas classificatórios de relevo quando as linhas divisórias entre as duas arenas dicotômicas começaram a ser borradas. Houve mesmo a chamada 'crise da noção de serviço público'<sup>231</sup>. Basicamente, havia dificuldades em detectar, com as novas atividades desempenhadas pelo Estado, os critérios identificadores do serviço público:

- a) subjetivo - é aquele serviço prestado pelo Estado;
- b) material - é aquele serviço que atende ao interesse coletivo;
- c) formal - exercido sob regime de Direito público<sup>232</sup>.

Com a expansão dos serviços públicos comerciais e industriais, valendo-se de elementos de Direito privado, e as concessões dos mesmos serviços, colocou-se em xeque os critérios subjetivo e formal.

Para Maria Sylvia Di Pietro o serviço público:

"é toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime total ou parcialmente público".<sup>233</sup>

Frisemos que os serviços públicos são de titularidade do Estado. A execução do serviço poderá ser feita diretamente pelo Estado ou indiretamente, por concessão ou

<sup>231</sup>. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 1989. p. 79. MUKAI, Toshio. *Participação do Estado na atividade econômica - limites jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 74-75.

<sup>232</sup>. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Loc. cit.*, P. 78. Na França desenvolveu-se a teoria dos 'índices objetivos', ou seja, a jurisprudência ficaria encarregada de detectar se tal ou qual atividade era ou não serviço público. Conforme: MUKAI, Toshio. *Loc. cit.*, p. 81.

<sup>233</sup>. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanell. *Op. cit.*, p. 80. Sobre o conceito de serviço público: GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 140-151. MEIRELLES, Hely. *Op. cit.*, p. 305-317. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 306-315.

permissão. Quando de seu interesse o Estado poderá criar pessoas jurídicas para essa finalidade - a execução dos serviços. Aqui surge uma importante consideração: nos serviços públicos a administração é a responsável última por essa atividade, sob regime jurídico diferenciado. Como afirma Fernando de Almeida as atividades econômicas (esfera de *intervenção como sujeito*) diferem dos serviços públicos por serem de titularidade da iniciativa privada, *excepcionalmente entregues ao Estado*<sup>234</sup>. Eros Grau permite completar a explicação ao afirmar que há dois sentidos para a expressão atividade econômica<sup>235</sup>:

a) sentido amplo, englobando toda e qualquer atividade econômica inclusive os serviços públicos,

b) sentido estrito, excluindo os serviços públicos, atividades econômicas em que o Estado *intervém* e atividades econômicas exercidas pela iniciativa privada.

Complementa a explicação com a seguinte distinção<sup>236</sup>:

a) Nos serviços públicos, que são sempre de titularidade da administração, há um tratamento jurídico diferenciado, mesmo para o concessionário ou permissionário privado, constituindo por vezes um privilégio - tarifas diferenciadas, não sujeição à competição, inevitabilidade de seu consumo pelo público.

b) Na atividade econômica em sentido estrito ou impera a competição - mesmo que o Estado seja um dos participantes da competição - ou o monopólio.

Há outra dimensão - econômica e não jurídica - para a distinção entre as atividades econômicas e os serviços públicos. Esta liga-se a considerações do mercado. Normalmente

---

<sup>234</sup>. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Aspectos constitucionais da concessão de serviços públicos. In. MEDAUAR, Odete. *Concessão de Serviço Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 31.

<sup>235</sup>. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem...* Op. cit., p. 138-140. Alerta Celso Antonio Bandeira de Mello que a expressão atividade econômica não é rigorosa. É conceito prático, elástico, com larga faixa de incerteza e uma pequena zona de certeza. Essa zona de certeza é que permite diferenciá-la do que não é atividade econômica. Op. cit., p. 325.

<sup>236</sup>. *Ibid.*, p. 155.

os setores nomeados como serviços públicos são aqueles que constituem monopólios naturais. É que o campo não comporta a exploração competitiva por seus altos custos - normalmente de infra-estrutura. Dificilmente duas empresas ferroviárias construirão linhas paralelas de trens pois os custos seriam insuportáveis para ambas. É pouco crível que duas empresas aéreas construam terminais aeroportuários lado a lado, disputando os passageiros em linhas semelhantes.

A situação de monopólio natural acaba colaborando para o tratamento jurídico diferenciado do concessionário ou permissionário, no setor onde o jogo da livre competição não impera por razões de limitação do próprio mercado. A hipótese de monopólio de atividades econômicas pelo Estado parte de pressupostos diferentes. Não é propriamente um monopólio natural, antes um desvirtuamento do mercado com o desequilíbrio das situações ideais de concorrência.

Estará completa nossa classificação anterior da seguinte forma:

*Intervenção como sujeito: a) em regime de monopólio; b) em regime de competição com a iniciativa privada.*

E Fernando Almeida alerta que:

“não há que se falar em ‘monopólio de serviços públicos’ nem concessão de atividades econômicas’. O monopólio é figura que se aplica apenas a estas últimas, enquanto concessão refere-se exclusivamente a serviços públicos”.<sup>237</sup>

Devemos diferenciar o monopólio de fato do monopólio estatal. O monopólio ocorre no domínio da atividade econômica em sentido estrito, exercida pela iniciativa privada - o

---

<sup>237</sup> . ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Loc. cit. p. 32. No caso de entidade recusar o fornecimento de bens ou serviços, diverso será o tratamento, ora no ramo dos serviços públicos, ora na exploração monopolista de atividade econômica: no primeiro, será repelida tal conduta por violar o princípio da continuidade do serviço público; no segundo, será repelida por força do ordenamento que torna a contratação cogente (não incidência) do princípio da liberdade de contratar). GRAU, Eros Roberto. *A ordem...* Op. cit., p. 155-157.

monopólio de fato -, quando há situação de concorrência imperfeita - um só vendedor para um produto de difícil substituição podendo o mesmo, autonomamente, alterar os preços de mercado do produto. Este monopólio é reprimido pela própria Constituição. O monopólio estatal surge por força da Carta Constitucional para determinada(s) atividade(s) em favor do Estado e atendendo interesses coletivos (do mercado? do sistema? da população que não quer os monopólios de fato?). Não há também monopólio de serviços públicos, pois a titularidade do Estado em tal esfera é inconteste.

Como admitir que o Estado monopoliza os serviços públicos se já é de sua titularidade essa esfera? Incorreto afirmar que houve, ao menos juridicamente <sup>238</sup>, *quebra do monopólio das telecomunicações*. O que havia antes da EC n° 8 era a *outorga exclusiva* do serviço (quando não explorado diretamente pelo Estado) a entes estatais criados para executar tais serviços. Se agora há possibilidade de concessões ou permissões do mesmo serviço à iniciativa privada, não existe o regime de competição próprio ao mercado, o concessionário está submetido a regime jurídico próprio - inclusive em relação ao usuário e ao poder concedente. Quando o Estado monopoliza atividades econômicas é porque estas estão desnaturadas, fugindo ao livre jogo do mercado da competição e da concorrência. Nos serviços públicos não há o jogo de concorrência e competição da atividade econômica em sentido estrito; pode-se mesmo afirmar que nos serviços públicos a busca do lucro é secundária ao interesse coletivo.

Analisando a OEF podemos obter a classificação:

a) Modalidades de *intervenção como sujeito em regime de competição*:

---

<sup>238</sup> Nada obsta que o economista refira-se aos serviços públicos como monopólio. Tal não se aplica ao jurista que está a distinguir regimes jurídicos diferenciados.

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

Atendendo aos requisitos - segurança nacional ou interesse coletivo - o Estado pode assumir unidades produtivas e atuar no mercado, como se fosse empresa privada. Vejamos que em tais casos aplicar-se-ia integralmente, quando for o caso, a legislação sobre a defesa do consumidor e não se submeteria ao regime jurídico próprio de um concessionário de serviços públicos.

**b) Modalidades de atuação estatal:**

Artigo 175. Incumbe ao Poder Público, (...), diretamente ou sob regime de concessão, ou permissão, (...), a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I. o regime das empresas concessionárias e permissionárias (...), o caráter especial de seu contrato (...), bem como as condições de caducidade, fiscalização...

III. a obrigação de manter serviço adequado.

**c) Modalidades de intervenção como sujeito em regime de monopólio:**

Artigo 177. "Constituem monopólio da União:

I. a pesquisa a lavra de jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II. a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III. a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV. o transporte marítimo do petróleo bruto (...) ou de derivados básicos de petróleo produzidos no país, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V. a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados”.

A própria Constituição trata em campos diferenciados as atividades econômicas (campo da *intervenção como sujeito*) dos serviços públicos. No artigo 173, § 1º, está claro que a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem *atividade econômica* sujeitam-se ao regime próprio das empresas privadas. A disciplina dos serviços públicos está estampada no artigo 175. O Constituinte procurou evitar que a intervenção como sujeito na atividade econômica fosse realizada em situação de favorecimento ao Estado. Se este intenta incursionar no campo da iniciativa privada, que o faça da maneira mais parecida com os agentes privados do mercado.

Dentro da leitura classificatória que empreendemos, é patente que o Constituinte foi sábio ao definir a *área de organização* da Constituição Econômica. Ao explorar atividades econômicas o Estado o faz ou em regime de serviços públicos, ou em competição com a iniciativa privada, ou em monopólio. Abandonando o histerismo insuflado por estandartes ideológicos exclusivistas, podemos, a partir da interpretação da OEF, dizer que:

- toda *atuação e intervenção* estatal estão rigidamente dispostas no texto constitucional;
- os serviços públicos encontram-se definidos na Constituição - como exemplos os arts. 21, X, XI, XII (a, b, c, d, e, f), 194, 197, 198, 203, 208;
- mesmo em regime de competição com a iniciativa privada o Estado só poderá *intervir* em caso de interesse coletivo ou segurança nacional;



- as modalidades de *intervenção como sujeito* em regime de monopólio estão reduzidas ao artigo 177.

Distinguem-se os serviços públicos em exclusivos e não exclusivos <sup>239</sup>. Os primeiros são, como visto acima, de titularidade do Estado, podendo ser concedidos ou permitidos ao particular. Os segundos, corretamente entendidos, ver-se-á que somente são serviços públicos quando executados pelo Estado. Quando executados pela iniciativa privada em verdade são atividades econômicas (em sentido estrito); o que os aproxima do conceito de serviço público é que atendem também ao interesse geral e carecem de autorização do Poder Público - como exemplo a assistência à saúde exercida pela iniciativa privada (art. 199 CRFB).

#### 5.4. O REGIME DE MONOPÓLIO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA.

Reforçamos a tese exposta: os monopólios estão rigidamente definidos na Constituição. Toda e qualquer alteração da organização de atividades econômicas deverá ser feita por EC. Os monopólios existentes (excluindo os monopólios de fato):

a) Monopólio do petróleo, dividido em:

a.1) a pesquisa e a lavra de jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

a.2) a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

a.3) a importação e exportação dos produtos e derivados resultantes da pesquisa, lavra e refinação;

---

<sup>239</sup>. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 85. Toshio Mukai chama os serviços não exclusivos de serviços econômicos de interesse geral. Op. cit., p. 87-89.

a.4) o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no país, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

b) Monopólio das atividades nucleares: englobando a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados.

Alertamos ao início do trabalho que os monopólios puros são peça teórica, quase nunca encontrados na realidade, mesmo no caso dos monopólios estatais. No caso do petróleo a União não detém o monopólio da comercialização dos derivados e do transporte fora dos condutos <sup>240</sup>. E não é pouca coisa já que é este setor um dos mais rentáveis na atividade econômica do petróleo <sup>241</sup>. Nas atividades nucleares é possível a utilização de certos materiais por concessionários ou permissionários conforme dispõe o art. 21, XXIII, b

242

---

<sup>240</sup>. Isso conduz à situação peculiar: as subsidiárias da PETROBRÁS. Transparecem, no caso, as modalidades diferenciadas de intervenção. A comercialização de derivados por subsidiária da PETROBRÁS - especialmente constituída para tal tarefa - é realizada em competição com a iniciativa privada. Não é o caso de intervenção por monopólio. É o caso da rede BR de postos de combustível.

<sup>241</sup>. Na década de 70, no auge da crise do petróleo, foram assinados contratos de risco para a exploração do petróleo. Grandes multinacionais obtiveram autorização para prospectar 80% das bacias segmentadas nacionais, por quinze anos. Os resultados foram pífios. Nenhuma gota de petróleo foi encontrada. Curiosamente, alguns campos estéreis para as multinacionais constituem atualmente valiosos campos submarinos explorados pela PETROBRÁS. Não é a primeira grande mistério da história da atividade estatal no petróleo. Recém constituída a PETROBRÁS, foram contratados os serviços do técnico estadunidense Walter Link para a definição de áreas potenciais de petróleo. O relatório de Link foi objetivo: não há petróleo no Brasil, recomendando a exploração em outros países. PINTO FERREIRA. *Comentários à Constituição brasileira* - arts. 163-192. São Paulo: Saraiva, 1994. 6 v. p. 390-392.

A Lei nº 2004 deu garantias ao funcionamento das refinarias e oleodutos que já estavam operando antes da entrada em vigor da disciplina do monopólio. Não poderiam ser aumentadas suas instalações, a não ser que ficassem sob a responsabilidade da exploradora estatal do monopólio- PETROBRÁS. VENÂNCIO FILHO, Alberto. Op. cit., p. 189.

<sup>242</sup>. BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil. Arts. 170 a 192*. São Paulo: Saraiva, 1990. 7. v. p. 168. SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras... Op. cit.*, p. 361.

Com a alteração promovida no art. 177 pela Reforma de 95, o grau relativo do monopólio da União ficou acentuado. No texto original, dispunha assim o § 1º do referido artigo:

O monopólio previsto neste artigo inclui os riscos e os resultados decorrentes das atividades nele mencionadas, sendo vedado à União ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural, ressalvado o disposto no art. 20, § 1º.

Com tal redação só era admitida a exploração do monopólio diretamente pela União, ou por ente estatal constituído para tal missão <sup>243</sup>. No caso a PETROBRÁS e o Conselho Nacional do Petróleo (substituído pelo Departamento Nacional de Combustíveis) - conforme dispõe a Lei nº 2.004-53. Segundo Celso Bastos e Ives Gandra Martins, há várias formas de organização e gerência do monopólio estatal <sup>244</sup>:

- exploração direta pela administração centralizada;
- exploração por entes descentralizados com personalidade jurídica própria;
- exploração por empresas estatais;
- exploração compartilhada com empresa privada.

Ora, com as alterações promovidas na OEF, no art. 177 (EC nº 9), mantém-se intacto o monopólio, agora bastante relativo, já que a exploração pode ser compartilhada com a iniciativa privada (art. 177, § 1º): A União poderá contratar com empresas estatais *ou privadas* a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei. Notemos que a relativização do monopólio ocorreu somente

---

<sup>243</sup>. Os contratos de risco anteriores à Constituição foram expressamente protegidos pelo art. 45, parágrafo único das Disposições Constitucionais Transitórias.

<sup>244</sup>. SOUZA, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. Op. cit., p. 165.

em relação ao monopólio do Petróleo, não atingindo o monopólio das atividades nucleares

245

É pertinente, por último, realizarmos análise sobre a natureza da norma constitucional do art. 177. De acordo com a tipologia adotada por José Afonso da Silva teríamos:

a) O art.177, *caput*, e incisos podem ser definidos como Norma Constitucional de eficácia plena, consagrando o monopólio da União. É norma capaz de produzir seus efeitos essenciais - delimitar áreas/atividades sujeitas ao regime de monopólio - em relação aos comportamentos e interesses que o Constituinte intentou regular<sup>246</sup>. A existência e a área do monopólio não dependem de manifestações legislativas infra-constitucionais.

b) Diversa é a situação da exploração do monopólio por empresas estatais ou privadas: Normas Constitucionais de eficácia limitada de Princípio Institutivo. Engloba os §§ 1º e 2º do art. 177. Dependem do legislador ordinário para lhes conferir executoriedade plena. A possibilidade da União contratar com empresas estatais ou privadas a exploração das atividades monopolizadas do Petróleo, está na dependência da atividade do legislador<sup>247</sup>, para estruturar os órgãos ou instituições referidos no § 2º do art. 177:

A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

I a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;

II as condições de contratação;

III a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.

Com a existência anterior de lei regulando a exploração do petróleo pela PETROBRÁS (Lei nº 2004.53), esta regulará a situação até o advento da nova legislação.

<sup>245</sup> . As jazidas petrolíferas são de dominialidade da União. Por disposição do artigo 20, § 1º da Constituição, os Estados, o Distrito Federal, Municípios e órgãos da administração direta da União tem direito à participação compensatória em relação ao petróleo extraído em seus territórios. O proprietário do solo não faz jus a qualquer participação na lavra. Cabe-lhe tão e somente indenização - em pesquisa ou exploração - ou terá o imóvel desapropriado.

<sup>246</sup> . SILVA, José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 76 e p. 92-94.

<sup>247</sup> . *Ibid.*, p. 115.

Não cremos portanto que a exploração do monopólio pela PETROBRÁS tenha sido revogado pela EC n° 9, antes aguarda a nova organização em que o monopólio também pode ser explorado pela empresa privada. A leitura dos §§ 1° e 2° do art. 177 *confirma* a situação jurídica preexistente, permitindo a ampliação à iniciativa privada, permanecendo reconhecida a situação como era até que se promova a alteração por lei <sup>248</sup>. Por outro lado a faculdade/permissão para a exploração do monopólio da União por empresas privadas depende da atividade do legislador ordinário para sua organização.

Do mesmo quilate - Norma Constitucional de Princípio Institutivo - a situação configurada no § 3° do art. 177:

A lei disporá sobre o transporte e a utilização de materiais radioativos no território nacional.

A prudente avaliação que fazemos no instante é que o mote das reformas constitucionais da OEF foi afastar o Estado de atividades econômicas que, na atualidade, o capital tem condições de explorá-las obtendo lucro. Não por acaso o monopólio do Petróleo foi relativizado e o monopólio das Atividades Nucleares foi deixado intocado. O último não é área de interesse (imediato) do capital. A retórica para as alterações promovidas, porém, passou ao largo de tais considerações. Analisando a exposição de motivos da PEC e o relatório do Deputado Lima Neto (relator na Câmara da PEC n° 6) o que flagramos é o seguinte <sup>249</sup>:

- o monopólio do petróleo foi *flexibilizado* pois a eficiência da iniciativa privada se sobrepe à ineficiência da empresa estatal;

- o monopólio tornou-se, com o correr dos anos, da PETROBRÁS e não da União;

---

<sup>248</sup> Ibid., p. 124.

<sup>249</sup> DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL. Sábado, 20 de maio de 1995. p. 10626 e p. 10638-10643.

- em um mundo *desregulado* torna-se prudente afastar o Estado de atividades produtivas.

Não há como negar que o Estado brasileiro coordenou suas ações de forma equivocada nos últimos 30 anos, trajando as vestes de empresário e fornecedor de serviços públicos industriais e comerciais, abandonando as políticas públicas de bem-estar social - saúde, educação, assistência social. O que não podemos deixar escapar à compreensão é que tal direcionamento acabou em benefício do próprio capital, fornecendo os pilares para a simbiose entre o capital estrangeiro e a grande capital nacional, arcando o Estado com os pesados investimentos em infra-estrutura. A interrogação fica por conta das reformas até agora empreendidas: se efetivamente conseguem fornecer alavancas para o desenvolvimento e a solução dos problemas sócio-econômicos brasileiros?

Dentro de texto que se propõe atualizador das questões do desenvolvimento e da dependência, o Presidente da República propugna a abertura do Brasil à competição internacional para, com as condições concretas pelas quais o país se inserir no mundo globalizado, determinar seu desenvolvimento interno <sup>250</sup>. No jogo das disputas internacionais o Estado deve redefinir suas funções, reforçando o leque possível de "suas opções sobre o sistema internacional" <sup>251</sup> que deve incluir a seguinte pauta de transformações: equilíbrio de contas públicas, privatização, liberalização comercial, infra-estrutura adequada, sistema financeiro ágil, recondução do Estado aos serviços básicos (educação, saúde).

A perspectiva ilustra a forma-regime do capitalismo do momento da *desregulação*, cristalizada no chavão *menos Estado, mais liberdade*. Embora espoquem discursos

---

<sup>250</sup> . CARDOSO, Fernando Henrique. Ainda a teoria da dependência. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 28 mai., 1995, p. 5.6.

<sup>251</sup> . *Ibid.*, p. 5.6.

pretensiosos de retorno ao modelo clássico do liberalismo, verdade é que mesmo o capitalismo oitocentista conviveu com a ação estatal. É impossível a existência do sistema capitalista sem o Estado que garanta o seu modo de produção concreto. O capitalismo nasce com a fundação dos Estados modernos<sup>252</sup>. E é de acrescentar que as condições objetivas do presente tornam avassaladora a distância com o modelo teórico do liberalismo clássico: grande capital transnacional, grandes conglomerados dominando os processos produtivos de ponta.

No jogo de palavras da redefinição das ações estatais, a era da *desregulação* emprestou nova função instrumental ao Direito, optando o capital por “dejuridificar”<sup>253</sup> certos campos para que a ação estatal, em proveito do sistema, torne-se ágil e incisiva: o Estado atuando no sistema financeiro, manipulando moedas, a *desregulação* do mercado de trabalho. Em suma, o Estado do final do século XX age em modelo diferenciado do Estado Econômico com Fins Sociais (Estado da *desregulação*?). O Estado continuará, a despeito da retórica do livre mercado, a exercer a sua “função de exoregulação do mercado”<sup>254</sup>. Aquelas áreas de atuação e intervenção que em passado recente incumbiam ao Estado, hoje a iniciativa privada dispõe de atrativos e cabedal para executá-las.

Não por acaso surgiram liberais brasileiros ardorosos que há poucos anos empreenderam, na ditadura militar, um vigoroso alastramento do Estado interventor. Entre o Estado brasileiro, o capital nacional e capital estrangeiro, há um jogo dinâmico de interesses em coordenação. O alvo central da reforma na OEF é atacar, em primeiro plano, a máquina estatal agigantada, “a definição do alvo da burocracia de Estado como inimigo da

---

<sup>252</sup>. GRAU, Eros Roberto. O discurso neoliberal e a teoria da regulação. In. CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas (org.). *Desenvolvimento...Op. cit.*, p. 59.

<sup>253</sup>. Id., *A ordem...Op. cit.*, p. 36-38.

<sup>254</sup>. Id., *O discurso...Op. cit.*, p. 74.

democracia, (...), desvia a atenção dos diagnósticos do grande capital privado e seu processo de privatização do Estado.”<sup>255</sup> O papel instrumental de estatais em favor do capital nacional e estrangeiro acaba por ser também redefinido, expurgando do debate as questões centrais de um capitalismo assistido e concentrador.

O princípio da Soberania nacional (art. 170, I) deve ser avaliado dentro da própria perspectiva de abertura estampada por Fernando Henrique: qual o poder econômico que o Brasil terá no concerto do mundo globalizado? Outra nebulosa se nos apresenta pois o poder econômico dependerá do domínio de tecnologias de cada país, e é justamente na atuação e intervenção do Estado na atividade econômica que o país conseguiu alguns avanços tecnológicos (especialmente por parte das estatais).

---

<sup>255</sup>. SADER, Emir. Da teoria do autoritarismo ao Deus Mercado. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 11. jun, 1995, p. 5.3.



## 6. CONCLUSÕES.

As conclusões reforçam os argumentos expendidos ao longo da obra. O corpo do trabalho permite a aferição dos elementos que são os pressupostos dos pontos - em síntese - que abaixo elencamos.

6.1. O sistema econômico capitalista é corretamente compreendido quando verificada a peculiar forma-regime em que se apresenta, em determinado momento histórico. O sistema capitalista (e sua peculiar forma-regime) molda-se com um Direito (o Direito do capitalismo) que garante o seu modo de produção concreto.

6.2. O sistema capitalista atravessou formas de organização que podem ser divididas em quatro períodos: o capitalismo clássico, o capitalismo monopolista, o capitalismo econômico-social (do Estado Econômico com Fins Sociais) e o capitalismo da desregulação. Vivemos o momento histórico do capitalismo da desregulação.

6.3. A interpretação dos princípios constitucionais permite definir qual o sistema e sua forma-regime que o plano normativo constitucional acolheu.

6.4. A CRFB adotou o discurso normativo do capitalismo econômico-social. O plano normativo constitucional brasileiro é um programa aberto não finalístico de bem-estar e justiça social, com várias modalidades de ações estatais na economia. As modalidades de ações estatais na economia estão rigidamente definidas na Constituição (delimitando seu campo e extensão).

6.5. As ações estatais da economia podem ser classificadas em: ação (em sentido amplo), atuação e intervenção (por indução e como sujeito). A intervenção como sujeito é

ação estatal sobre o domínio econômico que originariamente é de titularidade da iniciativa privada.

6.6. No plano constitucional o campo da atuação estatal está apartado do campo da intervenção (como sujeito) estatal.

6.7. A CRFB contemplou apenas - exclusivamente - duas modalidades de monopólio: sobre atividades nucleares e sobre o petróleo - art. 177.

6.8. A existência de monopólios estatais é característico do Estado Econômico com Fins Sociais.

6.9. Na transição do capitalismo econômico-social ao capitalismo da desregulação a iniciativa privada busca novas áreas de atividades econômicas.

6.10. As alterações na OEF procuram atingir a área de organização da economia da Constituição. Buscam adequar o plano normativo ao momento da desregulação.

6.11. Não há monopólio estatal puro - tanto nas atividades nucleares como no petróleo. Com a alteração promovida no art. 177 da CRFB, o monopólio estatal do petróleo foi relativizado - com a possibilidade de exploração pela iniciativa privada.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- ALAM, Asad, RAJAPATIRANA, Sarath. Reforma do comércio na América Latina e no Caribe. *Finanças e desenvolvimento*, Rio de Janeiro: Getúlio Vargas, v. 13, nº 3, p. 44-47, set. 93.
- ALMEIDA, José. O desenvolvimento da classe empresarial brasileira. *Revista de informação legislativa*, Brasília: Congresso Nacional, ano XI, nº 42, p. 197-294, abr.- jun. 74.
- ARGÜELLO, Katie S. C. Dilemas do Welfare State. *Alter Agora*, Florianópolis: UFSC, ano I, nº 2, p. 40-45, nov. 94.
- BAYOUMI, Tamim. O progresso econômico do pós-guerra. *Finanças e desenvolvimento*, Rio de Janeiro: Getúlio Vargas, v. 15, nº 2, p. 48-51, jul. 95.
- BURKI, Shahid Javed, EDWARDS, Sebastian. América Latina e Caribe: consolidação das reformas econômicas. *Finanças e desenvolvimento*, Rio de Janeiro: Getúlio Vargas, v. 15, nº 1, p. 6-9, mar. 95.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UNB, São Paulo: Polis, 1989.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- \_\_\_\_\_. As multinacionais e a desnacionalização do Estado e da soberania. *Revista de informação legislativa*, Brasília: Congresso Nacional, ano XI, nº 44, p. 12-30, out.-dez. 74.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do Estado*. 3. ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1995.
- BRASIL, Constituição 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 2. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988.
- BRASIL 95. Miséria, como e quem vai pagar a dívida social? *Folha de São Paulo*, São Paulo, 26 jul. 94, p. especial 1-a - especial 1-10.
- \_\_\_\_\_. Reformas políticas. É possível reinventar o Estado brasileiro? *Folha de São Paulo*, São Paulo, 11 dez. 94, p. especial A-1 - especial A-10.
- \_\_\_\_\_. Economia. Inflação - ela vai voltar? *Folha de São Paulo*, São Paulo, 28 agos. 94, p. especial a-1 - especial a-10.
- \_\_\_\_\_. Privatizar, por que e até onde? *Folha de São Paulo*, São Paulo, 29 mai. 94, p. especial a-1 - especial a-10.
- CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Breve introdução ao Direito Econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.
- \_\_\_\_\_. (org.). *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional*. Estudos jurídicos em homenagem ao professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. reimpressão. Coimbra: Coimbra, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.
- \_\_\_\_\_. (org.), MOREIRA, Vital (org.). *Constituição da República portuguesa*. 3. ed. revista. Coimbra: Coimbra, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.
- CAPPELETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984.
- CARDOSO, Fernando Henrique, FALETTO, Enzo. *Dependência e desenvolvimento na América Latina*. Ensaio de interpretação sociológica. 7. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, [1993].
- CARVALHOSA, Modesto. *Direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- COSTA, Coqueijo. *Intervenção do Estado nas relações industriais nos anos 80*. *Revista de informação legislativa*, Brasília: Congresso Nacional, ano 17, n° 67, p. 207-226, jul.-set. 80.
- DANTAS, Ivo. *Direito constitucional e instituições políticas*. Bauru: Jalovi, 1986.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 1989.
- FARIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- FARIA, Werter. *Constituição econômica - liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. Rio de Janeiro: Globo, 1988.
- FERREIRA Fº, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- FREYRE, Gilberto. *Casa grande e senzala*. Brasília: INL-MEC, Rio de Janeiro: José Olympio, 1980.
- FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. 22. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1987.
- \_\_\_\_\_. *Transformação e crise na economia mundial*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- GALBRAITH, John Kenneth. *A era da incerteza*. Brasília: UNB, São Paulo: Pioneira, 1979.
- \_\_\_\_\_. *O novo estado industrial*. São Paulo: Pioneira, 1977.
- (Novos Ubrais).
- GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- GOULART, Clóvis de Souto. *Formas e sistemas de governo*. Uma alternativa para a democracia brasileira. Florianópolis: CPGD/UFSC, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.
- GOMES, Ciro, UNGER, Roberto Mangabeira. *O próximo passo - uma alternativa ao neoliberalismo*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1996.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. Interpretação e crítica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- \_\_\_\_\_. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1981.

- \_\_\_\_\_. O Estado de pós-bem estar social e o discurso neoliberal (uma alusão ao caso do Brasil). *Alter Ágora*, Florianópolis: UFSC, ano I, nº 1, p. 9-13, mai. 94.
- HIRSCHMAN, Albert O. *A retórica da intransigência*. Perversidade, futilidade, ameaça. São Paulo, Companhia das letras, 1992.
- HORTA, Raul Machado. Constituição e Ordem Econômica e Financeira. *Revista de informação legislativa*, Brasília: Congresso Nacional, ano 28, nº 111, p. 5-21, jul.-set. 91.
- JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- LIMA, Rubem de Oliveira. Estatismo e intervenção do Estado no domínio econômico. *Revista de informação legislativa*, Brasília: Congresso Nacional, ano 15, nº 60, p. 31-52, out.-dez. 78.
- LINDE, Armando S. América Latina e Caribe nos anos 90. *Finanças e desenvolvimento*, Rio de Janeiro: Getúlio Vargas, v. 15, nº 1, p. 2-6, mar. 95.
- MAIS! Consenso de Washington x apartheid social. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 3 jul. 94. p. 6.4-6.10.
- MARINHO, Josaphat. A ordem econômica nas constituições brasileiras. *Revista de direito público*. ano V, n. 19, abr./jun., 1972.
- MEDAUAR, Odete (coord.). *Concessão de serviço público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- MEDEIROS, João Bosco. *Redação científica*. A prática de fichamentos, resumos, resenhas. São Paulo: Atlas, 1991.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MINEIRO, Procópio, MONTEIRO, Marcelo. Soberania ou modernidade. *Cadernos do terceiro mundo*, Rio de Janeiro: Terceiro Mundo, ano XXI, nº 184, p. 4-8, abr. 95
- MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. Lisboa: Centelha, 1977.
- NETO, A. B. Cotrim. A intervenção do Estado na economia. Seu processo e ocorrência históricos. *Revista de informação legislativa*, Brasília: Congresso Nacional, ano 24, nº 96, p. 139-154, out.-dez. 87.
- PAULA, Adriano Perácio de. O código do consumidor e o princípio da continuidade dos serviços públicos comerciais e industriais. *Revista de informação legislativa*, Brasília: Congresso Nacional, ano 30, nº 118, p. 403-415, abr.-jun. 93.
- PONDÉ, Lafayette. Concessões e permissões de serviços públicos: proposta legislativa. *Revista de informação legislativa*, Brasília: Congresso Nacional, ano 31, nº 121, p. 61-67, jan.-mar. 94.
- PATRÍCIO, J. Simões. *Direito econômico*. 2. ed. revista e atualizada. Lisboa: AAFDL, 1981.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Como vencer o 'apartheid' social. Uma nova política de distribuição de renda no Brasil depende da abertura ao mercado internacional. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 25 ser. 94, p. 6.3.
- QUEIRÓS, José Wilson Nogueira. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- REVISTA USP. Dossiê liberalismo/neoliberalismo. São Paulo: USP, mar./abr./maio, 1993.
- SADER, Emir. *Pós neoliberalismo - as políticas sociais e o Estado Democrático*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

- SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. Normas programáticas - análise político-institucional. *Revista de direito público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano XXI, n. 86, p. 139- 152, abr./jun, 1988.
- SANTOS, Theotônio dos. El Estado es el gran empleador. *Cuadernos del tercer mundo*, Rio de Janeiro: Terceiro Mundo, ano XX, n° 162, p. 10-15, jun. 94.
- SILVA, Clovis V. do Couto e. O planejamento na economia brasileira. *Revista de informação legislativa*, Brasília: Congresso Nacional, ano 28, n° 109, p. 43-60, jan.-mar. 91.
- SILVA, Floriano Corrêa Vaz da. A intervenção do Estado no domínio econômico através dos órgãos da adm. indireta. *Revista de informação legislativa*, Brasília: Congresso Nacional, ano XI, n° 44, p. 31-46, out.- dez. 74.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. revista. São Paulo: Malheiros, 1995.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Estudos de Direito Econômico*. Belo Horizonte: Movimento Editorial, Faculdade de Direito da UFMG, 1995.
- 
- \_\_\_\_\_. Poder constituinte e ordem jurídico-econômica. *Revista de informação legislativa*, Brasília: Congresso Nacional, ano 23, n° 89, p. 33-48, jan.-mar. 86.
- 
- \_\_\_\_\_. *Primeiras linhas de Direito Econômico*. 3. ed. revista e atualizada. São Paulo: LTR, 1994.
- 
- \_\_\_\_\_. O "discurso intervencionista" nas constituições brasileiras. *Revista de informação legislativa*, Brasília: Congresso Nacional, ano 21, n° 81, p. 323-349, jan.-mar. 84.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 6. ed. ampliada e revista. São Paulo: Revista dos tribunais, 1989.
- TOLOSA FILHO, Benedicto de. *Lei das concessões e permissões do serviço público*. Comentada e anotada (Lei n° 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, Medida Provisória n° 890, de 13 de fevereiro de 1995). Rio de Janeiro: Aide, 1995.
- 30 Anos depois. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 27 mar. 94, p. especial b-1 - especial b-12.
- VASCONCELOS, Wilson Accioli de. A intervenção do Estado no domínio econômico. *Revista de informação legislativa*, Brasília: Congresso Nacional, ano 1, n° 4, p. 55-71, dez. 64.
- VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico*. O direito público econômico no Brasil. Rio de Janeiro: Getúlio Vargas, 1968.
- VIEIRA, R. A. do Amaral. Duas tendências da economia brasileira: estatismo e desnacionalização. *Revista de informação legislativa*, Brasília: Congresso Nacional, ano XI, n° 44, p. 47-76, out.- dez. 74.
- 
- \_\_\_\_\_. O intervencionismo brasileiro: raízes e perspectivas históricas. *Revista de informação legislativa*, Brasília: Congresso Nacional, ano XI, n° 42, p. 295-368, abr.-jun. 74.
- WEBER, Max. *Economia y sociedad*. Esbozo de sociologia compreensiva. Esbozo de sociologia compreensiva. 3. reimpressão. Mexico: Fondo de cultura económica, 1977.