

Eros Roberto Grau

**A ORDEM ECONÔMICA NA
CONSTITUIÇÃO DE 1988
(*Interpretação e crítica*)**

21ª edição

2024

131. Sistema econômico na ordem econômica da Constituição de 1988. 132. Modelo econômico na ordem econômica da Constituição de 1988. 133. (segue). 134. Contraponto. 135. A aplicação do Direito. 136. (segue). 137. Eficácia jurídica e eficácia social. 138. Efetividade jurídica, efetividade material e eficácia. 139. Efetividade jurídica e eficácia jurídica dos direitos e garantias fundamentais. 140. Efetividade material e eficácia dos direitos e garantias fundamentais. 141. Novo contraponto. 142. O impacto social produzido pela Constituição de 1988. 143. Doutrina e aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais. 144. Inconstitucionalidade por omissão. 145. Mandado de injunção. 146. Perspectivas de aplicação do texto constitucional. 147. A origem da Constituinte. 148. A Constituinte. 149. (segue). 150. As contradições. 151. As palavras “intervenção” e “controle”. 152. O controle do poder de controle dos bens de produção. 153. Ainda a função social da propriedade. 154. Ainda o planejamento. 155. O Direito Brasileiro. 156. A ordem econômica e uma nova realidade social. 157. (segue).

74. A exposição até este ponto produzida permite o desenvolvimento da interpretação e da crítica da ordem econômica na Constituição de 1988.

Não seria fluente, no entanto, a exploração dessas duas linhas de indagação – nem ao menos possível, em rigor, tal como as exploro – sem que prévia atenção tivesse sido dedicada aos temas anteriormente feridos. A interpretação e a crítica que passo a encetar estão estruturadas, como necessariamente haveriam de estar, sobre fundamentos cuja correção – trata-se não de fundamentos *verdadeiros*, porém *corretos* – e solidez terão sido demonstradas. Por isso mesmo é que o ensaio constitui um todo, de tal modo resultando integradas entre si as suas partes (ou seus capítulos) que a conclusão ao seu final enunciada não encontraria estáveis pilares de sustentação, equilibrada, se qualquer delas viesse a ser amputada ou seccionada.

Daí por que o ensaio não compreende uma parte introdutória, à qual siga exposição que dela se possa qualitativamente distinguir. O ensaio é um todo – repito – e todos os seus capítulos, ainda que dispostos em sequência que eventualmente pudesse ser reenunciada, convergem para a sustentação das afirmações que adiante, em sua conclusão, serão alinhadas.

Insisto também em que não pretendo tecer comentários a respeito das regras que compõem a ordem econômica na Constituição de 1988, embora deva, aqui ou ali, tomar como objeto específico de consideração algumas delas. Interpretação e crítica *da ordem econômica na Constituição de 1988* conduzirão, como se verá, a sucintas

afirmações, as quais, não obstante, não de consubstanciar adequado subsídio a informar a interpretação e a crítica *das normas da ordem econômica na Constituição de 1988*.

75. Penso ter suficientemente demonstrado, nos itens 31 e 32, não apenas a inutilidade do(s) conceito(s) de *ordem econômica*, mas também a perniciosidade do uso da expressão “ordem econômica” no plano da metalinguagem que é a linguagem do Direito.

Ainda que seja assim, o uso da expressão é reiterado (isso devendo ser creditado a um misoneísmo) e de tal sorte que, embora bem preciso o objeto de minha consideração neste ensaio, dela também lanço mão. Faço-o, contudo, sob as ressalvas apontadas anteriormente.

Por isso mesmo é que de imediato se impõe explicitarmos quais as matérias que se devem ter como reunidas – como as tenho reunidas – sob a alusão a uma *ordem econômica (constitucional) material*. No caso, sob a alusão à ordem econômica na Constituição de 1988.

Que a nossa Constituição de 1988 é uma *Constituição dirigente*,¹ isso é inquestionável. O conjunto de diretrizes, programas e fins que enuncia,² a serem pelo Estado e pela sociedade realizados, a ela confere o caráter de *plano global normativo*, do Estado e da sociedade. O seu art. 170 prospera, evidenciadamente, no sentido de implantar uma *nova ordem econômica*.

V., da jurisprudência do STF, as ADIs 1.950 e 3.512.

Relembre-se, ademais que, como anteriormente observei,³ a Constituição de 1988 contempla inúmeras disposições que, embora não se encontrem englobadas no chamado Título da Ordem Econômica (e Financeira) – Título VII – operam a institucionalização da ordem econômica (mundo do ser).

Há que determinar, pois, o critério a adotar para o fim de que se tenham reunidas – ou, melhor ainda, *unidas* – as matérias da ordem econômica à qual aludimos.

76. Valho-me da propriedade e da empresa como critérios determinantes dessa reunião de matérias.

1. V. item 27.

2. V.g., arts. 1º, 3º, 4º e 170.

3. V. item 31.

As virtudes da adoção desses critérios, se concebida a ordem econômica (mundo do dever-ser) como conjunto de preceitos que institui determinada ordem econômica (mundo do ser), são evidentes.

Não obstante, algumas anotações devem ser alinhadas.

Em primeiro lugar, é certo que pode ser tomado o tratamento conferido à propriedade – e, de fato, é –, se bem que associado à consideração da forma de repartição do produto econômico, como determinante da compostura das instituições jurídicas e sociais de conformidade com as quais se realiza o modo de produção.

V., no item 29, alusão à noção de sistema econômico. Observe-se, de toda sorte, a ênfase posta por Avelãs Nunes na afirmação de que a posição relativa dos homens em face dos meios de produção é que, em última instância, distingue os sistemas econômicos. Talvez devêssemos dizer algo análogo, embora diverso: a essência do capitalismo não se encontra contida na consagração da propriedade privada dos bens de produção, porém na posição ocupada pelo indivíduo diante da produção social, mercê da qual o acesso a ela se dá através do intercâmbio (não, pois, em razão do caráter coletivo da produção). V. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 40ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2017, p. 799.

Aqui, contudo, é necessário pontualizarmos a circunstância de reiteradamente repetirmos, equivocadamente, serem propriedade e *contrato* as instituições fundamentais do modo de produção capitalista, no sentido imediatamente acima indicado. Isso, porém, não é correto, visto que não estão ambas dispostas em situação simétrica,⁴ isto é, no mesmo plano. A liberdade de contratar é corolário da propriedade privada dos bens de produção, viabilizando a realização das virtualidades desta última. Essa viabilização, porém, é função do *regime* adotado em relação aos contratos, entendido como regime a forma como os poderes econômicos se relacionam com a realidade econômica.⁵

Daí por que não é adversa ao modo de produção socialista a liberdade contratual, assim como não compromete o modo de produção capitalista, antes o renovando, o chamado *dirigismo contratual*.

Em segundo lugar, importa salientar que me refiro à empresa, aqui, como expressão dos bens de produção em dinamismo, em torno

4. Meu *Elementos de Direito Econômico*, cit., p. 76.

5. V. item 29.

da qual se instala o relacionamento capital x trabalho e a partir da qual se desenrolam os processos econômicos privados.

Propriedade e empresa – inclusive a empresa agrícola –, assim, são dotadas da força atrativa que conduz à reunião, sob a alusão à ordem econômica, de preceitos que, na Constituição de 1988, encontram-se localizados em Títulos outros que não o da Ordem Econômica (e Financeira).

Ao bojo da ordem econômica, tal como a considero, além dos que já no seu Título VII se encontram, são transportados, *fundamentalmente*, os preceitos inscritos nos seus arts. 1º, 3º, 7º a 11, 201, 202 e 218 e 219.⁶ Isso, ademais de outros que a ela aderem mercê de a afetarem de modo específico, entre os quais, *v.g.*, os do art. 5º, LXXI, do art. 24, I, do art. 37, XIX e XX, do § 2º do art. 103, do art. 149, do art. 225.⁷

77. A “reforma constitucional” operada a partir de 1994, inicialmente como “revisão”, não comprometeu as linhas básicas da *ordem econômica na Constituição* de 1988.

Não obstante, o discurso desenvolvido em torno da necessidade de revisão do texto constitucional, cuja realização cinco anos após a sua promulgação era prevista no art. 3º do Ato das suas Disposições Constitucionais Transitórias, era enfaticamente pronunciado. Afirmava-se que a Constituição inviabilizava a estabilidade e o crescimento econômico e, ademais, tornava o País ingovernável. Esse discurso passou a ser repetido, por todos, sem que praticamente ninguém se abalasse em indagar *por que, como, onde e quando* a Constituição seria perniciosa, comprometendo os interesses da sociedade brasileira. A unanimidade nacional dedicava-se a criticar o texto constitucional inconsequentemente, sem nem ao menos explicitar as razões de seu inconformismo em relação a ele. Estranhamente, após alcançados os específicos resultados visados pelo capital internacional, ao serviço de quem se colocou o Poder Executivo, a Constituição passou a ser palatável. O Poder Executivo, agora, preocupa-se quase que exclusivamente com a reforma da previdência e com a reforma administrativa.

A *revisão constitucional* prevista no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não conduziu, como pretendido, a altera-

6. Resulta superada, destarte, a injustificada alusão, do texto constitucional, a uma ordem econômica e a uma ordem social. V. itens 21 e 31.

7. V. nota 99, abaixo.

ções nas matérias atinentes à *ordem econômica*. Somente seis *emendas de revisão* foram promulgadas, entre 1º de março e 7 de junho de 1994.

A Emenda Constitucional de Revisão n. 1 instituiu o Fundo Social de Emergência. A de n. 2 alterou a redação do art. 50 e de seu § 2º do texto, referindo-se a Comissões Parlamentares de Inquérito. A de n. 3 tratou da nacionalidade das pessoas naturais. A de n. 4 tratou de matéria de inelegibilidade. A de n. 5 reduziu o mandato do Presidente da República de cinco para quatro anos. A de n. 6 respeita à perda de mandato de deputado ou senador. Nada, como se vê, que de leve pudesse dizer respeito à viabilização da estabilidade e do crescimento econômico do País ou a sua governabilidade.

Até 1994 havia já sido quatro vezes alterado o texto constitucional, quanto às seguintes matérias: remuneração de deputados estaduais e vereadores (Emenda Constitucional n. 1, de 31.3.92); plebiscito de que tratou o art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (Emenda Constitucional n. 2, de 25.8.92); aposentadorias e pensões dos servidores públicos, ação direta de inconstitucionalidade e tributação (Emenda Constitucional n. 3, de 17.3.93); matéria eleitoral (Emenda Constitucional n. 4, de 14.9.93).

78. Ainda que não tenham comprometido as linhas básicas da ordem econômica originariamente contemplada na Constituição de 1988, as emendas constitucionais promulgadas a partir de agosto de 1995 cedem ao assim chamado neoliberalismo, assinalando o desígnio de abertura da economia brasileira ao mercado internacional.

A Emenda Constitucional n. 5, de 15.8.95, alterou a redação do § 2º do art. 25 da Constituição, admitindo a concessão dos serviços locais de gás canalizado a empresa privada (cuja prestação anteriormente cabia unicamente a empresa estatal) e substituindo a expressão *com exclusividade de distribuição por na forma da lei*. Outrossim, a nova redação vedou a edição de *medida provisória* para regulamentar a matéria.

A alusão, aqui, a *medida provisória* é expressiva da irracionalidade que caracterizou a “reforma” ou “revisão” constitucional; o “legislador constituinte”, por conta de sua carência de conhecimentos de Direito, imaginou pudessem existir *medidas provisórias estaduais*; ou, simplesmente, não entendeu o enunciado semântico do texto emendado...

A Emenda Constitucional n. 6, de 15.8.95, conferiu novas redações ao inciso IX do art. 170 e ao § 1º do art. 176 da Constituição, incluiu o art. 246 no texto constitucional e revogou o seu art. 171.

Daquelas novas redações e da revogação do art. 171 e seus parágrafos tratarei mais adiante, nos itens 109 e 114. O art. 246 *vedou a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995.*

A Emenda Constitucional n. 7, de 15.8.95, conferiu nova redação ao art. 178 e seu parágrafo único e, novamente, repetitivamente, incluiu um art. 246 no texto constitucional, exatamente com a mesma redação do que lá fora incluído pela Emenda Constitucional n. 6! Da primeira matéria tratarei mais adiante.

A Emenda Constitucional n. 8, de 15.8.95, conferiu novas redações ao inciso XI e à alínea “a” do inciso XII do art. 21 da Constituição, das quais adiante tratarei. Além disso, e de modo bizarro, *veda a “adoção de medida provisória para regulamentar o disposto no inciso XI do art. 21 com a redação dada por esta emenda constitucional”.*

Note-se que essa Emenda Constitucional é posterior àquelas – ns. 6 e 7 – que incluem na Constituição o preceito que *veda a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995* (art. 246).

A Emenda Constitucional n. 9, de 9.11.95, conferiu nova redação ao § 1º do art. 177 e acrescentou um § 2º a este mesmo art. 177 da Constituição, além de ter vedado “a edição de medida provisória para a regulamentação da matéria prevista nos incisos I a IV e dos §§ 1º e 2º do art. 177 da Constituição Federal”! Aí a perda, pela Petrobras, de exclusividade no exercício do monopólio estatal do petróleo, matéria a respeito da qual também adiante tratarei.

A Emenda Constitucional n. 10, de 4.3.96, respeita ao Fundo Social de Emergência; e a Emenda Constitucional n. 11, de 30.4.96, acrescenta dois parágrafos ao art. 207 da Constituição, para facultar às universidades e às instituições de pesquisa científica e tecnológica a admissão de professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei.

A Emenda Constitucional n. 12, de 16.8.96, outorga competência à União para instituir contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira.

A Emenda Constitucional n. 13, de 22.8.96, alterou a redação do inciso II do art. 192 da Constituição, a respeito da qual adiante tratarei.

A seguir, no que mais importa imediatamente considerarmos, a Emenda Constitucional n. 19, de 4.6.1998, confere nova redação ao § 1º do art. 173, e a Emenda Constitucional n. 31, de 11.12.2001, ao § 4º do art. 177 da Constituição. A Emenda Constitucional n. 36, de 28.5.2002, confere nova redação ao art. 222 da Constituição, para permitir a participação de pessoas jurídicas no capital social de empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de imagens. E a Emenda Constitucional n. 40, de 29.5.2003, à qual adiante farei alusão, respeita ao Sistema Financeiro Nacional.

79. O que justificaria o desenvolvimento de um ensaio voltado à interpretação da ordem econômica na Constituição de 1988? Insisto em que não cogito, nesta oportunidade, da interpretação dos enunciados normativos, um após outro, dessa ordem econômica.

Este, o nosso ponto de partida. Se bem que não tenha pretendido, no capítulo anterior, propor um modelo de interpretação operativa, é desse tipo a interpretação, do todo que compõe a ordem econômica – e a ela me refiro, aqui, como mundo do *dever-ser* – que irei empreender. Para tanto, a primeira aproximação que me incumbe, é a referente à enunciação das dúvidas que dão lugar à interpretação.⁸

Essas dúvidas se instalam em razão da disparidade de entendimentos que têm sido manifestados a propósito do sentido assumido por essa ordem constitucional. Não será necessário um balanço completo de tudo quanto a esse respeito foi dito a fim de que possamos ter alinhado um quadro significativo do quanto de oposição e divergência aparta, entre si, tais entendimentos.

Lanço mão, no levantamento de posições a seguir enunciado, do que se pode qualificar como expressão do pensamento da doutrina mais respeitável e consistente, valendo-me, para tanto, inclusive de manifestações emitidas ainda anteriormente à promulgação do texto constitucional, como é o caso do artigo de Manoel Gonçalves Ferreira Filho.⁹ Como esse levantamento não é exaustivo, certamente algumas expressões dessa doutrina deixaram de ser analisadas.

Tomou sob ponderação, assim, as exposições de Geraldo Vidigal, Miguel Reale, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Raul Machado Horta,

8. V. item 65.

9. As exposições de Geraldo Vidigal e Raul Machado Horta correspondem a transcrições de conferências proferidas em setembro de 1988, época na qual o texto constitucional já assumira sua forma final.

José Afonso da Silva, Washington Peluso Albino de Souza e Tércio Sampaio Ferraz Júnior, como segue.

Geraldo Vidigal (“A Ordem Econômica”, in *A Constituição Brasileira – 1988 – Interpretações*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1988, pp. 373 e ss.), enfatizando as afirmações da Constituição em favor da liberdade e da propriedade privada, bem assim do direito de herança, salienta – embora lastimando que no Título da Ordem Econômica “não se encontra dispositivo expresso algum que assegure o funcionamento do mercado, ou que esclareça ser o regime de mercado o que se adota na Constituição” (p. 379) – a “clara afirmação da opção constitucional por um regime de *mercado organizado*” (pp. 382-383 – grifei). O que significa “mercado organizado”? É o mesmo autor quem o diz (*Teoria Geral do Direito Econômico*, cit., p. 47): “Atribuo à expressão *organização dos mercados* significação mais ampla do que é corrente. Denomino *Direito da Organização dos Mercados* a disciplina jurídica corretora do conjunto das distorções características das soluções de liberdade de mercado, abrangendo não apenas as distorções que afetam a competição, como as que induzem repartição desigual e as que alimentam flutuação em direção à crise”. Este *Direito da Organização dos Mercados*, assim, consubstancia a “disciplina dos agentes privados, no exercício de atividades privadas, inspirada no interesse coletivo” (*Teoria*, p. 40). Importa verificar, destarte, sob quais parâmetros pode (deve) atuar o Estado, no exercício desta função, de organização dos mercados (v. *Teoria*, p. 45), na opinião de Geraldo Vidigal. São inúmeras, no texto inicialmente considerado (*A Ordem Econômica*), as alusões ao tema. Assim, refere os “excessos” e a “arrogância do Estado na condução da economia” na vigência da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional n. 1/69 (p. 375); observa que “o Estado ainda não se apercebeu de que precisa ser modesto e moderado, em sua presença econômica, porque está sujeito a erros tanto quanto os indivíduos” (p. 378); salienta ser necessário que o Estado “exerça sua presença com extrema modéstia e moderação sem perturbar a liberdade de iniciativa e sem tumultuar a economia” (p. 381); considera que “somente para fiscalizar, no exercício do poder de política (*sic*; há de ser “poder de polícia”), para exercer incentivo – a mais modesta forma das presenças do Estado na economia – e para planejamento, só para estes fins poderá o Estado estar presente na economia” (p. 381); e conclui, referindo-se ainda ao Projeto que resultou convertido na Constituição de 1988: “no conjunto das posições que regulam o poder de intervenção do Estado, evidencia-se a repulsa à posição estadista da Constituição de 1967/69, delimitando-se nitidamente, e de maneira muito mais severa, a presença do Estado na economia” (p. 383); e mais: “peculiariza-se o novo texto constitucional pelo conjunto das normas que, reduzindo os excessivos poderes que se havia conferido ao Estado, amplia, mais do que proporcionalmente, faculdades dos que exercem trabalho e fortalecem seu poder compensatório” (p. 383). Disso tudo se verifica que Geraldo Vidigal não visualiza na Constituição de

1988 um plano global normativo, do Estado e da sociedade; o Estado é concebido como entidade à qual se deve impor modéstia e moderação, a fim de que sejam reduzidos os efeitos, nefastos, de sua atuação em relação ao processo econômico. Assim, a opção constitucional por um regime de *mercado organizado* importará, segundo a interpretação que Geraldo Vidigal confere à ordem econômica na Constituição de 1988, que o Estado atue para prover essa organização; por outro lado, a ordem econômica na Constituição é mais liberal – mais liberal mesmo, talvez, do que neoliberal – que as ordens econômicas consagradas na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional n. 1/69 (note-se que o autor confere ênfase pronunciada à consideração das afirmações, no texto constitucional, da liberdade, da propriedade e do direito de herança). O caráter liberal da *nova* ordem econômica – assim a refere Geraldo Vidigal – resulta evidenciadamente por ele concebido em especial quando se observe que a aludida *organização dos mercados* é provida, no quadro do *Direito da Organização dos Mercados*, exclusivamente mercê da ampliação quantitativa das chamadas *normas de ordem pública*; como do Estado devem ser reduzidos os movimentos, a ordem econômica na Constituição de 1988 não daria guarida, senão excepcionalmente, à produção, por ele, de atos e normas de intervenção. E tal mesmo porque ao *Direito da Organização dos Mercados*, disciplinador de relações travadas *entre agentes privados* – não entre o Estado e agentes privados, note-se – bastam os preceitos da ordem pública clássica (v. item 16). Relembre-se que a *fiscalização*, que justificaria a presença do Estado na economia, é, para Geraldo Vidigal, mera expressão do exercício do poder de polícia. Ao regime de mercado organizado a que refere Geraldo Vidigal basta o intervencionismo neoliberal, que Farjat (ob. cit., pp. 401-402) aponta como muito próximo do liberalismo clássico e no âmbito do qual estamos ainda em presença de um Estado *gendarme*, que simplesmente estende suas funções à organização da economia, em razão do surgimento de poderes econômicos privados e da prática de abusos de poder.

Miguel Reale, cujo pensamento a propósito da matéria colho inicialmente em três artigos publicados pela imprensa (“Inconstitucionalidade de congelamentos”, in *Folha de S. Paulo*, 19.10.88, p. A-3; “Constituição e economia”, in *O Estado de S. Paulo*, 24.1.89, p. 3; “O Estado no Brasil”, in *Folha de S. Paulo*, 19.9.89, p. A-3), sustenta que “houve, por conseguinte, iniludível opção de nossos constituintes por dado tipo, o tipo liberal do processo econômico, o qual só admite a intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência de quaisquer interferências, quer do próprio Estado, quer do embate econômico que pode levar à formação de monopólios e ao abuso do poder econômico visando ao aumento arbitrário dos lucros” (“Inconstitucionalidade de congelamentos”). Após (“Constituição e economia”), afirma: “À luz do que as suas disposições enunciam, estou convencido de que a Carta Magna, ora em vigor, optou por uma posição intermédia entre o liberalismo oitocentista, infenso a toda e qualquer intervenção do Estado,

e o dirigismo estatal. Dir-se-ia – prossegue – que sua posição corresponde à do neoliberalismo ou social-liberalismo, o único, a meu ver, compatível com os problemas existenciais de nosso tempo”. Enfatiza a consagração constitucional dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência e o caráter excepcional da exploração econômica pelo Estado, sob a exigência de prévia lei que a autorize, bem assim o texto do art. 174 como fundamentos do entendimento que espousa. Quanto ao art. 174, anota: “Em face de um texto tão claro, custa-me a crer que se possa pensar em dirigismo econômico, cuja característica principal é a natureza imperativa e não meramente indicativa do planejamento para os particulares, considerados individualmente ou consorciados em empresas”. E conclui: “Praticam, pois, um grande erro (*inclusive do ponto de vista fático*) aqueles que não contribuem com uma interpretação objetiva e serena do texto constitucional, assumindo atitude hostil ou depreciativa perante o Estatuto de 1988, o qual, apesar das múltiplas contradições que o comprometem, abre clareiras à defesa tão necessária da livre iniciativa, o que quer dizer da economia de mercado” (grifei). Quanto à livre iniciativa e à livre concorrência, já afirmara no “Inconstitucionalidade de congelamentos”: “Ora, livre iniciativa e livre concorrência são conceitos complementares, mas essencialmente distintos. A primeira não é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados. Liberdade de fins e de meios informa o princípio de livre iniciativa, conferindo-lhe um valor primordial, como resulta da interpretação conjugada dos citados arts. 1º e 170. Já o conceito de livre concorrência tem caráter instrumental, significando o ‘princípio econômico’ segundo o qual a fixação dos preços das mercadorias e serviços não deve resultar de atos de autoridade, mas sim do livre jogo das forças em disputa de clientela na economia de mercado”. Assim, depois de considerar também a referência do art. 170 à “defesa do consumidor” e o § 4º do art. 171, concluiu: “Da exegese conjugada desses dispositivos podemos inferir algumas consequências básicas, a saber: a) a livre concorrência deve ser a regra ou diretriz básica da ordem econômica; b) o Estado só deve intervir na vida econômica para evitar a eliminação da concorrência, reprimindo o abuso econômico que vise a obtenção de lucros ilícitos”. Já porém o último texto de que cuido (“O Estado no Brasil”), após reconhecer a necessidade da interferência estatal na economia “não só por motivos de segurança nacional, mas também para amparar certas atividades essenciais ao País, muito embora desinteressantes em termos de investimentos privados, como, por exemplo, se dá com o nosso sistema rodoviário e ferroviário”, alerta: “Se a Constituição de 1988, em seu art. 174, confere ao Estado funções de ‘fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado’, será fácil distorcer essas diretrizes, convertendo-se fiscalização

em interferência sistemática; incentivo em favorecimento e planejamento indicativo em programa (*sic*) obliquamente compulsórios (...)” Além de ter manifestado seu entendimento a respeito do tema nesses três artigos, Miguel Reale emitiu parecer sobre a matéria, datado de 10 de maio de 1989, publicado no jornal *O Estado de S. Paulo* (4.6.89, p. 9). Nele, além de reproduzir afirmações que já constavam dos dois primeiros artigos aqui mencionados (“Inconstitucionalidade de congelamentos” e “Constituição e economia”), colhem-se as seguintes considerações. Quanto à *ação fiscalizadora* do Estado, a Constituição a admite apenas quando vise impedir o aumento arbitrário dos lucros e fixar e apurar as responsabilidades de empresas e empresários nos atos atentatórios contra a ordem econômico-financeira e a economia popular. De outra parte, reafirmando a prevalência dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, anota: “Parece-me que, com o advento do novo Estatuto Político, a intervenção do Estado no domínio econômico somente pode ocorrer naquelas hipóteses que o legislador tiver o cuidado de especificar. É o que decorre principalmente do art. 174 da nova Constituição que fixa os limites de atuação do Estado na sua qualidade de *agente normativo*. Nesse sentido, como bem o salienta Miguel Reale Júnior – que foi assessor jurídico da Presidência da Assembleia Nacional Constituinte –, há um fato que vale como *exegese histórica* da maior importância. Lembra ele, com efeito, que no substitutivo do Relator, encaminhado à Comissão de Sistematização, ao se definir, no art. 195 do Anteprojeto, a intervenção do Estado na economia, lhe haviam sido atribuídas ‘funções de *controle*, fiscalização, incentivo e planejamento’. Pois bem, esse dispositivo, submetido ao plenário, sofreu alteração substancial, *com a supressão da função de controle*. Donde dever-se concluir que, seja do ponto de vista histórico, seja à luz da exegese sistemática, a intervenção no domínio econômico perdeu o caráter de generalidade – para adquirir função de excepcionalidade, *afastada a função de controle*”.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (“O Estado onipresente”, in *Folha de S. Paulo*, 10.12.87, p. A-3), se bem que se reportando ainda ao projeto de Constituição elaborado pela Comissão de Sistematização, aponta a consagração, nele, do que qualifica como “estatolatria”. Limitando-me a considerar, aqui, observações que faz em relação a alguns preceitos que, nos trechos que analisa, foram ao texto constitucional incorporados sem que alteração nenhuma os colhesse, verifico que Manoel Gonçalves Ferreira Filho visualiza no art. 174 – o Estado “como agente normativo e regulador da atividade econômica” – a rejeição da economia de mercado. Ainda mais, neste mesmo art. 174, se substituirmos “determinante” por “imperativo” (o Projeto empregava este último vocábulo) – embora o preceito afirme ser o planejamento *indicativo* para o setor privado – o autor vê a marginalização do setor privado: “Ora, planejamento imperativo, quer dizer, de metas obrigatórias, tanto quantitativa quanto qualitativa, significa na prática a mobilização compulsória de mão de obra, de matérias-primas, de divisas, o que é manifestamente incompatível com a sobrevivência de um setor privado, salvo se marginal”.

De outra parte, divisa no art. 173, na cláusula que, abrindo exceção a vedação da exploração direta da atividade econômica pelo Estado, refere “relevante interesse coletivo”, o esvaziamento da vedação; assim, após referir o preceito do art. 177 do texto constitucional, conclui: “Diante disto, de que adianta o art. 199 (170, no texto final) afirmar a livre iniciativa como um dos fundamentos da ordem econômica, afirmar a livre concorrência como um de seus princípios basilares? *Res non verba*, já advertiam os romanos”.

Raul Machado Horta (“A Ordem Econômica na nova Constituição: problemas e contradições”, in *A Constituição Brasileira – 1988 – Interpretações*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1988, pp. 388 e ss.) observa que “o constituinte afastou-se do modelo plástico, que se formulou na Constituição da Espanha de 1978, e preferiu o modelo rígido e ortodoxo, *que conduz ao dirigismo econômico*” (p. 391 – grifei). Salienta que “o hibridismo do sistema econômico, que é visível na adoção de princípios privatísticos e publicísticos, acima identificados – inviolabilidade do direito de propriedade, princípio da propriedade privada, livre iniciativa, livre concorrência, livre exercício de qualquer atividade econômica, função social da propriedade e desapropriação da propriedade por interesse social – recebe rupturas, em outras disposições da Ordem Econômica e Financeira, que afetam o equilíbrio do sistema, para torná-lo instrumento do intervencionismo, do dirigismo, do nacionalismo e da estatização”. Anota que “a linguagem elástica e ambígua – ‘planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado’ –, sujeita à interpretação dilatadora da iniciativa presidencial e de maiorias no Congresso Nacional, poderá converter-se em ‘cláusula transformadora’ da Constituição, para instaurar o planejamento central da economia, sufocando a economia de mercado, a livre iniciativa e a livre concorrência” (p. 391). Considera que o evidente conteúdo elástico e dilatador do preceito contido no art. 173 do texto constitucional – “imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo” sempre confiados aos critérios políticos da iniciativa presidencial e do legislador – poderá igualmente conferir à norma a força de ‘cláusula transformadora’ da Constituição, para tornar a ‘exploração direta da atividade econômica pelo Estado’ no instrumento da estatização” (pp. 391-392). Salienta ainda que “os capítulos da Política Urbana, da Política Agrícola, Fundiária e da Reforma Agrária estão igualmente impregnados de normas ambíguas e elásticas, sob a aparência da razoabilidade, mas que poderão conduzir a resultados extremos, na medida em que o legislador preferir explorar o conteúdo dilatador da norma constitucional federal autorizativa” (p. 392). Enfim, conclui: “A Ordem Econômica da Constituição está impregnada de princípios e soluções contraditórias. Ora inflete no rumo do capitalismo neoliberal, consagrando os valores fundamentais desse sistema, ora avança no sentido do intervencionismo sistemático e do dirigismo planificador, com elementos socializadores. As cláusulas dotadas de função transformadora, que se difundem na Ordem Econômica, poderão

unilateralizar os caminhos da Constituição e conduzir a soluções não expressamente contempladas no seu texto” (p. 392).

José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., 40ª ed., 2017), referindo a circunstância de a Constituição declarar que a ordem econômica é fundada na *valorização do trabalho humano* e na iniciativa privada, observa que ela “consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a *iniciativa privada* é um princípio básico da ordem capitalista”; mas “embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado”; e, “conquanto se trate de declaração de princípio, essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil (art. 1º, IV)” (p. 802). Salienta que “a Constituição criou as condições jurídicas fundamentais para a adoção do *desenvolvimento autocentrado, nacional e popular*, que, não sendo sinônimo de isolamento ou autarquização econômica, possibilita marchar para um sistema econômico desenvolvido, em que a burguesia local e seu Estado tenham o domínio da reprodução da força de trabalho, da centralização do excedente da produção, do mercado e a capacidade de competir no mercado mundial, dos recursos naturais e, enfim, da tecnologia” (pp. 792-793). Considerando ser a Constituição capitalista, não obstante enfatiza que “ela, apesar disso, abre caminho às transformações da sociedade com base em alguns instrumentos e mecanismos sociais e populares que consagrou” (p. 800). Note-se, ademais, que José Afonso da Silva (p. 794) toma como legítima a liberdade de iniciativa econômica privada apenas “enquanto exercida no interesse da justiça social”. Daí a intervenção estatal no domínio econômico, que se impõe, e cuja fundamentação, para o controle do mercado interno, vai encontrar, também, no art. 219 do texto constitucional (p. 807).

Washington Peluso Albino de Souza, em conferência que pronunciou na Associação dos Advogados de São Paulo, em 15 de maio de 1989, em curso sobre “O Direito Privado na ordem constitucional”, observou que a Carta de 1988 consagrou o princípio da “economia de mercado”, mantendo seus elementos constitutivos, mas adotando ideologia próxima da neoliberal; a “regra” adotada pelo texto incorpora a exploração direta da atividade econômica pelo Estado, não significando porém isso a negação ou o comprometimento da “economia de mercado”. E concluiu: “O comportamento do legislador constituinte, definindo para o País um ‘Estado Democrático de Direito’ (art. 1º), evitando a expressão ‘Estado de Direito’, de sabor liberal, e aproximando-se do discurso da Carta Portuguesa de 1975 – embora não avançando ao ponto da Espanhola, de 1978, que consagra o ‘Estado Social e Democrático de Direito’ (art. 1º) – autoriza-nos, salvo melhor juízo, a detectar na Carta de 1988 os elementos de uma ‘economia de mercado’ distanciada do modelo liberal puro e ajustada à ideologia neoliberal, sendo este o único prisma capaz

de permitir a sua análise correta” (colho o trecho transcrito nas anotações feitas pelo próprio Professor Washington Peluso Albino de Souza como roteiro de exposição, cuja cópia me foi fornecida pelo coordenador do curso, Professor Alcides Tomasetti Júnior).

Tércio Sampaio Ferraz Júnior, em parecer publicado n’*O Estado de S. Paulo*, 4.6.89, p. 50 (“A economia e o controle do Estado”), desenvolve detida análise do tema, concluindo que a Constituição de 1988 “repudia o dirigismo econômico”. Cumpre considerar, contudo, as distinções que apartam *dirigismo* e *intervencionismo econômico*. Observe-se o quanto considera o autor em trechos colhidos no parecer: “Ou seja, o intervencionismo não se fez contra o mercado, mas a seu favor. O mercado, enquanto mecanismo de coordenação e organização dos processos econômicos e que pressupõe o reconhecimento do direito de propriedade dos bens de produção e a liberdade de iniciativa, é mantido no intervencionismo como o princípio regulador da economia. Distinto do intervencionismo é, neste sentido, o dirigismo econômico, próprio das economias de planificação compulsória, e que pressupõe a propriedade estatal dos meios de produção, a coletivização das culturas agropecuárias e o papel do Estado como agente centralizador das decisões econômicas de formação de preços e fixação de objetivos. Essa distinção entre intervencionismo e dirigismo é importante e nos remete imediatamente à análise da ordem econômica conforme a Constituição de 1988. O art. 174 desta determina que o Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, exerce, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este último determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Tais funções assinalam formas de intervenção do Estado na economia, ao lado de outras, como por exemplo, a função empresarial, disciplinada pelo art. 173”. Mas a Constituição “repudia a economia estatizada, o capitalismo de Estado, o dirigismo econômico, pois, ao contrário acentua essencialmente (art. 170) o pluralismo da livre iniciativa e o sentido social, não discriminatório do trabalho humano como fundamento da ordem econômica. Como agente normativo e regulador, o Estado, portanto, não se substitui ao mercado na configuração estrutural da economia”. Assim, “quando o art. 174 da Constituição dispõe que o Estado exerça, dentre outras, a função de planejamento, esta expressão certamente não tem nada a ver com dirigismo econômico, mas sim com intervencionismo que, como vimos, é fenômeno que ocorre no desenvolvimento da economia capitalista. Esta função, que é, então, determinante para o setor público e indicativa para o setor privado, diz respeito, assim, ao disposto no § 1º do mencionado artigo, que determina que a lei estabeleça as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento. Isto significa que a Constituição, ao falar em função de planejamento, não está instituindo qualquer forma de política econômica, global e racionalmente planejada, posto que os planos, compulsórios para o setor público, mas não para o privado, são meros instrumentos de

política governamental e jamais a sua essência. Isto quer dizer outrossim que política econômica, como exercício de governo, não é um conceito jurídico-constitucional, mas de economia política. Quando, portanto, se estabelece, por lei, um programa de estabilização econômica o que se está fazendo não pode ser planejamento (no sentido constitucional) mas apenas exercício de função fiscalizadora. Fiscalização, enquanto ato de examinar, verificar, vigiar, é atividade que deve estar cingida ao controle da normalidade do exercício da atividade econômica pelos seus fundamentos, conforme os princípios que a condicionam. Enquanto controle de preços é atividade reguladora de sua formação em razão de uma política econômica, mas que não se substitui ao mercado livre como sua base. O termo 'controlar' tem dois sentidos que devem aqui ser distinguidos. O sentido forte de dominação e o sentido fraco de verificação, acompanhamento, vigilância (Fábio Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 1976). Pelo exposto, o controle fiscalizador sobre os preços tem certamente o sentido fraco e não forte. O Estado, como agente normativo e regulador, não se impõe ao mercado, para dominá-lo. Não o dirige, apenas vela para que a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano ocorram nos quadros dos princípios constitucionais. Consequentemente, em casos excepcionais, quando a ocorrência de certas anomalias é capaz de pôr em risco o próprio fundamento da atividade econômica livre, pode o agente-Estado promover a imposição de restrições na espontaneidade contingente do mercado na formação dos preços justamente com o objetivo de salvaguardá-la. Isto, obviamente, como exceção e jamais como regra, pois restringir regularmente não é fiscalizar, mas dirigir a economia, ainda que em termos setoriais". Após, cogitando especificamente do congelamento de preços, observa que ele "em si, ainda que equiparado a tabelamento, não significa uma medida dirigista. A equiparação a tabelamento diz respeito aos efeitos, mas não é a mesma coisa". E conclui: "Ora, é aqui que entra a distinção entre intervencionismo e dirigismo. O primeiro é atitude flexível, que visa a estimular o mercado e a definir as regras do jogo. Já o segundo se caracteriza por uma atitude rígida, que impõe autoritariamente certos comportamentos (Pinheiro Xavier, p. 82). Neste há uma direção central da economia que funciona na base de um plano geral obrigatório que todos executam; a entidade autora do plano determina a necessidade dos sujeitos e a sua prioridade, fixa os níveis de produção e de preços e opera direta ou indiretamente a distribuição dos bens produzidos. No primeiro, a produção é fixada pelos produtores, a repartição opera pela circulação livre dos bens e a formação dos preços ajusta-se pelas regras do mercado. Mas não exclui a intervenção do Estado para estimular convergências de base e o estabelecimento de compromissos para além de simples conjunções verbais (cf. Antonio Menezes Cordeiro, *Direito da Economia*, 1ª vol., Lisboa, 1986, pp. 158 e ss.). Nestes termos, o congelamento deve ser entendido como medida de intervenção de caráter excepcionalíssimo que visa adequar o sistema da ordem econômica (cujos fundamentos estão na livre iniciativa e na

valorização do trabalho humano) aos princípios da livre concorrência e da defesa do consumidor, quando ocorram desvios graves de funcionamento, como é o caso de uma hiperinflação. Trata-se, assim, de medida de Direito Econômico cuja base constitucional está no art. 170, IV e V. Tem caráter compulsório, devendo ser transitória, propiciar uma transparência do mercado para o próprio mercado, estimular ajustes entre os seus próprios agentes, cuja participação não pode excluir, sendo acompanhada de instrumentos de fiscalização nos termos em que a Constituição entende esta função”.

Quanto a tabelamento de preços, v. acórdão do STF, no regime ainda da Constituição de 1946, HC 30.355, rel. Min. Castro Nunes (RDA 21/134 e ss.). Um negociante condenado por vender carne verde por preço excedente da tabela impetrou *habeas corpus* invocando a vedação da delegação legislativa. A ordem foi negada, constando do voto do Min. Orozimbo Nonato a seguinte observação: “A Constituição vigente permite ampla intervenção estatal na ordem econômica. Há, nesse sentido, uma série de providências que marcam, inequivocamente, que ela não adotou – e nem podia adotar – o anacrônico *laissez faire, laissez passer* [sic] em face da ordem econômica” (RDA 21/138).

80. Além disso, outras manifestações – as quais, porém, sequer podem constituir doutrina, visto como nutridas no emocionalismo político – veiculam verdadeiro delírio antiestatal.

Aí, de um lado é imputado caráter conservador à Constituição de 1988, na medida em que expressa a “manutenção do estatismo”, “desprezo *prático* pela liberdade”, “desinteresse pela eficiência econômica” e “sinaliza uma inibição xenófoba à internacionalização da economia brasileira”. De outro, a afirmação de que ela – a Constituição de 1988 – é mais liberal do que a anterior, dado que consagra o predomínio da livre iniciativa; e isso porque os princípios que a restringem (a livre iniciativa) “devem ser interpretados *restritivamente!*”.¹⁰

Os que assim deliram, deliberadamente ou porque se deixam levar pelo conhecimento sensível, superficial, enganador, que não superam pela razão, estão a um passo da proposta de total eliminação do Estado, que, como observa Dalmo de Abreu Dallari,¹¹ “ou é uma fantasia anarquista, que jamais conseguiu ultrapassar os limites

10. Esse delírio passa até mesmo pela proposta de revisão da federação brasileira mediante a extinção dos Municípios: os males do País decorrem do gigantismo estatal, insuflado pela circunstância de, entre nós, o Município ter sido transformado em “pessoa federativa, apesar de compor o espaço territorial do Estado” – argumento que, no extremo, justificaria também a extinção dos Estados-membros.

11. “O Estado-instrumento”, in *Folha de S. Paulo*, 22.7.89, p. A-3.