

PROVISÓRIO

JOSÉ AFONSO DA SILVA

CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO

46^a EDIÇÃO

Revista e atualizada

*até a Emenda Constitucional
n. 135, de 20.12.2024*

 EDITORA
JusPODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

 MALHEIROS
EDITORES

Título I

Da Ordem Econômica

Capítulo I

**DOS PRINCÍPIOS GERAIS
DA ATIVIDADE ECONÔMICA**

I. BASES CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA: 1. *Questão de ordem*. 2. *Constitucionalização da ordem econômica*. 3. *Elementos socioideológicos*. 4. *Fundamento e natureza da ordem econômica instituída*. 5. *Fim da ordem econômica*. II. CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E SEUS PRINCÍPIOS: 6. *Ideia de constituição econômica*. 7. *Princípios da constituição econômica formal*. 8. *Soberania nacional econômica*. 9. *Liberdade de iniciativa econômica*. 10. *Livre concorrência e abuso do poder econômico*. 11. *Princípios de integração*. 12. *Empresa brasileira e capital estrangeiro*. III. ATUAÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO: 13. *Capitalismo, socialismo e estatismo*. 14. *Serviço público e atividade econômica estatal*. 15. *Modos de atuação do Estado na economia*. 16. *Exploração estatal de atividade econômica*. 17. *Monopólios*. 18. *Intervenção no domínio econômico*. 19. *Planejamento econômico*.

I. BASES CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA

1. *Questão de ordem*

As bases constitucionais do sistema econômico encontram-se nos arts. 170 a 192, compreendidos em quatro capítulos: um sobre os princípios da atividade econômica; outro sobre a política urbana; um terceiro sobre a política agrícola e fundiária e sobre a reforma agrária; e, finalmente, um quarto sobre o sistema financeiro nacional. Não daremos a mesma distribuição à matéria. Assim é que neste capítulo cuidaremos dos princípios da atividade econômica, tomada aqui a palavra *princípios* mais no sentido de fundamentos da ordem econômica do que apenas de normas-síntese informadoras do sistema, mas também destas. Num segundo capítulo estudaremos as propriedades na ordem econômica, envolvendo as questões minerais, de política urbana, da política agrícola e reforma agrária. Um terceiro capítulo será dedicado ao *sistema financeiro nacional*.

2. *Constitucionalização da ordem econômica*

A *ordem econômica* adquiriu dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições passaram a discipliná-la sistematicamente, o que teve início com a Constituição mexicana de 1917. No Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira a consignar princípios e normas sobre a ordem econômica, sob a influência da Constituição alemã de Weimar.¹ Isso não quer dizer que, nessa disciplina, se colhe necessariamente um “sopro de socialização”. Não, aqui, como no mundo ocidental em geral, a ordem econômica consubstanciada na Constituição não é senão uma forma econômica capitalista,² porque ela se apoia inteiramente na apropriação privada dos meios de produção e na iniciativa privada (art. 170). Isso caracteriza o *modo de produção capitalista*, que não deixa de ser tal por eventual ingerência do Estado na economia nem por circunstancial exploração direta de atividade econômica pelo Estado e possível monopolização de alguma área econômica, porque essa atuação estatal ainda se insere no princípio básico do capitalismo que é a apropriação exclusiva por uma classe dos meios de produção, e, como é essa mesma classe que domina o aparelho estatal, a participação deste na economia atende a interesses da classe dominante.

A atuação do Estado, assim, não é nada menos do que uma tentativa de pôr ordem na vida econômica e social, de arrumar a desordem que provinha do liberalismo. Isso tem efeitos especiais, porque importa em impor condicionamentos à atividade econômica, do que derivam os *direitos econômicos* que consubstanciam o conteúdo da constituição econômica, que examinaremos ainda neste capítulo. Mas daí não se conclui que tais efeitos beneficiem as classes populares. Sua função consiste em racionalizar a vida econômica, com o que se criam condições de expansão do capitalismo monopolista, se é que tudo já não seja efeito deste.

1. Para a evolução da matéria nas constituições brasileiras, cf. Josaphat Marinho, “A ordem econômica nas constituições brasileiras”, *RDP* 19/51; Fábio Lucas, *Conteúdo social nas constituições brasileiras*, Belo Horizonte, UFMG, 1959; Alberto Venâncio Filho, *A intervenção do estado no domínio econômico*, Rio de Janeiro, FGV, 1968; Modesto Carvalhosa, *A ordem econômica na Constituição de 1969*, São Paulo, RT, 1972. Para uma postura crítica da ordem econômica na Constituição de 1988: Eros Roberto Grau, *Contribuição para a interpretação e a crítica da ordem econômica na Constituição de 1988*, São Paulo, 1990.
2. Cf. Vital Moreira, *A ordem jurídica do capitalismo*, p. 35, onde esclarece que um “sistema econômico pode manifestar-se concretamente sob formas diversas. Aos vários modos de manifestação de um mesmo sistema econômico pode chamar-se forma econômica”. Cf. também Pierre Duclos, *L'évolution des rapports politiques depuis 1750*, pp. 148 e ss.

3. *Elementos socioideológicos*

Recordaremos, aqui, apenas o que já deixamos escrito na Primeira Parte deste volume, quando estudamos, esquematicamente, os elementos das constituições, que decorrem de sua estrutura normativa. Então, mostramos que os *elementos socioideológicos* são o conjunto de normas que revela o caráter de compromisso das constituições modernas entre o Estado liberal e o Estado social intervencionista. O primeiro firmou a restrição dos fins estatais, consagrando uma declaração de direitos do homem, como *estatuto negativo*, com a finalidade de proteger o indivíduo contra a usurpação e abusos do poder; o segundo busca suavizar as injustiças e opressões econômicas e sociais que se desenvolveram à sombra do liberalismo.

“Esse embate entre o liberalismo [escrevemos em outro livro] com seu conceito de democracia política, e o intervencionismo ou socialismo repercutiu nos textos das constituições contemporâneas, com seus princípios de direitos econômicos e sociais, comportando um conjunto de disposições concernentes tanto aos direitos dos trabalhadores como à estrutura da economia e ao estatuto dos cidadãos. O conjunto desses princípios forma o chamado conteúdo social das constituições. Mas é justo reconhecer que, nessa luta, as reivindicações sociais mal conseguem introduzir-se nas cartas constitucionais. Poucas têm conseguido firmar-se como normas plenamente eficazes. Muitas são traduzidas nos textos supremos apenas *em princípio*, como esquemas genéricos, simples programas a serem desenvolvidos ulteriormente pela atividade dos legisladores ordinários. São estas que constituem as *normas constitucionais de princípio programático*”.³

São, apesar disso, normas de grande importância, porque procuram dizer *para onde* e *como* se vai, buscando atribuir *fins* ao Estado, esvaziado pelo liberalismo econômico, conforme lição de Pontes de Miranda.⁴ Essa característica teleológica confere-lhes relevância e função de princípios gerais de toda a ordem jurídica, como bem assinala Natoli,⁵ tendente a instaurar um regime de democracia substancial (mas ainda distante de uma democracia socialista), ao

3. Cf. nosso *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 128. Essas palavras ainda se ajustam à Constituição de 1988, especialmente à vista de sua ordem econômica, que não avançou nada em relação ao sistema anterior. Antes regrediu. Mas também é justo reconhecer que a atual Constituição é muito mais progressista, no seu todo, do que as anteriores, conforme temos proclamado ao longo deste volume.

4. Cf. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*, t. I/127.

5. Cf. *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1952, p. 29.

determinarem a realização de fins sociais, através da atuação de programas de intervenção na ordem econômica, com vistas à realização da justiça social.⁶ Revelam, assim, um *compromisso* apenas entre as forças políticas liberais e tradicionais e as reivindicações populares de justiça social. Consubstanciam os *direitos econômicos e sociais*, embora nem sempre com eficácia capaz de atender ditas reivindicações de maneira satisfatória. A despeito disso, pode-se dizer que, assim como as declarações dos direitos do homem do século XVIII postularam a realização dos valores jurídicos da segurança, da ordem e da certeza, as declarações constitucionais dos direitos econômicos e sociais, reveladas nesses elementos socioideológicos, pretendem a realização do valor-fim do Direito: a *justiça social*, que é uma aspiração do nosso tempo, em luta aberta contra as injustiças do individualismo capitalista.⁷

4. *Fundamento e natureza da ordem econômica instituída*

A Constituição declara que a ordem econômica é fundada na *valorização do trabalho humano* e na iniciativa privada. Que significa isso? Em primeiro lugar quer dizer precisamente que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a *iniciativa privada* é um princípio básico da ordem capitalista. Em segundo lugar significa que, embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. 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).

5. *Fim da ordem econômica*

A *ordem econômica*, segundo a Constituição, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios indicados no art. 170, princípios estes que, em essência, como dissemos, consubstanciam uma ordem capitalista. Não nos enganemos, contudo, com a retórica constitucional. A declaração de que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, só por si, não tem significado substancial, já que a análise dos

6. Cf. nossa *ob. cit.*, p. 139.

7. *Idem*, p. 130.

princípios que informam essa mesma ordem não garante a efetividade daquele fim.

A ordem econômica, configurada na Constituição, prevê apenas algumas medidas e princípios que, bem lembrou Josaphat Marinho em termos válidos ainda, “poderão sistematizar o campo das atividades criadoras e lucrativas e reduzir desigualdades e anomalias diversas, na proporção em que as leis se converterem em instrumentos reais de correção das contradições de interesses privados.

“Mas, desses princípios e medidas advêm soluções de transição, apenas moderadoras dos excessos do capitalismo. São fórmulas tecnocráticas e neocapitalistas, que não suprimem as bases da ordem econômica individualista, fundada no poder privado de domínio dos meios de produção e dos lucros respectivos.”⁸

Assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da *justiça social*, não será tarefa fácil num sistema de base capitalista e, pois, essencialmente individualista. É que a justiça social só se realiza mediante equitativa distribuição da riqueza.⁹ Um regime de acumulação ou de concentração do capital e da renda nacional, que resulta da apropriação privada dos meios de produção, não propicia efetiva justiça social, porque nele sempre se manifesta grande diversidade de classe social, com amplas camadas de população carente ao lado de minoria afortunada. A história mostra que a injustiça é inerente ao modo de produção capitalista, mormente do capitalismo periférico.¹⁰ Algumas providências constitucionais formam agora um conjunto de direitos sociais com mecanismos de concreção que devidamente utilizados podem tornar menos abstrata a promessa de justiça social. Esta é realmente uma determinante essencial que impõe e obriga que todas as demais regras da constituição econômica sejam entendidas e operadas em função dela.¹¹

Um regime de justiça social será aquele em que cada um deve poder dispor dos meios materiais para viver confortavelmente segundo as exigências de sua natureza física, espiritual e política.¹² Não aceita as

8. Cf. “A ordem econômica e social nas Constituições brasileiras”, *RDP* 19/59.

9. Sobre a noção de *justiça social*, cf. Modesto Carvalhosa, *ob. cit.*, pp. 56 e ss.; Eros Roberto Grau, *Elementos de direito econômico*, pp. 54 e ss.

10. Samir Amin sustenta mesmo a tese de que a estabilidade de repartição de renda nos países capitalistas do centro na época contemporânea não exclui, mas antes supõe, uma repartição de rendas muito mais desigual nos países capitalistas periféricos. Cf. *La déconnexion*, p. 167.

11. Sobre o valor das normas constitucionais sobre *justiça social*, cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, “Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social”, tese n. 8 à 9ª Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (Florianópolis, 2 a 6.5.82).

12. Cf. Pierre Duclos, *ob. cit.*, p. 149.

profundas desigualdades, a pobreza absoluta e a miséria. O reconhecimento dos direitos sociais, como instrumentos de tutela dos menos favorecidos, não teve, até aqui, a eficácia necessária para reequilibrar a posição de inferioridade que lhes impede o efetivo exercício das liberdades garantidas.¹³ Assim, no sistema anterior, a promessa constitucional de realização da justiça social não se efetivara na prática. A Constituição de 1988 é ainda mais incisiva no conceber a ordem econômica sujeita aos ditames da justiça social para o fim de assegurar a todos existência digna. Dá à justiça social um conteúdo preciso. Preordena alguns princípios da ordem econômica – a *defesa do consumidor*, a *defesa do meio ambiente*, a *redução das desigualdades regionais e pessoais* e a *busca do pleno emprego* – que possibilitam a compreensão de que o capitalismo concebido há de *humanizar-se* (se é que isso seja possível). Traz, por outro lado, mecanismos na ordem social voltados à sua efetivação. Tudo depende da aplicação das normas constitucionais que contêm essas determinantes, esses princípios e esses mecanismos.

II. CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E SEUS PRINCÍPIOS

6. *Ideia de constituição econômica*

Seria sem propósito empreender aqui uma larga discussão sobre o *conceito de constituição econômica*. A doutrina ainda não firmou orientação segura sobre o tema.¹⁴ Reconhecemos valor ao conceito de constituição econômica, desde que não pensemos que as bases constitucionais da ordem econômica é que definem a estrutura de determinado sistema econômico, pois isso seria admitir que a constituição formal (superestrutura) *constitua* a realidade material (constituição material: infraestrutura. Mas também não se trata de aceitar um determinismo econômico mecânico sobre a realidade jurídica formal. Se esta é forma, torna evidente que recebe daquela os fundamentos de seu conteúdo. Mas a forma também influi na modelagem da matéria.¹⁵ Aqui interessa considerar a *constituição econômica formal*, como

13. Nesse ponto, cf. Pietro Barcellona, *Diritto privato e processo economico*, p. 123.

14. Para aprofundar-se o tema, cf. Vital Moreira, *Economia e constituição*, Coimbra, Faculdade de Direito, 1974; idem, *A ordem jurídica do capitalismo*, Coimbra, Centelha, 1973; Francesco Galgano (Diretor), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia – v. I: La costituzione economica*, Padova, CEDAM, 1977; Luiz Sánchez Agesta (Coordenador), *Constitución y economía: la ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1977; Werter R. Faria, *Constituição econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990.

15. Chamaria de *positivismo dialético* essa concepção do Direito como formado por influência da infraestrutura, mas que a ela retorna como parte da realidade toda,

a parte da Constituição que interpreta o sistema econômico, ou seja: que dá forma ao sistema econômico, que, em essência, é o capitalista. Vale dizer: a *constituição econômica formal brasileira* consubstancia-se na parte da *Constituição Federal que contém os direitos que legitimam a atuação dos sujeitos econômicos, o conteúdo e limites desses direitos e a responsabilidade que comporta o exercício da atividade econômica*.¹⁶

Não se trata de conceber a constituição econômica formal como simples disciplina jurídica fundamental da intervenção do Estado no domínio econômico, que seria concepção considerada, com razão, muito estreita e insuficiente.¹⁷ Procura-se fixar a ideia de que a *constituição econômica formal*, como objeto do Direito Constitucional positivo, consiste, não num conceito autônomo de constituição ao lado da constituição política, mas, sim, no conjunto de normas desta que, “garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico”, estabelece os princípios fundamentais de “determinada forma de organização e funcionamento da economia” e constitui, “por isso mesmo, uma determinada ordem econômica”.¹⁸

7. *Princípios da constituição econômica formal*

Esta expressão, na verdade, equivale a dizer *princípios constitucionais da ordem econômica*. A Constituição os relaciona no art. 170, onde está dito que 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:

influenciando-a, e assim modificada condiciona novas formas jurídicas que retomam... num processo dialético dinâmico de dominância do real à superestrutura jurídica e influência desta naquela, de modo que a compreensão do Direito legislado (ou não) depende da compreensão da realidade que o condiciona, porque ocorre aí uma conexão de sentido desta para aquele.

16. Cf. Justino F. Duque Dominguez, “Iniciativa privada y empresa”, in *Constitución y economía*, p. 52.

17. A propósito, Vital Moreira, *Economia e constituição*, p. 137.

18. Vê-se que nos inspiramos em Vital Moreira, reduzindo, porém, seu conceito de constituição econômica (material) aos limites da constituição formal. O conceito do brilhante autor português é: “A CE é, pois, o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica”. Cf. *Economia e constituição*, p. 35. Ficamos, assim, perto da lição do mesmo autor, quando, em outra obra importante, lembra que todas as constituições contêm uma ordem econômica constitucional, uma *constituição econômica formal*. Cf. *A ordem jurídica do capitalismo*, pp. 33 e ss.

- (1) soberania nacional;
- (2) propriedade privada;
- (3) função social da propriedade;
- (4) livre concorrência;
- (5) defesa do consumidor;
- (6) defesa do meio ambiente;
- (7) redução das desigualdades regionais e sociais;
- (8) busca do pleno emprego;
- (9) tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Alguns desses princípios se revelam mais tipicamente como objetivos da ordem econômica, como, por exemplo, o da redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego. Mas todos podem ser considerados princípios na medida em que constituem preceitos condicionadores da atividade econômica. Da *propriedade privada* e de *sua função social* já tratamos antes, e o faremos no capítulo seguinte, dedicado ao estudo da propriedade na ordem econômica.

A par do exame desses princípios, em correlação com outras exigências constitucionais da ordem econômica, discutiremos as questões da atuação do Estado no domínio econômico, do monopólio possível e dos instrumentos de participação do Estado na economia, que são ingredientes disto que a doutrina costuma chamar de economia mista ou ordem econômica de compromisso.

8. Soberania nacional econômica

O art. 1º dá a *soberania* como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e, pois, do Estado Democrático de Direito em que ela se constitui, enquanto o art. 4º põe a *independência nacional* como princípio de suas relações internacionais. Então, quando o art. 170 declara que a *soberania nacional* é um dos princípios da ordem econômica, isso terá de ter consequências específicas nesse campo. Tratar-se-á de *soberania nacional econômica*.

Qual significado terá essa declaração?

Se formos ao rigor dos conceitos, teremos que concluir que, a partir da Constituição de 1988, a ordem econômica brasileira, ainda de natureza periférica, terá de empreender a ruptura de sua dependência em relação aos centros capitalistas desenvolvidos. Essa é uma tarefa

que a Constituinte, em última análise, confiou à burguesia nacional, na medida em que constitucionalizou uma ordem econômica de base capitalista. Vale dizer, o constituinte de 1988 não rompeu com o sistema capitalista, mas quis que se formasse um capitalismo nacional autônomo, isto é, não dependente. Com isso, 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.¹⁹

É claro que essa formação capitalista da Constituição de 1988 tem que levar em conta a construção do Estado Democrático de Direito, em que, como vimos, se envolvem direitos fundamentais do homem que não aceitam a permanência de profundas desigualdades, antes, pelo contrário, reclamam uma situação de convivência em que a dignidade da pessoa humana seja o centro das considerações da vida social.

Ou a burguesia nacional compreende esse sentido das normas constitucionais e empreende a soberania econômica nacional, ou corre o risco de, numa outra etapa posterior, um novo constituinte assumir, em definitivo, a tese da desconexão que significa *desvencillar os critérios de racionalidade das escolhas econômicas internas daqueles que governam o sistema mundial*.²⁰ “Pois, se a burguesia é incapaz de desconectar, e se só uma aliança popular deve e pode convencer-se que a desconexão é uma necessidade incontrolável de todo projeto de desenvolvimento popular, a dinâmica social deve conduzir a inscrever o projeto popular numa perspectiva para a qual não encontramos outro qualificativo senão o de socialismo”.²¹

9. Liberdade de iniciativa econômica

A *liberdade de iniciativa* envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato. Consta do art. 170, como um dos esteios da ordem econômica, assim como de seu parágrafo único, que *assegura a todos o livre exercício de qualquer*

19. Sobre o desenvolvimento autocentrado e a temática conexa apresentada, cf. Samir Amin, *L'échange inégal et la loi de la valeur*, Paris, Anthropos, 1988, pp. 151 e ss., e *La déconnexion*, pp. 25 e ss.; Carlos Lopes, *Para uma leitura sociológica da Guiné-Bissau*, p. 128.

20. Cf. Samir Amin, *La déconnexion*, p. 39.

21. Idem, p. 40.

atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo casos previstos em lei.

É certamente o princípio básico do liberalismo econômico. Surgiu como um aspecto da luta dos agentes econômicos para libertar-se dos vínculos que sobre eles recaíam por herança, seja do período feudal, seja dos princípios do mercantilismo.²² No início, durante o século XIX, e até a Primeira Grande Guerra (1914-1918), a liberdade de iniciativa econômica significava garantia aos proprietários da possibilidade de usar e trocar seus bens; garantia, portanto, do caráter absoluto da propriedade; garantia de autonomia jurídica e, por isso, garantia aos sujeitos da possibilidade de regular suas relações do modo que tivessem por mais conveniente; garantia a cada um para desenvolver livremente a atividade escolhida.²³

Ora, a evolução das relações de produção e a necessidade de propiciar melhores condições de vida aos trabalhadores, bem como o mau uso dessa liberdade e a falácia da “harmonia natural dos interesses” do Estado liberal, fizeram surgir mecanismos de condicionamento da iniciativa privada, em busca da realização de justiça social, de sorte que o texto supratranscrito do art. 170, parágrafo único, sujeito aos ditames da lei, há de ser entendido no contexto de uma Constituição preocupada com a justiça social e com o bem-estar coletivo.

Assim, a *liberdade de iniciativa econômica privada*, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que “liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo”.²⁴ É legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social.²⁵ Será ilegítima, quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário. Daí por que a iniciativa econômica pública, embora sujeita a outros tantos condicionamentos constitucionais, se

22. Cf. Vittorio Ottaviano, “Il governo dell’economia: i principi giuridici”, in *Tratato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia* – v. I: *La costituzione economica*, pp. 200 e 201.

23. Idem, p. 201.

24. Idem, p. 202.

25. Com razão, pois, Modesto Carvalhosa, quando a concebe como liberdade fundamental relativa e, assim, como instrumento da justiça social e do desenvolvimento nacional (cf. *ob. cit.*, pp. 114 e 115); cf. também, para uma discussão mais ampla do tema, Paolo Cavaleri, *Iniziativa economica privata e costituzione “vivente”*, Padova, CEDAM, 1978; Paolo de Carli, *Costituzione e attività economica*, Padova, CEDAM, 1978.

torna legítima, por mais ampla que seja, quando destinada a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Cumpre, então, observar que a liberdade de iniciativa econômica não sofre compressão só do Poder Público. Este efetivamente o faz legitimamente nos termos da lei, quer regulando a liberdade de indústria e comércio, em alguns casos impondo a necessidade de autorização ou de permissão para determinado tipo de atividade econômica, quer regulando a liberdade de contratar, especialmente no que tange às relações de trabalho, mas também quanto à fixação de preços, além da intervenção direta na produção e comercialização de certos bens.

Acontece que o desenvolvimento do poder econômico privado, fundado especialmente na concentração de empresas, é fator de limitação à própria iniciativa privada, na medida em que a concentração capitalista impede ou estorva a expansão das pequenas iniciativas econômicas.

10. Livre concorrência e abuso do poder econômico

A *livre concorrência* está configurada no art. 170, IV, como um dos princípios da ordem econômica. Ela é uma manifestação da liberdade de iniciativa, e, para garanti-la, a Constituição estatui que *a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros* (art. 173, § 4º).

Os dois dispositivos se complementam no mesmo objetivo. Visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência, contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista. A Constituição reconhece a existência do poder econômico. Este não é, pois, condenado pelo regime constitucional. Não raro esse poder econômico é exercido de maneira antissocial. Cabe, então, ao Estado intervir para coibir o abuso.

“Quando o poder econômico passa a ser usado com o propósito de impedir a iniciativa de outros, com a ação no campo econômico, ou quando o poder econômico passa a ser o fator concorrente para um aumento arbitrário de lucros do detentor do poder, o abuso fica manifesto.”²⁶

Essa prática abusiva, que decorre quase espontaneamente do capitalismo monopolista, é que a Constituição condena, não mais

26. Cf. Guilherme A. Canedo de Magalhães, *O abuso do poder econômico: apuração e repressão*, Rio de Janeiro, Artenova, 1975, p. 16; cf. também Benjamin M. Shieber, *Abuso do poder econômico*, p. 3, citando Agamenon Magalhães; Ruy de Souza, *Abuso do poder econômico*, p. 17.

como um dos princípios da ordem econômica, mas como um fator de intervenção do Estado na economia, em favor da economia de livre mercado. Pululam leis antitrustes, sem eficácia.²⁷ O que cumpre reconhecer, na verdade, é que não existe mais economia de mercado nem livre concorrência, desde que o modo de produção capitalista evoluiu para as formas oligopolistas. Falar hoje em economia descentralizada, como economia de mercado, é tentar encobrir uma realidade palpável de natureza diversa. A economia está centralizada nas grandes empresas e em seus agrupamentos. Daí por que se torna praticamente ineficaz a legislação tutelar da concorrência. É que a concentração capitalista não é um fenômeno patológico, mas uma realidade fundamental do novo Estado industrial, como bem observa Farjat: “A verdade é que não é preciso buscar, na regulamentação econômica da concorrência, o que não se encontra (ou jamais se encontrou). A concorrência não é (ou nunca foi) o que se acreditava que ela era, à época em que nasceram as legislações antitrustes. As combinações, as posições dominantes, as práticas restritivas, as concentrações não são, em si mesmas, fenômenos patológicos, mas constituem, ao contrário, uma realidade fundamental do novo Estado industrial – a ordem privada econômica”.²⁸ É uma realidade que não se modificará com mera determinação legal formal, senão com as transformações de seus próprios fundamentos.

11. Princípios de integração

Juntamos aqui considerações sobre a *defesa do consumidor*, a *defesa do meio ambiente*, a *redução das desigualdades regionais e sociais* e a *busca do pleno emprego*. Chamamo-los de *princípios de integração*, porque todos estão dirigidos a resolver os problemas da marginalização regional ou social. Todos já mereceram tratamento em outros lugares, como a *defesa do consumidor*, de que cuidamos, como um dos direitos coletivos consignados no art. 5º, e a ele nos reportamos como princípio da ordem econômica. A *defesa do meio ambiente* merecerá nosso exame mais devagar quando formos estudar a matéria do art.

27. No Brasil, vigora a Lei 8.884/94 (dispõe sobre a repressão das infrações contra a ordem econômica); cf., além das citações anteriores, Gérard Farjat, *Droit économique*, Paris, PUF, 1971; J. A. Manzanedo, J. Hermano e E. Gómez Reino, *Curso de derecho administrativo económico*, pp. 645 e ss.; e, para o direito comparado, Luciano Labaure Casaravilla, *Monopolio trusts carteles: derecho comparado – antecedentes y legislación argentina y uruguaya*, Montevidéo, A.M.F., 1963.

28. *Ob. cit.*, p. 239. Cf. também Fábio Konder Comparato, *O poder de controle na sociedade anônima*, São Paulo, RT, 1976, p. 419.

225, mas é importante destacar aqui que, tendo-a elevado ao nível de princípio da ordem econômica, isso tem o efeito de condicionar a atividade produtiva ao respeito do meio ambiente e possibilita ao Poder Público interferir drasticamente, se necessário, para que a exploração econômica preserve a ecologia. A *redução das desigualdades regionais e sociais* é, também, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, III) e, já vimos, por um lado, que os direitos sociais e os mecanismos da seguridade social são preordenados no sentido de buscar um sistema que propicie maior igualização das condições sociais, e, por outro lado, consignamos, alhures, a preocupação constitucional com a solução das desigualdades regionais, prevendo mecanismos tributários (Fundo Especial) e orçamentários para tanto (regionalização, arts. 43 e 165, § 1º).

A *busca do pleno emprego* é um princípio diretivo da economia que se opõe às políticas recessivas. Pleno emprego é expressão abrangente da utilização, ao máximo grau, de todos os recursos produtivos. Mas aparece, no art. 170, VIII, especialmente no sentido de propiciar trabalho a todos quantos estejam em condições de exercer uma atividade produtiva. Trata-se do pleno emprego da força de trabalho capaz. Ele se harmoniza, assim, com a regra de que a ordem econômica se funda na valorização do trabalho humano. Isso impede que o princípio seja considerado apenas como mera busca quantitativa, em que a economia absorva a força de trabalho disponível, como o consumo absorve mercadorias. Quer-se que o trabalho seja a base do sistema econômico, receba o tratamento de principal fator de produção e participe do produto da riqueza e da renda em proporção de sua posição na ordem econômica.

12. *Empresa brasileira e capital estrangeiro*

O art. 170, IX, com redação da EC-6/95, arrola também como princípio da ordem econômica o *tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País*. Essa nova redação importa em profunda modificação no conceito de *empresa brasileira*, mormente tendo em vista a revogação do art. 171 da Constituição por força do art. 3º da mesma Emenda Constitucional. O texto nos remete, assim, ao novo conceito de empresa brasileira e também ao problema das microempresas.

Empresa brasileira. O conceito de *empresa brasileira* foi um dos mais debatidos e controvertidos no seio da Assembleia Nacional Constituinte. O debate nasceu na Comissão Afonso Arinos, cujo Anteprojeto, no art. 323, por proposta do ilustre Barbosa Lima Sobrinho, esta-

beleceu que só se consideraria empresa brasileira, para todos os fins de direito, aquela cujo controle de capital pertencesse a brasileiros e que, constituída e com sede no País, nele tivesse o centro de suas decisões. O conceito de empresa nacional sequer é novidade na ordem jurídica brasileira. A revogada lei das sociedades por ações (Decreto-lei 2.627/40) já conceituava como nacionais as sociedades organizadas na conformidade da lei brasileira e que tivessem no País a sede de sua administração (art. 60). Nada há que estranhar nisto, pois, como bem dizia Waldemar Ferreira, a propósito desse dispositivo, as *sociedades mercantis*, por isso mesmo que têm personalidade, *têm nacionalidade*, e acrescentava que não poucas vezes cuida a lei da nacionalidade dos sócios ou acionistas para que as sociedades possam realizar determinados objetivos.²⁹ Por isso mesmo, dizia que as sociedades anônimas tanto podem ser nacionais, como estrangeiras,³⁰ porque esta é uma realidade concreta, a que, posteriormente a seus estudos, vieram juntar-se as empresas multinacionais. O que é de estranhar é os empresários brasileiros mesmos, a despeito do fato concreto dessas distinções, reagirem contrariamente à sua conceituação constitucional, ao seu reconhecimento normativo.

O certo é que, no fim das contas, as correntes divergentes chegaram a um acordo sobre o tema, que traduziram no art. 171, com base no qual se admitia a existência de *empresas brasileiras, empresas brasileiras de capital nacional e empresas não brasileiras* (empresas estrangeiras e empresas multinacionais ou transnacionais). O art. 171, I, considerava *empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tivesse a sua sede e administração no País*. Pois bem, com a revogação desse art. 171, desapareceu o conceito de empresa brasileira de capital nacional, ficando apenas o conceito de empresa brasileira tal como constava do seu inciso I, correspondente ao de sociedade nacional do revogado Decreto-lei 2.627/40, que decorre da nova redação do art. 170, IX, e também do art. 176, § 1º. Assim, temos, agora, empresas brasileiras e empresas não brasileiras, com diferença exclusivamente formal entre elas, pois basta que a empresa estrangeira ou multinacional (ou parte dela) se organize aqui segundo as leis brasileiras e tenha sede aqui para ser reputada brasileira, pouco importando a nacionalidade de seu capital e a nacionalidade, domicílio e residência das pessoas que detêm o seu controle, de tal sorte que toda a discussão que as edições anteriores deste livro empreendiam a respeito do conceito de controle efetivo e sua titularidade direta ou indireta que cabia a pessoas físicas domiciliadas e residentes no País

29. Cf. *Instituições de direito comercial*, v. 1, t. 2/477.

30. *Idem*, p. 687.

perdeu sentido em face da nova conceituação.³¹ Suprimido o conceito de empresa brasileira de capital nacional, com a revogação do art. 171, igualmente suprimidos ficaram os privilégios e preferências que a acompanhavam e que não se transferem para as empresas constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no País, a não ser as indicadas nos citados arts. 170, IX, e 176, § 1º.

Microempresas. O princípio do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte consta do art. 170, IX, como dissemos. A Constituição não se contentou com o simples enunciado do princípio, pois já estabeleceu que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às *microempresas* e às *empresas de pequeno porte*, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio da lei (art. 179). Reconhece aí dois tipos de pequenas empresas: as micro e as de pequeno porte, deixando à lei defini-las e distingui-las. Sem importância agora a discussão feita nas edições anteriores quanto a saber se o tratamento diferenciado, previsto no art. 179, aplicava-se apenas às microempresas e às empresas brasileiras de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede e administração no País ou se também se estendia às empresas de pequeno porte de capital nacional, porquanto não mais existe o conceito de empresas brasileiras de capital nacional. A nova redação dada ao art. 170, IX, fala apenas em empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País, não importando mais a origem do seu capital, nem a natureza de seu controle, nem sua titularidade. A discussão, do ponto de vista do direito constitucional positivo, desapareceu. Portanto, qualquer empresa de pequeno porte, tal como as microempresas, está abrangida pelo art. 179.

Capital estrangeiro. A Constituição não é contra o capital estrangeiro. Não se encontra nela nada que se oponha a ele; ao contrário, até prevê a possibilidade de sua participação em instituições financeiras (art. 192, III). Apenas estatui que *a lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros*, o que constitui exercício regular do princípio da soberania econômica nacional, agora previsto no art. 170, I. Mesmo que não estivesse previsto explicitamente, o princípio decorre da soberania estatal, de que é manifestação em um campo específico. O próprio capital nacional é sujeito a regulamentação de vários tipos, desde a previsão legal de formas de sociedade e empresa,

31. Para conhecimento do que dizíamos sobre o assunto, cf., na 10ª ed., pp. 729-731.

seu registro, fiscalização etc.; por que se há de escusar ou de censurar como xenófobo um dispositivo que apenas estatui a disciplina legal do capital estrangeiro, como certos setores empresariais o fizeram?

III. ATUAÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO

13. *Capitalismo, socialismo e estatismo*

Temos afirmado que a Constituição agasalha, basicamente, uma opção capitalista, na medida em que assenta a ordem econômica na livre iniciativa e nos princípios da propriedade privada e da livre concorrência (art. 170, *caput* e incs. II e IV). O princípio da propriedade privada envolve, evidentemente, a propriedade privada dos meios de produção, e o fato mesmo de admitir investimentos de capital estrangeiro, ainda que sujeitos à disciplina da lei, de reconhecer o poder econômico como elemento atuante no mercado (pois só se condena o abuso desse poder) e a excepcionalidade da exploração direta da atividade econômica pelo Estado (art. 173), bem mostra que a Constituição é capitalista. Mas ela, apesar disso, abre caminho às transformações da sociedade com base em alguns instrumentos e mecanismos sociais e populares que consagrou, conforme já observamos no estudo anterior do conceito de Estado Democrático de Direito.

Se a ordem econômica estabelecida fosse mais progressista, por certo que a Constituição teria dado um passo importante, não necessariamente no sentido socialista, mas, quem sabe, ao menos, no sentido da construção de uma sociedade nacional popular pós-capitalista, em que transitoriamente se combinam, conflitualmente, as forças do socialismo, do capitalismo e do estatismo,³² como a realidade histórica mostra ser possível e talvez o modo possível de superar o capitalismo em sua forma mais grosseira e selvagem.

Embora o capitalismo assente-se na livre iniciativa e na apropriação privada dos meios de produção, não significa que a supressão dela, só por si, leve ao socialismo. Samir Amin é claro neste ponto: “a supressão da propriedade privada dos meios de produção essenciais, em proveito do Estado e das cooperativas, é tida por sinônimo de socialismo e da abolição da exploração das classes. De evidência, a realidade social e política impõe uma crítica desta redução do conceito de socialismo”, pois este “implica muito mais”, já que seu “conteúdo

32. Sobre essa temática, cf. as reflexões de Samir Amin, *La déconnexion* cit., pp. 5 e ss., e “Prefácio”, in Carlos Lopes, *Para uma leitura sociológica da Guiné-Bissau*, pp. 5 e ss.