

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Thiago Lopes Matsushita

ANÁLISE REFLEXIVA DA NORMA MATRIZ DA ORDEM ECONÔMICA

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo
2007

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Thiago Lopes Matsushita

ANÁLISE REFLEXIVA DA NORMA MATRIZ DA ORDEM ECONÔMICA

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito das Relações Sociais, sob a orientação do Professor Doutor Ricardo Hasson Sayeg.

São Paulo
2007

BANCA EXAMINADORA

À minha *Vó Inha*, com carinho.

AGRADECIMENTOS

A *Deus*, início, meio e fim de tudo. Ao meu pai *Akira Carvalho Matsushita*, à minha mãe *Sueli Lopes Matsushita* e aos meus avós *Antonio Lopes Tofetti*, *Ilda Pietruci Lopes* e *Zorahide Carvalho Matsushita*, que me deram toda formação moral e o suporte necessário para que eu concluísse este curso. Ao *Prof. Dr. Ricardo Hasson Sayeg*, meu “pai acadêmico” de quem me orgulho de ser seu discípulo e pela oportunidade oferecida de apresentar-me esta Augusta Instituição, a Pontifícia Universidade Católica, a qual agradeço a acolhida, na pessoa da *Prof.^a Dr.^a Anna Maria Marques Cintra*. Aos meus amigos-irmãos *Túlio Augusto Tayano Afonso*, *Lauro Ishikawa* e *Ricardo Luis Machado*, que durante minha vida sempre estiveram ao meu lado, indispensáveis para a conclusão deste trabalho, muito obrigado. Ao *Prof. Dr. Nelson Nazar*, Decano de Direito Econômico da PUC/SP, pela atenção dispensada no decorrer deste trabalho; mais além, por sua responsabilidade direta neste acontecimento. À *Prof.^a Dr.^a Elizabeth Nazar Carrazza*, pelas aulas brilhantes que só fizeram engrandecer este trabalho. Ao *Prof. Dr. Paulo de Barros Carvalho*, brilhante líder da Pós-graduação deste País, pela inspiração acadêmica e profissional. Ao *Dr. Raimundo Hermes Barbosa*, Presidente da Federação das Associações dos Advogados do Estado de São Paulo e Conselheiro Federal da OAB, pelo apoio institucional prestado. Aos meus tios *Paulo Fernando Machado* e *Sirlei Lopes Machado*, pela receptividade nesta cidade, fator determinante para superar esta empreitada. À toda equipe do escritório, especialmente, as advogadas *Érica Taís Ferrara Giardulli* e *Pollyana da Silva França*. Aos meus amigos que unidos formamos um grande e vencedor time, *Felipe Chiarello de Souza Pinto*, *Vladmir Oliveira da Silveira*, meu presidente *Ernani de Paula Contipelli*, *André Guilherme Lemos Jorge*, *Terezinha de Oliveira Domingos* e *Pollyana Villar Mayer*. À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, na pessoa do *Prof. Dr. Renato Janine Ribeiro*. À Associação Nacional dos Pós-graduandos, na pessoa da minha presidente *Luiza Maria Nogueira Rangel*. À Associação dos Pós-graduandos da PUC/SP, na pessoa do meu amigo *Ruberval Marcelo de Oliveira*. A todos os funcionários da PUC-SP, em especial àqueles da Secretaria do Programa, da Comissão Geral da Pós-graduação, do Grupo de Trabalho Assessor da Comissão Geral da Pós-graduação, pela atenção e zelo despendidos conosco, na pessoa do meu amigo *Ruy de Oliveira Domingos*. Ao meu irmão *Guilherme Lopes Matsushita*, por me mostrar a vida de outro prisma, no qual deposito minhas esperanças de sucesso. Por fim e mais importante a minha noiva *Alessandra*, a quem agradeço pelo carinho, amor e dedicação, pois, é nela que me fortaleço.

For these reasons the true voice of the new generation has not yet spoken, and silent opinion is not formed. To the formation of the general opinion of the future I dedicate this book.

John Maynard Keynes

THIAGO LOPES MATSUSHITA

ANÁLISE REFLEXIVA DA NORMA MATRIZ DA ORDEM ECONÔMICA

RESUMO

A Constituição Federal traz em seu corpo, no artigo 170, *caput*, norma matriz da ordem econômica, o mandamento que deverá ser seguido e aplicado pelo Poder Público e, defendido pela coletividade, que é a titular da ordem econômica. O parâmetro da aplicação da ordem econômica é dado pela justiça social, que é dar a todos condição de vida digna. O movimento que o direito econômico deve ter é o de re-incluir aqueles que estão abaixo da linha da pobreza para a parte economicamente ativa e, por conseguinte, com o mínimo vital. Por fim, a interpretação constitucional, que deve ser pautada como afirmativa e não programática, inclui a condição do artigo 170, *caput*, como direito fundamental e, portanto, de aplicação imediata, nos termos do artigo 5º, § 1º, da Carta Magna.

Palavras-chave: Ordem econômica; Justiça social; Direito fundamental; Capitalismo humanista.

THIAGO LOPES MATSUSHITA

ANÁLISE REFLEXIVA DA NORMA MATRIZ DA ORDEM ECONÔMICA

ABSTRACT

The Federal Constitution brings in your body, in the article 170, *caput*, main norm of the economical order, the commandment that should be proceeded and applied for the Public Power and, protected for the collectivity, that is to title of the economical order. The parameter of the application of the economical order is given by the social justice, that is to give to all condition of worthy life. The movement that the economical right should have is it of re-including those that are economically below the line of the poverty for the part active and, consequently, with the vital minimum. Finally, the constitutional interpretation, that it should be ruled as affirmative and non indicative, it includes the condition of the article 170, *caput*, as fundamental right and, therefore, of immediate application, in the terms of the article 5th, § 1st, of the Great Letter.

Key Words: Economical order; Social justice; Fundamental right; Capitalism humanist

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	013
1. ECONOMIA POLÍTICA	016
1.1 PIB versus IDH	021
2. CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA	027
2.1 Constituição	027
2.2 Conceito de Constituição Econômica	030
2.3 Constituição econômica formal e Constituição econômica material .	033
3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA BRASILEIRA	036
3.1 Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)	036
3.2 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)	039
3.3 Constituições do México (1917) e de Weimar (1919)	041
3.3.1 A Constituição do México	042
3.3.2 A Constituição de Weimar	045
3.4 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)	050
3.5 Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)	057
3.6 Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)	062
3.7 Constituição da República Federativa do Brasil (de 24 de janeiro de 1967)	067
4. TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS	

ECONÔMICOS	072
4.1 Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)	073
4.2 Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José (1969)	078
4.3 Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986)	080
4.4 Declaração e Programa de Ação de Viena (1993)	084
5. O ARTIGO 170, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, COMO MATRIZ CONSTITUCIONAL DA ORDEM ECONÔMICA	087
5.1 Contexto histórico e o poder originário da Constituição de 1988	087
5.2 O esvaziamento da eficácia constitucional	088
5.3 A aplicabilidade das normas constitucionais econômicas	090
5.4 Os direitos fundamentais	094
5.4.1 A efetividade dos direitos fundamentais	099
5.5 As gerações dos direitos fundamentais	102
5.6 As formas de intervenção do Estado na economia	107
5.7 A análise econômica do Direito – Escola de Chicago versus Capitalismo Humanista	112
6. ORDEM ECONÔMICA	120
6.1 Conceito e abrangência	120
6.2 A ordem econômica constitucional	123
6.3 A tutela contra as infrações à ordem econômica	130
7. FUNDAMENTOS DA ORDEM ECONÔMICA	133
7.1 A opção capitalista humanista da Constituição Federal	134
7.2 Os fundamentos da ordem econômica	138
7.3 A valorização do trabalho humano	140
7.4 A livre iniciativa	143
8. FINALIDADE	149

8.1 A definição dos titulares da ordem econômica	150
8.2 A garantia de existência digna	152
9. DITAMES DE CONFORMIDADE	157
CONCLUSÃO	162
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	164

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende esmiuçar o artigo 170, *caput*, da Constituição Federal de 1988, buscando os elementos essenciais.

A divisão do trabalho seguirá uma estrutura dividida em duas partes.

A primeira analisará a Economia, a Constituição Econômica, a Evolução Histórica da Constituição Econômica Brasileira e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos Econômicos, com evidente repercussão no pensamento jurídico-econômico nacional.

Na segunda parte, será investigado o artigo 170, *caput*, da Constituição Federal, como Matriz Constitucional da Ordem Econômica, e, assim, a Ordem Econômica, os seus Fundamentos, as suas Finalidades e os seus Ditames de Conformidade, de acordo com os princípios elencados em seus nove incisos.

Com efeito, será abordada a economia, mas enquanto ciência humana, daí a nossa predileção pela escolha da expressão Economia Política, para, ao final, definir o atrelamento da ordem econômica aos direitos humanos econômicos universalmente admitidos. O princípio dessa construção lógica aspira à identificação da separação do mero monetarismo, dos valores a serem aplicados na política econômica de destinação dos recursos escassos, para satisfação das necessidades sociais, conforme se vê, na dicotomia de critério entre o Produto Interno Bruto e o Índice de Desenvolvimento Humano.

Em seguida, será conceituada a Constituição econômica e o seu balizamento enquanto Constituição formal.

A subsequente Evolução Histórica da Constituição Econômica Brasileira é importante para se destacarem as normas econômicas a partir das primeiras constituições e, com o advento das constituições do México (1917) e de Weimar

(1919), a organicidade da matéria econômica em seção específica nos textos constitucionais.

Dando continuidade à fundamentação do pensamento, serão trazidos à baila os Tratados Internacionais de Direitos Humanos Econômicos, apontando, nestes documentos eminentemente de Direitos Humanos, o núcleo central do artigo 170, *caput*, da Constituição Federal.

Enfim, a primeira parte do trabalho servirá de base propedêutica, histórica, constitucional e metaconstitucional, permitindo a análise reflexiva específica do artigo 170, *caput*, da Magna Carta.

Com a segunda parte do trabalho, partindo da função do artigo 170, *caput*, da Constituição Federal, como diretriz da economia, será abordada a necessidade de interpretação literal do texto constitucional e, mais do que isso, far-se-á uma análise afirmativa e não programática da Lei Maior.

Nesta reflexão, será apresentada a opção capitalista constitucional brasileira, que não é aquela que prega a economia de mercado pura e simples, mas, sim, uma livre iniciativa compatibilizada com a valorização do trabalho humano, que visa assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social, observados os princípios da soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego; tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

A partir daí, será dividido o *caput* do referido artigo em fundamentos, finalidade e ditames de conformidade.

Como asseverado anteriormente, a devida compatibilização da livre iniciativa com a valorização do trabalho humano, como se não bastasse, apreciará a Análise Econômica do Direito e a sua tentativa de importação para o Brasil, nos moldes da Escola de Chicago e a sua antítese que é a Escola Humanista de Direito Econômico. É esse o tom do embate teórico travado no presente trabalho.

A finalidade da ordem econômica é a configuração da coletividade como seu destinatário final, mas com uma existência digna que é parametrizada pelo mínimo vital estampado na concretização do rol do artigo 6º, da Constituição Federal.

A idéia é traçar um perfil de existência digna pela participação do ser humano em atividade na sociedade, para troca de experiências e culturas com os demais agentes, considerando a vocação da ordem econômico-constitucional para a concretização das considerações da condição socioeconômica do Brasil, conforme os mandamentos estampados na Constituição Federal, à luz dos textos universais de direitos humanos.

Quanto aos ditames de conformidade, são eles os objetivos concretos estampados no *caput* do artigo 170, pois não se pode esquecer que não basta estar escrito na Constituição, se o Estado não promover os meios e instrumentos para concretizar esses direitos fundamentais inerentes à coletividade.

Insta salientar que a essência do presente trabalho é fundamentada nos ensinamentos da Escola Humanista de Direito Econômico, notadamente, nos trabalhos e mandamentos do professor doutor Ricardo Hasson Sayeg, cuja profusão de conhecimento é reconhecida, nacional e internacionalmente, pelas inúmeras citações dos trabalhos científicos desenvolvidos por ela.

É nesse contexto, com fé em Deus, com espírito destemido e desbravador, preparado para as críticas que possa vir a receber, mas amparado na Constituição Federal e nos documentos universais de Direitos Humanos emanados da Organização das Nações Unidas, que se apresenta o presente trabalho.

1. ECONOMIA POLÍTICA

A economia é tida como indispensável para sustentar o Estado e a população e promover a sua integração em torno do Estado.

O propósito neste capítulo é demonstrar que a economia vai muito além de uma ação utilitarista pelos agentes econômicos sob a coordenação do Estado, pois da relação da disponibilidade dos bens econômicos escassos, em face do imperativo de satisfação da população, emergem os valores que devem ser levados em conta nas opções que, pela proeza da realidade, são tomadas a todo instante, a princípio, em prol do povo.

Além do fato econômico, a teoria econômica deve ser pautada numa ciência humana e não matemática, nas palavras de Fábio Nusdeo¹,

Em primeiro lugar, é preciso ter presente que a Matemática não sabe Economia. Quem a conhece é o homem, o analista, o estudioso. Portanto, de nada adiantará aplicar sofisticados métodos quantitativos para relacionar variáveis que o conhecimento teórico ou a simples lógica indiquem não guardem qualquer relação. Assim, será possível *demonstrar* com um altíssimo coeficiente de correlação estatística que, no Brasil deste fim de século, o aumento das exportações implicou um número crescente de pessoas recolhidas aos manicômios. Isto pela simples razão de as duas séries estatísticas terem corrido em paralelo, muito embora acionadas por causas de qualquer outro fato cujo comportamento fosse crescente. Daí a conhecida frase que é também o nome de um livro: *Como mentir com estatísticas*.

Daí porque economia não é simplesmente economia, mas sim, economia política, tal qual aquela ensinada nas cadeiras das faculdades de direito, desde a

¹ NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia*, p. 73.

fundação dos cursos de direito do Brasil², nas grades curriculares das faculdades de Olinda e do largo de São Francisco³,

A chamada Economia Política é vista por muitos, hoje em dia, como a versão didática, apenas descritiva, da ciência econômica, um enfoque destinado a fazer a síntese entre análise estrita e sua aplicação; entre teoria e prescrições normativas, juntando as partes artificialmente separadas para efeito de estudo, com vistas a apresentar o fenômeno econômico na sua inteireza e em todas as suas dimensões. Com tal título a matéria era ensinada nas faculdades de Direito do País até início da década de 70.

² LEI DE 11 DE AGOSTO DE 1827:

Crêa dous Cursos de sciencias Juridicas e Sociaes, um na cidade de S. Paulo e outro na de Olinda. Dom Pedro Primeiro, por Graça de Deus e unanime aclamação dos povos, Imperador Constitucional e Defensor Perpetuo do Brazil: Fazemos saber a todos os nossos subditos que a Assembléa Geral decretou, e nós queremos a Lei seguinte:

Art. 1.º - Crear-se-ão dous Cursos de sciencias jurídicas e sociais, um na cidade de S. Paulo, e outro na de Olinda, e nelles no espaço de cinco annos, e em nove cadeiras, se ensinarão as matérias seguintes:

1.º ANNO

1ª Cadeira. Direito natural, publico, Analyse de Constituição do Império, Direito das gentes, e diplomacia.

2.º ANNO

1ª Cadeira. Continuação das materias do anno antecedente.

2ª Cadeira. Direito publico ecclesiastico.

3.º ANNO

1ª Cadeira. Direito patrio civil.

2ª Cadeira. Direito patrio criminal com a theoria do processo criminal.

4.º ANNO

1ª Cadeira. Continuação do direito patrio civil.

2ª Cadeira. Direito mercantil e marítimo.

5.º ANNO

1ª Cadeira. Economia politica.

2ª Cadeira. Theoria e pratica do processo adoptado pelas leis do Imperio.

Art. 2.º - Para a regencia destas cadeiras o Governo nomeará nove Lentes proprietarios, e cinco substitutos.

Art. 3.º - Os Lentes proprietarios vencerão o ordenado que tiverem os Desembargadores das Relações, e gozarão das mesmas honras. Poderão jubilar-se com o ordenado por inteiro, findos vinte annos de serviço.

Art. 4.º - Cada um dos Lentes substitutos vencerá o ordenado annual de 800\$000.

Art. 5.º - Haverá um Secretario, cujo offício será encarregado a um dos Lentes substitutos com a gratificação mensal de 20\$000.

Art. 6.º - Haverá um Porteiro com o ordenado de 400\$000 annuais, e para o serviço haverão os mais empregados que se julgarem necessarios.

Art. 7.º - Os Lentes farão a escolha dos compendios da sua profissão, ou os arranjarão, não existindo já feitos, com tanto que as doutrinas estejam de accôrdo com o systema jurado pela nação. Estes compendios, depois de approvados pela Congregaçãõ, servirão interinamente; submettendo-se porém á approvaçãõ da Assembléa Geral, e o Governo os fará imprimir e fornecer ás escolas, competindo aos seus autores o privilegio exclusivo da obra, por dez annos.

Art. 8.º - Os estudantes, que se quizerem matricular nos Cursos Juridicos, devem apresentar as certidões de idade, porque mostrem ter a de quinze annos completos, e de approvaçãõ da Lingua Franceza, Grammatica Latina, Rhetorica, Philosophia Racional e Moral, e Geometria.

Art. 9.º - Os que freqüentarem os cinco annos de qualquer dos Cursos, com approvaçãõ, conseguirão o grão de Bachareis formados. Haverá tambem o grão de Doutor, que será conferido áquelles que se habilitarem com os requisitos que se especificarem nos Estatutos, que devem formar-se, e sò os que o obtiverem, poderão ser escolhidos para Lentes.

Aurélio Wander Bastos⁴ expõe em seu trabalho que os congressistas discutiam a necessidade do ingresso da disciplina de Economia Política na grade curricular dos primeiros cursos jurídicos do Brasil, mas traz aqui o sentido pretendido com a inclusão desta disciplina,

... com a disciplina Economia Política não se pretendia ensinar a advogar, mas a exercer determinadas funções no Estado. A disciplina Economia Política, assim como Estatística e Geografia Política, indicadas em outros projetos, pretendiam transmitir regras e técnicas para o funcionamento do Estado e não métodos para a aplicação do Direito.

A lição de José Paschoal Rossetti⁵ é importante para ver a inter-relação da economia com as ciências sociais, em especial a ciência social que é o direito,

Em síntese, pode-se inferir que as interfaces da economia com outros ramos do conhecimento social decorrem de que as relações humanas e os problemas nela implícitos ou dela decorrentes não são facilmente separáveis segundo níveis de referência rigorosamente pré-classificados. O referencial econômico deve ser visto apenas como uma abstração útil, para que se analisem aspectos específicos da luta humana pela sobrevivência, prosperidade, bem-estar individual e bem-comum.

Art. 10.º - Os Estatutos do VISCONDE DA CACHOEIRA ficarão regulando por ora naquillo em que forem applicaveis; e se não oppuzerem á presente Lei. A Congregação dos Lentes formará quanto antes uns estatutos completos, que serão submettidos á deliberação da Assembléa Geral.

Art. 11.º - O Governo creará nas Cidades de S. Paulo, e Olinda, as cadeiras necessarias para os estudos preparatorios declarados no art. 8.º.

Mandamos portanto a todas as autoridades, a quem o conhecimento e execução da referida Lei pertencer, que a cumpram e façam cumprir e guardar tão inteiramente, como nella se contém. O Secretario de Estado dos Negocios do Imperio a faça imprimir, publicar e correr. Dada no Palacio do Rio de Janeiro aos 11 dias do mez de agosto de 1827, 6.º da Independencia e do Imperio.

IMPERADOR com rubrica e guarda.

(L.S.)

Visconde de S. Leopoldo.

Carta de Lei pela qual Vossa Majestade Imperial manda executar o Decreto da Assembléa Geral Legislativa que houve por bem sancionar, sobre a criação de dous cursos juridicos, um na Cidade de S. Paulo, e outro na de Olinda, como acima se declara.

Para Vossa Majestade Imperial ver.

Albino dos Santos Pereira a fez.

Registrada a fl. 175 do livro 4.º do Registro de Cartas, Leis e Alvarás. - Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio em 17 de agosto de 1827. - Epifanio José Pedrozo.

Pedro Machado de Miranda Malheiro.

Foi publicada esta Carta de Lei nesta Chancellaria-mór do Imperio do Brazil. - Rio de Janeiro, 21 de agosto de 1827. - Francisco Xavier Raposo de Albuquerque.

Registrada na Chancellaria-mór do Imperio do Brazil a fl. 83 do livro 1.º de Cartas, Leis, e Alvarás. - Rio de Janeiro, 21 de agosto de 1827. - Demetrio José da Cruz.

³ NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia*, p. 96.

⁴ BASTOS, Aurélio Wander. *O Ensino Jurídico no Brasil*. Lúmen Júris, Rio de Janeiro: 2000, p. 20.

⁵ ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à Economia*, p. 32.

Essa intercomunicação e a indissociabilidade da economia com os aspectos da vida humana, sobretudo a busca do bem-estar, é que devem nortear a análise econômica do direito, pois, sem ela, estar-se-ia fazendo uma análise trágica do direito, pois destituída da política econômica de Estado em prol da justiça social, determinada pela Constituição Federal.

Apesar de aparentemente não haver grandes implicações nessa análise, entretanto, não é o que realmente corresponde, pois, quando economistas se utilizam de planejamentos econômicos e levam em consideração somente o caráter econômico, privando-os do social, os resultados são catastróficos. Haja vista o planejamento, que nada mais é do que a tradução econômica das políticas do Estado. Eis a visão de Luís S. Cabral de Moncada⁶:

A planificação é o resultado final mais recente da assunção de tarefas predominantemente económicas [sic] pelo Estado e a intervencionista moderna. As barreiras entre o Estado e a Sociedade estão diluídas e a queda dessas barreiras deve-se menos a uma «*politização*» da sociedade civil, em sentido análogo ao percurso hegeliano da transformação dialética da sociedade civil (fenómeno) [sic] em sociedade política (essência), sendo a existência política a existência real daquela, do que a uma «*economização*» ou «*civilização*» do Estado que «*se met em civil*», deixando a economia de ser um aspecto exclusivo e indiferenciado da actividade [sic] dos sujeitos privados.

O planejamento econômico que é defendido por alguns economistas, como uma grande tabela de números onde se cortam custos, intervém em determinados setores, levando em consideração os resultados obtidos e pretendidos.

Entretanto, o que se deve ter em mente é que esse planejamento econômico não se destina à estratégia do Estado, mas, sim, tem a coletividade como destinatário final dos recursos escassos destinados, nos seus múltiplos interesses coletivos, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios do artigo 170, da Constituição Federal.

O ponto nevrálgico do planejamento econômico é balancear a intervenção do Estado sobre os interesses privados com as necessidades humanas da população,

⁶ *A problemática jurídica do Planejamento Económico*, p. 40.

pois não adianta “fechar” os números, sem considerar os aspectos sociais e regionais ou as transmutações da coletividade.

Não se trata de o país ser economicamente bem sucedido, com um desenvolvimento econômico compatível com os países chamados de “primeiro mundo”, mas, sim, ter sopesado o desenvolvimento econômico com o desenvolvimento em sentido *lato*, que compreende um processo de evolução em prol da população econômico-social-político-cultural.

É absolutamente necessária aqui a apresentação de uma das mais importantes normas de direito econômico já instituídas no Brasil, por sua enorme abrangência econômico-social-político-cultural, que teve sua eficácia plena e imediata, qual seja, a lei Áurea (Lei nº 3.353, de 13 de Maio de 1888):

DECLARA EXTINTA A ESCRAVIDÃO NO BRASIL

A PRINCESA IMPERIAL Regente em Nome de Sua Majestade o Imperador o Senhor D. Pedro II, faz saber a todos os súditos do IMPÉRIO que a Assembléia Geral decretou e Ela sancionou a Lei seguinte:

Art. 1º - É declarada extinta desde a data desta Lei a escravidão no Brasil.

Art. 2º - Revogam-se as disposições em contrário.

Manda portanto a todas as autoridades a quem o conhecimento e execução da referida Lei pertencer, que a cumpram e façam cumprir e guardar tão inteiramente, como nela se contém.

O Secretário de Estado dos Negócios d'Agricultura, Comércio e Obras Públicas e Interino dos Negócios Estrangeiros Bacharel Rodrigo Augusto da Silva do Conselho de Sua Majestade o Imperador, o faça imprimir, publicar e correr.

Dada no Palácio do Rio de Janeiro, em 13 de Maio de 1888 - 67º da Independência e do Império.

Carta de Lei, pela qual Vossa Alteza Imperial manda executar o Decreto da Assembléia Geral, que houve por bem sancionar declarando extinta a escravidão no Brasil, como nela se declara.

Para Vossa Alteza Imperial ver.

Insta salientar que os escravos, àquela época, não eram tratados como pessoas, mas sim como “elemento servil”, na verdade “coisa”, ou seja, tinham a investidura de propriedade, com todas as suas características.

Como se não bastasse, o direito à propriedade era garantido constitucionalmente desde a Constituição de 1824, portanto, em tese, a lei Áurea seria inconstitucional. Além disso, foi abolida a escravidão, sem direito à indenização.

Entretanto, a situação global permitiu a abolição da escravatura sem direito à indenização, pois ela estava desconforme com a Constituição Federal de 1824.

Em verdade, houve o reconhecimento do escravo como ser humano e não propriedade, como era tratado até então.

1.1 PIB *versus* IDH

Para esclarecer esse posicionamento far-se-á a análise do Produto Interno Bruto em face do Índice de Desenvolvimento Humano.

O enfrentamento do presente trabalho é priorizar mais a distribuição da riqueza, buscando o desenvolvimento econômico-social-político-cultural, do que assegurar a riqueza em si, sem vinculação com a responsabilidade social.

Após as reflexões, tem-se segurança em afirmar que é mais relevante para um país a riqueza distribuída do que a riqueza global. Não se tenha ingenuidade de se desprezar o máximo de riqueza global possível.

O Produto Interno Bruto é o índice que mede a riqueza do país. Esse índice pode ser individualizado, chamado de *per capita*, ou medido em âmbito global.

Veja-se, inicialmente, o PIB (ano base) 2005 ante a classificação de alguns países específicos, quais sejam, Brasil, Austrália, Suécia e Noruega, conforme a listagem⁷ abaixo:

1. Estados Unidos (US\$ 12,452 trilhões)
2. Japão (US\$ 4,672 trilhões)
3. Alemanha (US\$ 2,799 trilhões)
4. Reino Unido (US\$ 2,196 trilhões)
5. França (US\$ 2,113 trilhões)
6. China (US\$ 1,909 trilhões)
7. Itália (US\$ 1,718 trilhões)
8. Espanha (US\$ 1,124 trilhões)
9. Canadá (US\$ 1,106 trilhões)
10. Coreia (US\$ 799 bilhões)
- 11. Brasil (US\$ 795 bilhões)**
12. Rússia (US\$ 772 bilhões)
13. México (US\$ 758 bilhões)
14. Índia (US\$ 746 bilhões)
- 15. Austrália (US\$ 683 bilhões)**
16. Holanda (US\$ 622 bilhões)
17. Bélgica (US\$ 365 bilhões)
18. Suíça (US\$ 364 bilhões)
- 19. Suécia (US\$ 354 bilhões)**
20. Turquia (US\$ 353 bilhões)
21. Taiwan (US\$ 330 bilhões)
22. Arábia Saudita (US\$ 314 bilhões)
23. Áustria (US\$ 306 bilhões)
- 24. Noruega (US\$ 294 bilhões)**
25. Polônia (US\$ 285 bilhões)
26. Indonésia (US\$ 270 bilhões)
27. Dinamarca (US\$ 252 bilhões)
28. África do Sul (US\$ 234 bilhões)
29. Grécia (US\$ 219 bilhões)

⁷ IBGE: dados de 2005.

30. Irã (US\$ 203 bilhões)

Nessa classificação, o Brasil encontra-se na décima primeira (11^a) posição, a Austrália na décima quinta (15^a), a Suécia na décima nona (19^a) e a Noruega na vigésima quarta (24^a).

A riqueza desses países é indiscutível, mas o que causa espanto é o Brasil classificado como a décima primeira potência econômica do mundo e ser considerado e, realmente ser, um país de “terceiro mundo”, ou, para soar melhor para a população, um país em desenvolvimento.

O desenvolvimento aqui tratado é aquele em sentido *lato*, sem considerar os déficits sociais e não o desenvolvimento econômico, pois, em termos monetaristas de desenvolvimento econômico, o Brasil é um país próspero, mas com muito para cumprir no âmbito social.

O que realmente interessa, quanto ao desenvolvimento econômico, são as reais condições em que vive a população com a riqueza do país e a forma como se pratica a distribuição de renda.

Note-se o contraste apresentado pelo Índice de Desenvolvimento Humano⁸, em que o Brasil ocupa no *ranking* do bem-estar a posição de 69º lugar:

⁸ UNCTAD, 2005. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/economia/ultnot/idh.jhtm>.

O RANKING DO BEM-ESTAR

O IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) considera o nível de educação, saúde e renda dos habitantes do país. Varia de 0 (nível mais baixo) a 1 (situação ideal)

■ Ideal ■ Médio ■ Baixo

1	Noruega	0,965
2	Islândia	0,960
3	Austrália	0,957
4	Irlanda	0,956
5	Suécia	0,951
6	Canadá	0,950
7	Japão	0,949
8	Estados Unidos	0,948
9	Suíça	0,947
10	Holanda	0,947
11	Finlândia	0,947
12	Luxemburgo	0,945
13	Bélgica	0,945
14	Áustria	0,944
15	Dinamarca	0,943
16	França	0,942
17	Itália	0,940
18	Reino Unido	0,940
19	Espanha	0,938
20	Nova Zelândia	0,936

21	Alemanha	0,932
22	Hong Kong (China)	0,927
23	Israel	0,927
24	Grécia	0,921
25	Cingapura	0,916
26	Coreia do Sul	0,912
27	Eslovênia	0,910
28	Portugal	0,904
29	Chipre	0,903
30	República Tcheca	0,885
31	Barbados	0,879
32	Malta	0,875
33	Kuait	0,871
34	Brunei	0,871
35	Hungria	0,869
36	Argentina	0,863
37	Polônia	0,862
38	Chile	0,859
39	Bahrein	0,859
40	Estônia	0,858

41	Lituânia	0,857
42	Eslováquia	0,856
43	Uruguai	0,851
44	Croácia	0,846
45	Letônia	0,845
46	Qatar	0,844
47	Seychelles	0,842
48	Costa Rica	0,841
49	Emirados Árabes Unidos	0,839
50	Cuba	0,826
51	São Cristóvão e Névis	0,825
52	Bahamas	0,825
53	México	0,821
54	Bulgária	0,816
55	Tonga	0,815
56	Omã	0,810
57	Trinidad e Tobago	0,809
58	Panamá	0,809
59	Antígua e Barbuda	0,808
60	Romênia	0,805

101	El Salvador	0,729
102	Argélia	0,728
103	Guiana	0,725
104	Jamaica	0,724
105	Turcomenistão	0,724
106	Cabo Verde	0,722
107	Síria	0,716
108	Indonésia	0,711
109	Vietnã	0,709
110	Quirguistão	0,705
111	Egito	0,702
112	Nicarágua	0,698
113	Uzbequistão	0,696
114	Moldova	0,694
115	Bolívia	0,692
116	Mongólia	0,691
117	Honduras	0,683
118	Guatemala	0,673
119	Vanuatu	0,670
120	Guiné Equatorial	0,653

61	Malásia	0,805	121	África do Sul	0,653
62	Bósnia-Herzegovina	0,800	122	Tadjiquistão	0,652
63	Maurício	0,800	123	Marrocos	0,640
64	Libia	0,798	124	Gabão	0,633
65	Rússia	0,797	125	Namíbia	0,626
66	Macedônia	0,796	126	Índia	0,611
67	Belarus	0,794	127	São Tomé e Príncipe	0,607
68	Dominica	0,793	128	Ilhas Salomão	0,592
69	BRASIL	0,792	129	Camboja	0,583
70	Colômbia	0,790	130	Mianmar	0,581
71	Santa Lúcia	0,790	131	Botsuana	0,570
72	Venezuela	0,784	132	Comores	0,556
73	Albânia	0,784	133	Laos	0,553
74	Tailândia	0,784	134	Paquistão	0,539
75	Samoa	0,778	135	Butão	0,538
76	Arábia Saudita	0,777	136	Gana	0,532
77	Ucrânia	0,774	137	Bangladesh	0,530
78	Líbano	0,774	138	Nepal	0,527
79	Cazaquistão	0,774	139	Papua-Nova Guiné	0,523
80	Armênia	0,768	140	Congo	0,520
81	China	0,768	141	Sudão	0,516
82	Peru	0,767	142	Timor Leste	0,512
83	Equador	0,765	143	Madagáscar	0,509
84	Filipinas	0,763	144	Camarões	0,506
85	Granada	0,762	145	Uganda	0,502
86	Jordânia	0,760	146	Suazilândia	0,500
87	Tunísia	0,760	147	Togo	0,495
88	São Vicente e Granadinas	0,759	148	Djibuti	0,494
89	Suriname	0,759	149	Lesoto	0,494
90	Fiji	0,758	150	Íemen	0,492
91	Paraguai	0,757	151	Zimbábue	0,491
92	Turquia	0,757	152	Quênia	0,491
93	Sri Lanka	0,755	153	Mauritânia	0,486
94	República Dominicana	0,751	154	Haiti	0,482
95	Belize	0,751	155	Gâmbia	0,479
96	Irã	0,746	156	Senegal	0,460
97	Geórgia	0,743	157	Eritreia	0,454
98	Maldivas	0,739	158	Ruanda	0,450
99	Azerbaijão	0,736	159	Nigéria	0,448
100	Palestina	0,736	160	Guiné	0,445

O Índice de Desenvolvimento Humano procura aferir a qualidade de vida daqueles que estão sob a proteção de cada Estado.⁹ O mais relevante é a inexistência de relação absoluta entre a riqueza global e o desenvolvimento.

Como exposto alhures, alguns países que estão entre as dez maiores potências do mundo não estão tão bem classificados entre os mais ricos, veja-se o exemplo dos Estados Unidos da América que têm um poderio econômico três vezes

⁹ Cf. SILVA, Américo Luís Martins da. *A Ordem Constitucional Econômica*, p. 93, são quatro os componentes básicos para se aferir o Índice de Desenvolvimento Humano, quais sejam: a) expectativa de vida ao nascer; b) taxa de analfabetismo de adultos; c) matrícula nos três níveis da educação; d) Produto Interno Bruto *Per Capita* (rendimento real ou a riqueza total produzida pelo país, em um ano, dividida pelo número de habitantes).

maior que o segundo colocado (Japão) e está atrás dele quando se trata do desenvolvimento humano.

Notadamente conhecido pelo seu potencial econômico, os EUA não são páreo a países como a Austrália, que é a décima quinta (15^a) potência econômica (riqueza global) e paradoxalmente a terceira (3^a) no desenvolvimento humano.

O que fica patente é que não há garantias de que o desenvolvimento econômico, por si só, garanta o desenvolvimento humano, enquanto evolução econômico-social-político-cultural.

Para se transformar o nosso país numa grande potência mundial, em termos de desenvolvimento humano, deve-se promover a inclusão social e econômica, com vistas a garantir a dignidade das pessoas da população do Brasil.

Nesse sentido, Américo Luís Martins da Silva¹⁰ afirma:

Portanto, não basta o crescimento econômico para se dar solução à pobreza extrema, também é necessário evitar que o poder político da classe média para a produtividade dos mais eficientes explore a passividade dos pobres. No mesmo sentido, a *Organização das Nações Unidas – ONU* – expressamente prega que o desenvolvimento econômico requer desenvolvimento social, ou seja, de nada adianta uma nação apresentar elevadas taxas de crescimento econômico se este crescimento não se reverter para a população na forma de melhoria social e humana.

É a necessidade de se estabelecer o diálogo forçado entre a economia e os ditames constitucionais de justiça social que se vê emergir do teor do artigo 170, *caput*, da Constituição Federal.

¹⁰A *Ordem Constitucional Econômica*, 2003.

2. CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA

Antes de analisar a Constituição Econômica propriamente dita, faz-se necessário um breve estudo do que vem a ser uma Constituição.

Nesse sentido, Juan de la Cruz Ferrer, ao ponderar acerca da Constituição, dispõe:

Al conjunto de las normas de la Constitución que hacen referencia a la economía se denomina Constitución económica. Antes de abordar su análisis en la lección siguiente, es imprescindible conocer qué significa la Constitución, su valor normativo y su sistema especial de protección porque la Constitución Económica es una parte integrante de la Constitución¹¹

2.1 Constituição

Em um primeiro momento as constituições foram pensadas para tão-somente organizar o Estado e seus poderes. Somente mais tarde os Direitos Fundamentais incorporaram as constituições (primeiro os de primeira geração e os demais, sucessivamente) e assim vieram a limitar o poder do próprio Estado.

Hoje, o conceito de Constituição é quase sinônimo da consagração dos Direitos Fundamentais, mas nem sempre foi assim. Em suma, a Constituição vem no sentido de organização jurídica fundamental.¹²

¹¹ FERRER, Juan de la Cruz. *Apuntes de Derecho Público Económico*, p. 67.

¹² “Por organização jurídica fundamental, por Constituição em sentido jurídico, entende-se, segundo a lição de Kelsen, o conjunto de normas positivas que regem a produção do direito. Isto significa, mais explicitamente, o conjunto de regras concernentes à forma de Estado, à forma do governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, ao estabelecimento de seus órgãos, aos limites de sua ação” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, p. 10).

*“As Constituições do século XX já se preocupavam com as relações de forças econômicas, com técnicas intervencionistas do Estado e com a ampliação, ou com a socialização dos direitos dos cidadãos”.*¹³

Importantíssima distinção que somos obrigados a estabelecer, por conta de nosso trabalho, é a diferença entre Constituição formal e Constituição material.

A Constituição formal diz respeito a todo o texto da nossa Constituição, que se inicia no preâmbulo¹⁴ e vai até o último artigo dos atos das disposições constitucionais transitórias. No exemplo da Constituição Federal do Brasil, ele será formalmente constitucional. Estando dentro da Constituição, estará abarcando o conceito de Constituição formal.

Já a Constituição material seria um conjunto de regras, que trata de temas materialmente constitucionais, como direitos fundamentais ou organização do Estado. Somente esse tipo de comando específico de regulamento e de natureza constitucional é que fará parte da chamada Constituição material.

Com isso existem normas que estão presentes na Constituição formal, mas não se enquadram na Constituição material, por exemplo, a demarcação de terras indígenas.

Uma outra particularidade é que mesmo que um comando esteja fora do texto constitucional, e, portanto, fora da Constituição formal, ao tratar de um assunto materialmente constitucional, essa norma (infraconstitucional) fará parte da chamada Constituição material.

¹³ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*, p. 5 e 6.

¹⁴ O preâmbulo faz parte da Constituição. Ele foi fruto do Constituinte originário, e obedeceu a todo o processo de votação. O que se discute é se o preâmbulo tem realmente valor normativo e, portanto, aplicabilidade como tal. Aqui temos duas correntes: a primeira entende que o preâmbulo possui, sim, valor normativo e deve, sim, ser aplicado como toda e qualquer norma constitucional. A segunda corrente entende que o preâmbulo deve ser utilizado apenas como uma norma de integração no caso de interpretação, pois ele acaba por refletir toda a Constituição.

Com isso, pode-se concluir que o conceito de Constituição material poderá ser maior ou menor que o conceito de Constituição formal.

Pode-se ainda classificar as constituições por tipos. A doutrina faz essa classificação em três tipos básicos: constituição-garantia, constituição-balanço e constituição-dirigente.

A constituição-garantia seria o modelo clássico de Constituição, pois, além de organizar o Estado, vem para limitar o poder desse mesmo Estado, assegurando assim as liberdades negativas e positivas. Esta Constituição acaba sendo formada por uma cadeia principiológica e com isso é bem direta e sintética, possuindo assim um alto grau de estabilidade e pouca necessidade de modificações.

*“Modernamente, é freqüente designar a Constituição de tipo clássico de Constituição-garantia, pois esta visa a garantir a liberdade, limitando o poder”.*¹⁵

Já a Constituição-balanço seria o modelo que foi adotado pelos soviéticos. Ela age como um retrato, uma fotografia do que está acontecendo com o Estado e a sociedade civil naquele momento. É como se fosse realmente um balanço do que está sendo feito. Isso ocorreu na União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, baseado na idéia de que o Estado Socialista está em constante evolução e mutação. Com isso é possível perceber que esse tipo de Constituição é altamente modificável.

Esta, conforme a doutrina soviética que se inspira em Lassalle, é a Constituição que descreve e registra a organização política estabelecida. Na verdade, segundo essa doutrina, a Constituição registraria um estágio das relações de poder. Por isso é que a URSS, quando alcançado novo estágio na marcha para o socialismo, adotaria nova Constituição, como o fez em 1924, 1936 e em 1977. Cada uma de tais Constituições faria o *balanço* do novo estágio.¹⁶

Por fim, tem-se a constituição-dirigente, que também organiza o Estado e limita o poder desse mesmo Estado. Além disso, traz uma meta, um plano de desenvolvimento a ser seguido. Seria um conjunto de regras que vem para dirigir e nortear os rumos do Estado.

¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, p. 12.

¹⁶ *Ibid.*, p. 13.

Hoje muito se fala em *Constituição-dirigente*. Esta seria a Constituição que estabeleceria um *plano* para dirigir uma evolução política. Ao contrário da *Constituição-balanço* que refletiria o presente (o ser), a *Constituição-programa* anunciaria um *ideal* a ser concretizado. Esta *Constituição-dirigente* se caracterizaria em consequência de *normas programáticas* (que para não caírem no vazio reclamariam a chamada *inconstitucionalidade por omissão*) [...].

Com isso, é possível concluir que a constituição-balanço retrata o presente, e a constituição-dirigente dita os rumos para o futuro. O problema é que as constituições-dirigentes atuam através das chamadas normas programáticas, que dependem o seu cumprimento de uma norma infraconstitucional.

2.2 Conceito de Constituição Econômica

Muito se discutiu em nosso ordenamento sobre a Constituição Econômica. Alguns doutrinadores entendem que, para existir Constituição Econômica, basta existir dentro de uma determinada Constituição o capítulo específico da ordem econômica (Constituição econômica formal). Já para outros doutrinadores, para realmente existir a Constituição econômica, seria necessário mais do que isso, precisaria haver obrigatoriamente a presença de alguns elementos (Constituição econômica material).

Nessa visão, os elementos da Constituição econômica seriam esses: escolha do modelo econômico, a tratativa dos modelos de produção, disciplinando a relação do capital com o trabalho, a finalidade do modelo e por último, mas não menos importante, seria o tratamento jurídico e alinhado conforme o modelo e as atividades dos setores públicos e privados.

A escolha do modelo econômico significa que o Constituinte deve escolher o modelo econômico, para que todos possam saber quais são as regras do ordenamento. Basicamente existem dois tipos de modelo que podem advir outros a partir desses. Temos o modelo centralizado e o modelo descentralizado. No primeiro, também conhecido como modelo de plano, a economia é centralizada por

um plano econômico do governo, como era no caso das economias socialistas. Nesses tipos de economia, tudo acontecia baseado no plano governamental. No modelo descentralizado, acontece exatamente o oposto, pois o mercado atua sozinho, sem regramento rígido (*free market*).

Como foi visto, o segundo elemento é a tratativa dos modelos de produção, ou seja, a disciplina utilizada entre o capital e o trabalho. Seriam as regras que estabeleceriam tais relações, quais medidas de proteção existem para um e para outro, como eles interagem entre si.

Depois de estabelecer qual o modelo, e de determinar qual o tipo de relação que existirá entre o capital e o trabalho, a Constituição econômica deverá estipular qual a finalidade do modelo adotado. Note-se que o nosso artigo 170 estabelece como finalidade “[...] *garantir a todos existência digna conforme os ditames da justiça social* [...].”

Por último, deve-se estabelecer qual o tipo de tratamento jurídico mais se adequa às escolhas anteriores que foram feitas, e com isso fazer com que seja implementado.

Quanto à constituição econômica, o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁷ aborda a questão, pois alguns economistas a usam para descrever a organização básica da economia:

Aqui, porém, a constituição econômica a que se faz referência é jurídica. Trata-se da *constituição juridicamente definida da economia*. Mas, quanto à constituição econômica, cumpre também distinguir entre constituição “material” e constituição “formal”, tal qual se dá com referência à constituição política.

Nesse conceito-base é que se dá a sedimentação dos caminhos da constituição econômica, ou seja, a concepção de constituição econômica, seu surgimento, evolução, e a distinção entre material e formal.

¹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Econômico*, p. 6.

Essa abordagem não se esquivava da traçada por André Ramos Tavares¹⁸:

Uma primeira aproximação com a terminologia tende a considerar a *Constituição econômica* como paralela à *Constituição política*. Nesse sentido, distinguir-se-ia, evidentemente, aquela primeira, pelo conteúdo normativo das suas disposições, voltadas que deveriam ser para a regulamentação da atividade econômica, desde que inseridas formalmente no corpo da Constituição. É preciso, contudo, cautela para não dar por certo e indiscutível tal conceito, o que está a demandar uma abordagem mais aprofundada e minuciosa sobre o assunto.

Nessa esteira, para Vital Moreira¹⁹:

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; ou, de outro modo, aquelas normas ou instituições jurídicas que, dentro de um determinado sistema e forma econômicos, que garantem e (ou) instauram, realizam uma determinada ordem econômica concreta.

O que se pode extrair desses conceitos de constituição econômica é que se trata de uma ordem jurídica econômica, autônoma, inserida na constituição política, com conteúdo determinante para o regramento desta ordem, não necessariamente agrupada num mesmo título, capítulo, etc., mas também inserida ao longo do corpo constitucional, haja vista o artigo 219, da Constituição Federal.

É neste sentido que aparece o entendimento de Luís S. Cabral de Moncada²⁰:

A regulação da economia pela constituição demonstra-nos que esta não contém somente a organização e actividade [sic] dos órgãos do poder político e, quando muito, o modo de ser das relações entre aquele e o individuo [sic], mas verdadeiramente, além disso, ainda que implícito, para a economia. **Ao mesmo tempo permite-nos inferir um conjunto de princípios gerais que conferem unidade de sentido à economia, fazendo dela uma ordem normativa, e que nos possibilitam um seu estudo científico, para além do simples casuísmo.**

Na concepção de Washington Peluso Albino de Souza²¹, não fica presa à presença do “econômico” nas constituições, mas ele se refere aos “temas

¹⁸ TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*, p. 74.

¹⁹ *Apud* TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*, p. 75.

²⁰ *Direito Econômico*, p. 83.

²¹ *Primeiras Linhas de Direito Econômico*, p. 207.

econômicos”, que não ficam adstritos a um espaço específico do texto constitucional.

Segundo Eros Roberto Grau²²:

Compreendendo a Constituição Econômica, conjunto de preceitos que institui determinada ordem econômica (mundo do ser) ou conjunto de princípios e regras essenciais ordenadoras da economia, é de se esperar que, como tal, opera a consagração de um determinado sistema econômico. E isso mesmo em uma situação limite, quando – *et pour cause* – expressamente não defina esses preceitos ou tais princípios e regras. Dir-se-á mesmo, radicalizando, que uma Constituição Econômica que não opera essa consagração não é uma Constituição Econômica.

Mas João Bosco Leopoldino da Fonseca²³ faz a abordagem de Constituição econômica e a conceitua, enquanto jurídica, como sendo ela que conduz o fenômeno econômico, buscando uma “*adequação entre a norma e o fato*”.

Para António Carlos dos Santos, Maria Eduarda Gonçalves e Maria Manuel Leitão Marques, “*A constituição econômica é o conjunto de normas e princípios constitucionais relativos à economia, ou seja, a ordem constitucional da economia*”.²⁴

2.3 Constituição econômica formal e Constituição econômica material

Por coerência, como feito acima com o conceito de Constituição, note-se a distinção de Constituição econômica formal e Constituição econômica material.

O conceito puro de Constituição econômica formal é aquele que a trata como sendo um segmento destacado da Constituição política, mas restrita àquele “assunto” determinado.

²² *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 70.

²³ *Direito Econômico*, p. 90.

²⁴ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito Econômico*, p. 33.

Constituição econômica formal seria tudo que estivesse contido dentro do capítulo da ordem econômica, mesmo que não se trate de matéria econômica. *“Formalmente, é a parte econômica da Constituição do Estado, onde está contido o «ordenamento essencial da actividade económica» desenvolvida pelos indivíduos, pela pessoas coletivas ou pelo Estado”*.²⁵

Nesse sentido, veja-se o entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho²⁶, *“A constituição econômica formal é o conjunto de normas que, incluídas na Constituição, escrita, formal do Estado, versam o econômico”*.

O corte de Constituição econômica formal é feito para se excluírem as normas infraconstitucionais; no mesmo sentido, veja-se André Ramos Tavares²⁷:

A indicação de um conceito “forma” de Constituição econômica, aqui abraçado, pretende apenas ter como consequência a exclusão de seu âmbito das referências normativas infraconstitucionais. Não se pretende sustentar uma leitura gramatical ou positivista da Constituição econômica assim compreendida. Na realidade, para além do texto escrito, a Constituição econômica também exige o contrato para a composição de seu conteúdo (embora com referibilidade ao normativo-constitucional). Em outro giro, não se quer emprestar ao conceito aqui estampado – pois a terminologia empregada (Constituição econômica em sentido formal) poderia levar a essa confusão – uma postura exclusivamente normativista, mas sim preponderantemente – em termos de referibilidade necessária – normativista.

Já a constituição econômica material seria a parte da Constituição que trata de matéria econômica. Integram este conceito também as normas constitucionais que tratam da matéria econômica, não obstante estejam formalmente apartadas do capítulo da Carta Magna da Ordem Constitucional Econômica, como, por exemplo, as normas deste jaez do artigo 5º e do artigo 219.

Mais do que o “econômico”, deve-se atentar para as normas constitucionais que tratam das incidências e balizamento do econômico, haja vista o artigo 1º, inciso IV, que trata dos princípios fundamentais da República e assegura “os valores

²⁵ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito Econômico*, p. 33.

²⁶ *Direito Constitucional Econômico*, p. 6.

²⁷ *Direito Constitucional Econômico*, p. 74.

sociais do trabalho e da livre iniciativa”, bem distante do considerado como Constituição econômica, no artigo 170 e seguintes da Constituição Federal.

A interpretação da Constituição econômica é ditada no mesmo diapasão da interpretação conforme, ou seja, precisa-se identificar às normas que tratam do “econômico”, ainda que não expressamente, mas que estão intimamente ligadas a ele.

De nossa parte, a visão que será atendida da Constituição econômica é aquela denominada Constituição econômica formal, mas com características peculiares daquelas estampadas tradicionalmente. Sendo assim, será considerado o conceito de Constituição econômica como sendo a Constituição econômica formal.

3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA BRASILEIRA

É necessário no presente estudo a contextualização dos textos constitucionais e identificar, pelo conteúdo de cada uma das constituições econômicas, o modo e a forma de regência do Estado na economia.

Desde já é necessário apontar que os textos originais das antigas constituições brasileiras de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967, constam com grafia escoreta à época, mas em desacordo com as normas gramaticais vigentes.

Não serão feitos apontamentos de grafias incorretas, mas apenas grafadas em itálico, ante o grande número de indicações que deveriam acontecer. Essa opção metodológica é feita em virtude de ser indispensável analisar esses textos para a construção do pensamento lógico-cognitivo.

Paralelamente a isso, serão analisados os textos da Constituição do México, datada de 1917 e da Constituição de Weimar, de 1919.

3.1 Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)

Inspirada na Revolução Francesa a Constituição do Império fez questão de resguardar a liberdade, igualdade e fraternidade, sob os auspícios do *laissez-faire*. Um outro fator importante é que essa Constituição trazia nosso Estado como sendo um Estado confessional, com a religião Católica Apostólica Romana como sendo a oficial.

“Consagrando a filosofia liberal da revolução francesa, não tratou dos direitos sociais do trabalhador, que pressupõem a intervenção do Estado nas relações contratuais.”²⁸

Para Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco,

Esse, portanto era o clima histórico e ideológico ou a *ambiance* em que viria à luz a nossa primeira Carta Política, a *Constituição do Império do Brasil*, “oferecida e jurada” por Sua Majestade o Imperador Pedro I, aos 25 de março de 1824, e em cujo art. 3º está dito, não por acaso, que “O seu Governo é Monárquico, *Constitucional*, e Representativo”, vale dizer, comprometido com o respeito aos direitos e liberdades fundamentais, como as *verdadeiras* constituições daquela época [...].²⁹

Além disso, houve a previsão expressa do direito à propriedade para garantir que as transações comerciais fossem estabelecidas e mantidas.

Entretanto, o ponto que mais se destaca é a previsão legal de que o trabalho não poderia ser proibido, desde que não se opusesse aos costumes públicos, à segurança e à saúde dos cidadãos. Essa liberdade de contratar funcionários para trabalharem na iniciativa privada fez com que houvesse a exploração de milhares e milhares de imigrantes.

Na verdade, esse dispositivo, que em um primeiro momento parece uma norma de Direito do Trabalho, é uma norma de Direito Econômico, que visa consagrar a livre iniciativa.

Para confirmar esse pensamento, faz-se necessária a observação do texto normativo, aqui transcrito:

²⁸ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*, p. 29.

²⁹ *Curso de Direito Constitucional*, p. 151.

Art. 179. A **inviolabilidade** dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a **liberdade**, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio pôde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos.

Como se não bastasse, permitia a livre iniciativa, onde assevera que não pode ser proibido nenhum gênero de indústria ou comércio. Essa liberdade fez com que o país desse início ao seu processo desenvolvimentista.

Um outro dispositivo dessa Constituição que diz respeito ao Direito Econômico foi o seguinte preceito: “*XXV. Ficam abolidas as Corporações de Officios, seus Juizes, Escrivães, e Mestres*”. Esse preceito foi inserido no texto constitucional para que todas as pessoas pudessem entrar no mercado com um grau de igualdade, acabando assim com tais corporações que de certo modo monopolizavam o mercado. Visava, assim, garantir a livre concorrência, que nas palavras de Washington Peluso Albino de Souza³⁰, “*trata-se, como se sabe, do Regime Corporativo, até então vigente, e da passagem para a economia liberal*”.

João Bosco Leopoldino da Fonseca³¹ traz a sua visão da Constituição de 1824:

Esta análise desvenda a *ideologia, a razão jurídica*, que impregna a Constituição de 1824, do ponto de vista da Economia. Esta é vista também como um fenômeno cujas leis são impostas pela natureza. Ao Estado cumpria somente *garantir* o funcionamento natural dessas leis, a sua *proteção deveria limitar-se somente a remover os embaraços, que pudessem entorpecer a marcha regular dos princípios elementares da riqueza*. Não era tarefa do Estado conduzir a economia através de leis. Se o fizesse, estaria fatalmente rompendo o equilíbrio que as forças econômicas da natureza, deixadas ao seu fluxo natural, forçosamente alcançariam.

Sendo assim, essa Constituição desenhava um capitalismo da primeira fase do Estado liberal, fundada na liberdade de iniciativa e livre concorrência, sem restrições. Uma ordem jurídica liberal de não intervenção da economia.

³⁰ *Primeiras Linhas de Direito Econômico*, p. 210.

³¹ *Direito Econômico*, p. 106.

3.2 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)

Essa foi a primeira Constituição da República. Foi fortemente influenciada pelo positivismo de Comte. A partir dessa Constituição, nosso Estado deixou de ser confessional e passou a ser um Estado leigo ou laico. Essa passagem se denomina laicização do Estado.

Esgotado, por causas diversas, o regime monárquico, sobreveio a República – menos por crença nas suas virtudes e mais por *descrença* nas instituições monárquicas – e, com ela, a instauração de uma nova ordem constitucional, cujo ponto de partida foi o decreto n. 1, de 15-11-1889, da lavra de Rui Barbosa, que a proclamou, provisoriamente, como forma de governo da nação brasileira a República federativa e estabeleceu as normas pelas quais se deviam reger os Estados Federais.³²

Corroborando o ideário de liberdade estatuído na Revolução Francesa, manteve-se a idéia da órbita econômica de Estado Liberal e ficou garantido o livre trabalho, que deverá ser atendido de forma a compatibilizar os interesses da livre iniciativa com o Estado, em detrimento do trabalhador.

*“Sob a decisiva influência da Constituição norte-americana, o Estado brasileiro se tornou federal, republicano, presidencialista e liberal. Por isso mesmo, também não se cuidou dos direitos sociais do trabalhador [...]”*³³

Com efeito, o ideário liberal continuava o mesmo. Apesar do momento político “pedir” uma modificação na estrutura do país, mudando-o para República Federativa, o mesmo *“não teve qualquer influência no modelo econômico, que continuou inspirado no liberalismo econômico”*.³⁴

³² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 154.

³³ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional Econômico*, p. 30.

³⁴ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*, p. 106.

O que se percebia à época era o lucro em detrimento das condições de trabalho e dos direitos do trabalhador; até então, não havia previsão de direitos para assegurar um número máximo de horas a trabalhar por semana, tampouco o mínimo pecuniário de contraprestação.

Essa liberdade de contratar fica patente no artigo 72, parágrafo 24, da Constituição Federal de 1891, aqui apresentado:

Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

...

§ 24 - É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial.

Na verdade, esse dispositivo também não era de Direito do Trabalho, mas, sim, um preceito de Direito Econômico que consagrava a livre iniciativa, sem restrições.

Em relação a essa Constituição, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco ponderam o seguinte:

Mesmo assim, pelos padrões vigentes nestas bandas da América, a Constituição da Primeira República teve uma longa vida, já que vigorou de 24 de fevereiro de 1891 até 11 de novembro de 1930, quando foi abolida pelo Governo Provisório nascido da Revolução chefiada por Getúlio Vargas. Nesse tempo de vigência, apesar de todos os percalços, e dessas acusações de que estava em descompasso com a realidade que deveria modelar – Oliveira Vianna chegou a dizer que o seu fracasso, como o da Carta Imperial de 1824, deveu-se ao fato de que lhe faltou argamassa com a argila da realidade nacional –, ainda assim possibilitou a consolidação do Estado brasileiro e das suas instituições, contra os vaticínios pessimistas dos que anteviam a desintegração do País, o que não aconteceu, segundo Miguel Reale, graças à atuação de Rui Barbosa, ao se opor, de um lado, à *concentração do poder*, preconizada pelos adeptos da “ditadura positivista” e representada pelo “castilhismo”; e, de outro, à *dispersão do poder*, nascida das pretensões de soberania partilhada, pela qual pugnavam as antigas províncias, pomposamente convertidas em Estados.³⁵

³⁵ *Curso de Direito Constitucional*, p. 155.

3.3 Constituições do México (1917) e de Weimar (1919)³⁶

Aqui é necessário um aparte para que se possa contextualizar as Constituições Brasileiras que vêm a seguir; os textos da Constituição do México e de Weimar são deveras importantes, pois foram os primeiros a inaugurar o desenvolvimento econômico e o direito econômico. Inclusive, a partir deles, todas as Constituições do mundo que trataram do assunto se inspiraram nesses textos.

Corroborando a afirmação, J. Simões Patrício³⁷ assevera que:

Daí resultou – e, uma vez mais, desde a Constituição de Weimar de 1919 (bem como, antes, da Constituição mexicana de 1917) – que os textos constitucionais passassem a albergar matéria económico-social [sic] e, inclusivamente, vissem alargados os seus preceitos tradicionais: já reconhecendo direitos novos de conteúdo económico [sic], ao lado dos direitos (políticos) individuais, já assinalando ao Estado novas atribuições, também de carácter [sic] sócio-económico [sic], já finalmente criando novos órgãos políticos ou mesmo constitucionais de intervenção económica [sic], que entre si repartiram aquelas novas atribuições. Aqui e ali, concedeu-se até certos princípios socializantes, em breve esquecidos aliás.

Tais documentos foram frutos de um movimento de ordem mundial que visava consagrar em nível constitucional os direitos fundamentais de segunda geração, ou seja, os direitos sociais. Tal movimento é denominado Constitucionalismo Social.³⁸ Com essas consagrações, o homem social passou a viver ao lado do homem político. A partir daqui, consagraram-se, nas constituições, não só as liberdades, mas também os direitos sociais, que visavam criar uma igualdade real.

³⁶ Tradução livre da Constituição de Weimar, pelo autor.

³⁷ PATRÍCIO, J. Simões. *Curso de Direito Económico*, p. 151.

³⁸ “Denomina-se constitucionalismo social o movimento que, considerando uma das principais funções do Estado a realização da Justiça Social, propõe a inclusão de direitos trabalhistas e sociais fundamentais nos textos das Constituições dos países”. (Nascimento, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 31.)

3.3.1 A Constituição do México

A Constituição do México foi a primeira que introduziu normas eminentemente de direito econômico, buscando promover o desenvolvimento social do país, notadamente dos trabalhadores, com previsão de mecanismos para garantir que estes se efetivassem.

A Constituição do México de 1917, esta sim, armou um quadro significativo dos direitos sociais do trabalhador, muitos dos quais foram repetidos nas Cartas Magnas de alguns países latino-americanos. O seu art. 123 contempla o campo de incidência das leis de proteção ao trabalho, a jornada de trabalho, o salário mínimo, a proteção ao salário, a participação nos lucros da empresa, a proteção especial ao trabalho das mulheres e dos menores, a garantia de emprego, a isonomia salarial, o direito sindical, o contrato coletivo de trabalho, a greve, a previdência social, a higiene e segurança no trabalho e a proteção à família do trabalhador.³⁹

Esta foi uma Constituição pioneira e que influenciou as que vieram a seguir, nas palavras de Alvacir Alfredo Nicz⁴⁰:

... a Constituição mexicana de 1917, embora de influência imediata muito pequena, traz uma ordem econômica e social em alguns pontos com maiores detalhes que aquela que, posteriormente, iria exercer substancial influência nas demais Constituições do após 1ª guerra, ou seja, a Constituição de Weimar de 1919, denominada “mãe das Constituições modernas”.

No texto original daquela constituição, em seu artigo 25, houve a implicação ao Estado do desenvolvimento nacional, para que aconteça o crescimento econômico. Mas, um fato deveras importante é a concretização da busca da justa distribuição da riqueza, fonte inspiradora de normas que até então não eram previstas.

Ademais, firma o Estado como agente gestor geral da atividade econômica, devendo agir em conformidade com o interesse geral, ficando resguardado a ele o monopólio as áreas estratégicas da economia.

³⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional Econômico*, p. 13-14.

⁴⁰ Apud TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*, p. 90.

Para esclarecer o tema, é transcrito o artigo 25 da Constituição mexicana:

ARTICULO 25 - Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral, que fortalezca la soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el **fomento del crecimiento económico** y el empleo y **una más justa distribución del ingreso y la riqueza**, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.

El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará al cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución.

Al desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la Nación.

El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28, párrafo cuarto de la constitución, manteniendo siempre el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos que en su caso se establezcan.

Asimismo, podrá participar por sí o con los sectores social y privado, de acuerdo con la ley, para impulsar y organizar las áreas prioritarias del desarrollo.

Bajo criterios de equidad social y productividad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente.

La ley establecerá los mecanismos que faciliten la organización y la expansión de la actividad económica del sector social: de los ejidos, organizaciones de trabajadores, cooperativas, comunidades, empresas que pertenezcan mayoritariamente o exclusivamente a los trabajadores y, en general, de todas las formas de organización social para la producción, distribución y consumo de bienes y servicios socialmente necesarios.

La ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y provera las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, en los términos que establece esta Constitución.

Ademais, determina que a lei estabelecerá os meios para a organização e expansão da atividade econômica, mas o que salta aos olhos é a possibilidade de os trabalhadores se organizarem, tendo em vista a melhoria de suas condições, inclusive ressaltando empresas que pertençam exclusivamente aos trabalhadores.

Para a iniciativa privada fica estampada norma parecida com o artigo 174, da atual Constituição Federal do Brasil, onde o Estado mexicano deve promover as condições para o desenvolvimento da iniciativa privada, para que ela contribua para o desenvolvimento econômico.

Por outro lado, o artigo 26 estabelece uma nova forma, até então, de intervenção do Estado na economia, qual seja o planejamento econômico.

O planejamento econômico prevê os indicativos do Estado para o setor público e o privado para atingir aos fins estatuidos na Constituição Federal mexicana.

Mas, o planejamento econômico mexicano, até hoje vigente, tem uma característica peculiar que é ouvir aquilo que a sociedade gostaria que fosse albergado no planejamento, inclusive com um sistema de oitiva da população.

Corroborando essas assertivas, está estabelecido no artigo 26:

El Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la Nación.

Los fines del proyecto nacional contenidos en esta Constitución determinarán los objetivos de la planeación. La planeación será democrática. **Mediante la participación de los diversos sectores sociales recogerá las aspiraciones y demandas de la sociedad para incorporarlas al plan y los programas de desarrollo.** Habrá un plan nacional de desarrollo al que se sujetarán obligatoriamente los programas de la administración pública federal.

La ley facultará al Ejecutivo para que establezca los procedimientos de **participación y consulta popular en el sistema nacional de planeación democrática**, y los criterios para la formulación, instrumentación, control y evaluación del plan y los programas de desarrollo. Asimismo determinará los órganos responsables del proceso de planeación y las bases para que el Ejecutivo Federal coordine mediante convenios con los gobiernos de las entidades federativas e induzca y concierte con los particulares las acciones a realizar para su elaboración y ejecución.

En el sistema de planeación democrática, el Congreso de la Unión tendrá la intervención que señale la ley.

O México leva todos os méritos pela legislação inovadora em direito econômico e, mais do que isso, traz instrumentos de participação da população nas diretrizes econômicas do país.

3.3.2 A Constituição de Weimar

*“Dois anos depois, a Alemanha, derrotada na primeira grande guerra do século XX, adotou a Constituição de Weimar, que, sob a influência dos socialistas, inseriu no seu texto um capítulo sobre a ordem econômica e social [...]”.*⁴¹

Este é um dos textos jurídicos mais estudados no mundo, notadamente, por ter sido ele o sustentáculo do Terceiro Reich e pelas modernidades jurídicas estatuídas naquela Constituição. Para Américo Luís Martins da Silva⁴², esse era o espírito da Constituição de Weimar:

Se a Constituição de Weimar consagrava a democracia alemã e era uma notável peça fundamental que serviu de inspiração para inúmeras constituições elaboradas após a 1ª Guerra Mundial, a República de Weimar se mostrou débil e vacilante. Com a colaboração de outros fatores importantes, foi inevitável o seu fim e com ele a desintegração da democracia alemã.

No Capítulo V – A Economia, dedicado à ordem econômica que aqui será objeto de estudo, houve, naquele momento, a primeira mescla entre a livre iniciativa e a justiça social. O referido artigo 151 aqui é transcrito:

A economia deve ser organizada baseada nos princípios da justiça, com o objetivo de uma vida digna para todos. Dentro desses limites a liberdade econômica do indivíduo será assegurada. Coerção é possível para a percepção de direitos ameaçados ou em substituição de demandas de bem-estar público. Liberdade negocial e de indústrias serão percebidas de acordo com as leis do Reich.

O instituto da justiça social modelando a livre iniciativa é a grande novidade jurídica, pois, traz à Alemanha a economia social de mercado.

⁴¹ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional Econômico*, p. 14.

⁴² *A Ordem Constitucional Econômica*, p. 20.

Por outro lado, o artigo 152, “*A liberdade contratual é a fundação das transações econômicas, de acordo com as leis. A usura é proibida. Transações legais que ofendam os bons costumes são inválidas*”, consagra a autonomia da vontade, porém assegura a proibição da usura, cujo espectro é de direitos humanos econômicos, impedindo a exploração do homem pelo homem.

Mais adiante garante a propriedade privada e, se houver expropriação do Estado, garante a compensação adequada, salvo exceção de lei, bem como o direito à herança, aqui trasladado:

Artigo 153

A propriedade é garantida pela Constituição. As leis determinam seu conteúdo e limitação. A expropriação só será decretada com base em leis válidas e com o propósito de bem-estar público. **Deverá ser executada a partir de compensação adequada, a menos que a lei do Reich tenha especificado de maneira diferente.** Levando em conta a compensação, o curso da lei em Cortes gerais é permitido em caso de controvérsia a menos que as leis do Reich especifiquem de maneira diferente. Expropriações pelo Reich à custa dos Estados, comunidades ou organizações de caridade só podem ser executadas se acompanhadas por compensação adequada. A propriedade obriga. Seu uso deverá servir simultaneamente ao bem comum.

Artigo 154

O direito de herança é garantido em conformidade com as leis civis. A parte do Estado na herança é determinada pelas leis.

Artigo 155

A distribuição e uso do Estado é supervisionada pelo Estado com o intuito de prevenir abusos e com o intuito de assegurar saúde e moradia para todas as famílias alemãs, especialmente aquelas com muitos filhos. Aos veteranos de guerra será dada especial consideração na lei de moradia a ser escrita. O estado real, aquisição de que é necessário para responder a demanda por moradia, para promover o estabelecimento e cultivo do solo e elevar o cultivo agrícola, deve ser expropriado. O fideicomisso será abolido. O proprietário do solo tem obrigações perante a comunidade, em relação à exploração e cultivo do solo. Qualquer aumento do valor que não resulte do investimento de trabalho ou capital deverá ser utilizado em favor da comunidade.

Toda a riqueza mineral e todas as fontes de energia natural utilizável estão em supervisão do Estado. Direitos privados serão transferidos para a propriedade do Estado na forma da legislação.

No mesmo sentido social da Constituição Federal mexicana permite que cooperativas sejam inclusas na economia social, mas o que fica patente é a proteção especial dos trabalhadores pelo Reich. Apesar de esses direitos não estarem cristalizados na Constituição, a proteção foi lá fixada, permitindo ao Reich legislar com a discriminação desses direitos por meio de lei.

Os direitos dos trabalhadores deveriam ser defendidos pelas entidades de classe que tinham permissão para funcionar, buscando a melhoria das condições de trabalho, é a lei libertando o trabalhador dos abusos sofridos pela exploração em busca do vil metal.

Transcrevem-se, aqui, os artigos 156 a 160:

Artigo 156

O Reich poderá transferir empreendimento econômico para a naturalização, e para a propriedade comum, se as regulações para a expropriação forem obedecidas e se a compensação não for violada. Podem entrar na administração de empreendimentos econômicos ou sindicatos ou é possível que se ordene aos estados ou às comunidades que o façam, ou, de outra forma, a eles pode ser assegurada influência decisiva.

Em caso de demanda urgente, o Reich poderá ainda reforçar a fusão de empreendimentos econômicos e sindicatos para o bem-estar público com o condão de assegurar a cooperação de todas as seções produtoras da população, com o intuito de participarem os empregados e empregadores na administração, com o intuito de regular a produção, distribuição, uso, preços e exportação de bens de acordo com os princípios da economia social.

Cooperativas econômicas e de consumidores e suas federações são, dentro de sua requisição e consideração de sua constituição e caráter, inclusas na economia social.

Artigo 157

O trabalho tem proteção especial do Reich. O Reich proverá legislação trabalhista uniforme.

Artigo 158

Criação intelectual, direito autoral, inventores e artistas têm a proteção e cuidado do Reich. Às realizações da ciência alemã, arte e tecnologia deve ser dado reconhecimento e proteção no exterior, através de tratados internacionais.

Artigo 159

O direito de formar uniões e melhorar condições de trabalho, assim como econômicas, é garantido a todos os indivíduos e a todas as ocupações. Todos os acordos e medidas limitando ou obstruindo esses direitos são ilegais.

Artigo 160

Quem em serviço ou emprego, sendo trabalhador ou assalariado, tem legitimidade de fazer uso de seus direitos cívicos e, ainda que nenhum problema econômico considerável resultante desse empreendimento, deve ser garantido tempo livre para fazer uso dos honorários públicos a que tenha direito. Ele tem legitimidade para continuar recebendo seu salário, conforme determinado em lei.

Os direitos sociais foram inovadores nesta Constituição, especialmente, a previdência social, vislumbrando a manutenção da saúde, maternidade, aposentadoria, idade, todos eles baseados na contribuição do segurado. A preocupação do Reich em preservar os direitos dos trabalhadores visava atingir um mínimo desses direitos sociais. A busca do pleno emprego é dada pelo artigo 163, em que assevera que *a todos os alemães deve ser dada a oportunidade para ganhar seu sustento através do trabalho econômico.*

Arnaldo Süssekind, ao tecer comentários a esse texto constitucional, nos ensina que ele:

[...] previu a criação de conselhos de trabalhadores nas empresas, nos distritos e no Reich e de conselho econômico nacional, assegurou a liberdade sindical e colocou o trabalho sob a proteção especial do Estado, o qual deveria se empenhar pela regulamentação internacional do trabalho. Apesar de renegada pelo advento do nazismo, ela teve ampla ressonância nas Constituições de após-guerra, inclusive a brasileira de 1934.

Seguem-se, adiante, os respectivos artigos comentados acima:

Artigo 161

Com o intuito de manter a saúde e a habilidade de trabalho, com o intuito de proteger a maternidade e prevenir conseqüências econômicas da idade, fraqueza e se proteger contra as vicissitudes da vida, o Reich estabelece um sistema de seguros, baseado na contribuição do segurado.

Artigo 162

O Reich advoga uma regulação internacional dos direitos dos trabalhadores, esforçando-se para salvaguardar um mínimo de direitos sociais para a humanidade da classe trabalhadora.

Artigo 163

Não obstante sua liberdade pessoal, todo alemão é obrigado a investir sua energia física e intelectual conforme necessário para benefício público. **A todos os alemães deve ser dada a oportunidade para ganhar seu sustento através do trabalho econômico.** Em caso de impossibilidade de provimento de trabalhos apropriados, ele receberá apoio financeiro. Outros detalhes serão especificados pela lei do Reich.

Artigo 164

Os interesses dos trabalhadores auto-suficientes em atividade na agricultura, indústria e comércio serão promovidos na legislação e administração, e serão protegidos.

É de grande impacto a previsão do reconhecimento dos acordos que envolvem as entidades representativas dos empregados e dos empregadores. Com isso, houve o desenvolvimento das regras do trabalho, garantindo aos trabalhadores determinados direitos que até então não eram discutidos, ante a não existência de autorização normativa para que os acordos coletivos dos empregados e empregadores tivessem efeito.

Finalmente, apresenta-se a parte final do capítulo que trata da economia na Alemanha do Terceiro Reich, aqui transcrita:

Artigo 165

Trabalhadores e empregados serão chamados a participar, em igualdade de condições e em cooperação com os empregadores, sobre a regulação dos trabalhos e condições de trabalho, e a respeito do desenvolvimento econômico das forças produzidas. As organizações formadas pelos dois lados e seus acordos mútuos serão reconhecidos.

Aos trabalhadores e empregadores garante-se, para representar seus interesses econômicos, representações legais em Conselhos de Empreendimentos assim como Conselhos de Trabalhadores Distritais, organizados em relação às áreas econômicas e no Conselho de Trabalhadores do Reich. Os trabalhadores distritais e o Conselho de Trabalhadores do Reich, com o intuito de preencher as tarefas econômicas e executar as leis de socialização em cooperação com os empregadores, ingressam nos Conselhos Distritais econômicos e Conselho Distrital do Reich, no qual os representantes dos empregadores e outros círculos interessados participarão.

Os Conselhos Distritais econômicos e o Conselho Distrital do Reich serão organizados de forma que todas as profissões importantes serão representadas de acordo com a sua importância social.

Leis básicas com caráter político, social ou econômico serão apresentadas pelo governo do Reich ao Conselho Econômico do Reich para aprovação, antes de serem apresentadas ao Reichstag. O Conselho Econômico do Reich tem legitimidade para propor essas leis. Se o governo do Reich não aprovar o projeto, deverá ser apresentado ao Reichstag, acompanhado por uma explanação de sua posição divergente. O Conselho Econômico do Reich é legitimado para ter um de seus membros representados no projeto do Reichstag. A autoridade de supervisão e administração pode ser transferida aos trabalhadores e aos conselhos econômicos dentro da área pela qual estes são responsáveis. A regulação de consistência de tarefas dos trabalhadores e conselhos econômicos, assim como sua relação com outros entes da administração é um problema exclusivo do Reich.

3.4 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)

É neste contexto que o Brasil começa a internalizar os institutos de cunho social reconhecidos internacionalmente, ponderando a finalidade da existência digna, garantindo a liberdade econômica dentro desse limite, inclusos no Título IV – Da Ordem Econômica e Social. Essa foi a primeira Constituição brasileira a consagrar em seu rol os direitos sociais.

Arnaldo Süssekind, assevera que: *“Promulgada a 16 de julho de 1934, o novo Estado político tornou-se um marco na história do Direito Constitucional brasileiro pelas normas que inseriu no capítulo, até então inédito, sobre a ordem econômica e social.”*⁴³

E continua a sua explicação, ensinando que:

A Constituição de 1934 procurou conciliar filosofias antagônicas emanadas das cartas magnas de Weimar (social-democrata) e dos Estados Unidos da América (liberal-individualista), além de mesclar a representação política resultante do voto direto com a escolhida pelas associações sindicais (representação corporativa). Foi-lhes, por isso, vaticinada vida efêmera, o que aconteceu.⁴⁴

⁴³ *Direito Constitucional Econômico*, p. 34.

⁴⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional Econômico*, p. 34.

É salutar a influência da Constituição de Weimar na Constituição Federal de 1934, apontada por Américo Luís Martins da Silva⁴⁵,

Outrossim, não podemos deixar de destacar o fato de a influência da Constituição de Weimar sobre o Constituinte Federal de 1934 ser tão evidente que alguns dispositivos chegavam a constituir cópia quase fiel daquela Carta alemã. Como exemplo disso podemos tomar o art. 115 da Constituição Federal brasileira e o art. 151 da Constituição alemã. Dizia o *caput* do referido art. 115 que “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos a existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica”. Enquanto que, como vimos, o art. 151 da Constituição de Weimar estabelecia que “a vida econômica deve ser organizada em conformidade com os princípios da justiça e com vista a garantir a todos uma existência digna do homem. Nestes limites, a liberdade econômica do indivíduo deve ser respeitada”.

Essa ascendência sobre a Constituição de 1934 representa a tradição brasileira na importação de textos legais, mas, sobretudo, na importação dos direitos consagrados em outros países que são internalizados mediante positivação no nosso sistema jurídico nacional, para que, a partir de então, passem a integrar os direitos e deveres dos brasileiros. Impende ressaltar que tal norma é de suma importância, pois baliza a ordem econômica com a justiça com finalidade de “garantir a todos uma existência digna do homem”.

Confirmando essa assertiva, Paulo Bonavides e Paes de Andrade⁴⁶,

A Constituição de 16 de julho de 1934 funda juridicamente no País uma forma de Estado social que a Alemanha estabelecera com Bismarck há mais de um século, aperfeiçoara com Preuss (Weimar) e finalmente iria proclamar com solenidade textual em dois artigos da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, cunhando a célebre fórmula do chamado Estado social de direito, matéria de tanta controvérsia nas regiões da doutrina, da jurisprudência e da aplicação hermenêutica.

Fica expressa também a impossibilidade de exploração do homem pelo homem, com a proibição da usura, institutos esses aqui transcritos:

Art. 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que

⁴⁵ *A Ordem Constitucional Econômica*, p. 27.

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*, 5. ed. Editora OAB. Brasília, 2004, p. 331.

possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

Parágrafo único - Os Poderes Públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões do País.

Art. 116 - Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações devidas, conforme o art. 112, nº 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos Poderes locais.

Art. 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 das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no País.

Parágrafo único - É proibida a usura, que será punida na forma da Lei.

Art. 118 - As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água, constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

Art. 119 - O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização ou concessão federal, na forma da lei.

§ 1º - As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou a empresas organizadas no Brasil, ressalvada ao proprietário preferência na exploração ou co-participação nos lucros.

§ 2º - O aproveitamento de energia hidráulica, de potência reduzida e para uso exclusivo do proprietário, independe de autorização ou concessão.

§ 3º - Satisfeitas as condições estabelecidas em lei, entre as quais a de possuírem os necessários serviços técnicos e administrativos, os Estados passarão a exercer, dentro dos respectivos territórios, a atribuição constante deste artigo.

§ 4º - A lei regulará a nacionalização progressiva das minas, jazidas minerais e quedas d'água ou outras fontes de energia hidráulica, julgadas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar do País.

§ 5º - A União, nos casos prescritos em lei e tendo em vista o interesse da coletividade, auxiliará os Estados no estudo e aparelhamento das estâncias mineromédicinas ou termomédicinas.

§ 6º - Não depende de concessão ou autorização o aproveitamento das quedas d'água já utilizadas industrialmente na data desta Constituição, e, sob esta mesma ressalva, a exploração das minas em lavra, ainda que transitoriamente suspensa.

Aquilo que aparentemente não tem relação com o direito econômico pelos defensores do direito econômico, baseado na livre iniciativa, é a proteção do trabalhador e os instrumentos começam a surgir no Brasil, inspirados pela

Constituição do México e de Weimar, internados nos artigos 120 a 126, aqui transcritos:

Art. 120 - Os sindicatos e as associações profissionais serão reconhecidos de conformidade com a lei.

Art. 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

§ 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

a) proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil;

b) salário mínimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normais do trabalhador;

c) trabalho diário não excedente de oito horas, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei;

d) proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e, em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres;

e) repouso hebdomadário, de preferência aos domingos;

f) férias anuais remuneradas;

g) indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa;

h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a este descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte;

i) regulamentação do exercício de todas as profissões;

j) reconhecimento das convenções coletivas de trabalho.

§ 2º - Para o efeito deste artigo, não há distinção entre o trabalho manual e o trabalho intelectual ou técnico, nem entre os profissionais respectivos.

§ 3º - Os serviços de amparo à maternidade e à infância, os referentes ao lar e ao trabalho feminino, assim como a fiscalização e a orientação respectivas, serão incumbidos de preferência a mulheres habilitadas.

§ 4º - O trabalho agrícola será objeto de regulamentação especial, em que se atenderá, quanto possível, ao disposto neste artigo. Procurar-se-á fixar o homem no campo, cuidar da sua educação rural, e assegurar ao trabalhador nacional a preferência na colonização e aproveitamento das terras públicas.

§ 5º - A União promoverá, em cooperação com os Estados, a organização de colônias agrícolas, para onde serão encaminhados os habitantes de zonas empobrecidas, que o desejarem, e os sem trabalho.

§ 6º - A entrada de imigrantes no território nacional sofrerá as restrições necessárias à garantia da integração étnica e capacidade física e civil do imigrante, não podendo, porém, a corrente imigratória de cada país exceder, anualmente, o limite de dois por cento sobre o número total dos respectivos nacionais fixados no Brasil durante os últimos cinquenta anos.

§ 7º - É vedada a concentração de imigrantes em qualquer ponto do território da União, devendo a lei regular a seleção, localização e assimilação do alienígena.

§ 8º - Nos acidentes do trabalho em obras públicas da União, dos Estados e dos Municípios, a indenização será feita pela folha de pagamento, dentro de quinze dias depois da sentença, da qual não se admitirá recurso *ex-officio*.

Art. 122 - Para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social, fica instituída a Justiça do Trabalho, à qual não se aplica o disposto no Capítulo IV do Título I.

Parágrafo único - A constituição dos Tribunais do Trabalho e das Comissões de Conciliação obedecerá sempre ao princípio da eleição de membros, metade pelas associações representativas dos empregados, e metade pelas dos empregadores, sendo o presidente de livre nomeação do Governo, escolhido entre pessoas de experiência e notória capacidade moral e intelectual.

Art. 123 - São equiparados aos trabalhadores, para todos os efeitos das garantias e dos benefícios da legislação social, os que exerçam profissões liberais.

Art. 124 - Provada a valorização do imóvel por motivo de obras públicas, a administração, que as tiver efetuado, poderá cobrar dos beneficiados contribuição de melhoria.

Art. 125 - Todo brasileiro que, não sendo proprietário rural ou urbano, ocupar, por dez anos contínuos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, um trecho de terra até dez hectares, tornando-o produtivo por seu trabalho e tendo nele a sua morada, adquirirá o domínio do solo, mediante sentença declaratória devidamente transcrita.

Art. 126 - Serão reduzidos de cinquenta por cento os impostos que recaiam sobre imóvel rural, de área não superior a cinquenta hectares e de valor até dez contos de réis, instituído em bem de família.

Foram esses artigos que já em 1934 garantiram o esqueleto do atual artigo 7º da Constituição Federal, principalmente a equiparação de salário do trabalhador, por qualquer tipo de discriminação, a instituição do salário mínimo e o estabelecimento da carga horária máxima a que o trabalhador deveria ser exposto.

São esses os direitos que alicerçam a valorização do trabalho humano, atualmente estampada no artigo 170 da Constituição Federal. Uma parte dos artigos do Título IV – Da Ordem Econômica e Social não será comentada por ser decorrente

daquela regra matriz de incidência naquela economia, mas são transcritos em nota de rodapé.⁴⁷

Celso Ribeiro Bastos⁴⁸ faz importante ressalva sobre este texto constitucional que se transformou na forma da organização econômica, pois fez a adoção do *padrão social*, portanto, é nesse momento que se faz a inspiração do texto atual do artigo 170, que prevê a garantia de uma existência conforme as necessidades da vida nacional, e que tenha como finalidade a justiça social.

Ao Estado caberia intervir na economia de maneira a regular e fiscalizar as atividades públicas delegadas, visando à justa retribuição, para que ela não fosse excedida, atendendo ao interesse coletivo. Os artigos correspondentes são aqui apresentados:

Art. 136 - As empresas concessionárias ou os contratantes, sob qualquer título, de serviços públicos federais, estaduais ou municipais, deverão:

a) constituir as suas administrações com maioria de diretores brasileiros, residentes no Brasil, ou delegar poderes de gerência exclusivamente a brasileiros;

b) conferir, quando estrangeiros, poderes de representação a brasileiros em maioria, com faculdade de substabelecimento exclusivamente a nacionais.

⁴⁷ Art. 127 - Será regulado por lei ordinária o direito de preferência que assiste ao locatário para a renovação dos arrendamentos de imóveis ocupados por estabelecimentos comerciais ou industriais.

Art. 128 - Ficam sujeitas a imposto progressivo as transmissões de bens por herança ou legado.

Art. 129 - Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem, permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.

Art. 130 - Nenhuma concessão de terras de superfície, superior a dez mil hectares, poderá ser feita sem que, para cada caso, preceda autorização do Senado Federal.

Art. 131 - É vedada a propriedade de empresas jornalísticas, políticas ou noticiosas a sociedades anônimas por ações ao portador e a estrangeiros. Estes e as pessoas jurídicas não podem ser acionistas das sociedades anônimas proprietárias de tais empresas. A responsabilidade principal e de orientação intelectual ou administrativa da imprensa política ou noticiosa só por brasileiros natos pode ser exercida. A lei orgânica de imprensa estabelecerá regras relativas ao trabalho dos redatores, operários e demais empregados, assegurando-lhes estabilidade, férias e aposentadoria.

Art. 132 - Os proprietários, armadores e comandantes de navios nacionais, bem como os tripulantes na proporção de dois terços pelo menos, devem ser brasileiros natos, reservando-se também a estes a prática das barras, portos, rios e lagos.

Art. 133 - Excetuados quantos exerçam legitimamente profissões liberais na data da Constituição, e os casos de reciprocidade internacional admitidos em lei, somente poderão exercê-las os brasileiros natos e os naturalizados que tenham prestado serviço militar ao Brasil; não sendo permitido, exceto, aos brasileiros natos, a revalidação de diplomas profissionais expedidos por institutos estrangeiros de ensino.

Art. 134 - A vocação para suceder em bens de estrangeiros existente no Brasil será regulada pela lei nacional em benefício do cônjuge brasileiro e dos seus filhos, sempre que não lhes seja mais favorável o estatuto do *de cuius*.

Art. 135 - A lei determinará a percentagem de empregados brasileiros que devam ser mantidos obrigatoriamente nos serviços públicos dados em concessão, e nos estabelecimentos de determinados ramos de comércio e indústria.

⁴⁸ *Direito Econômico Brasileiro*, p. 93.

Art. 137 - **A lei federal regulará a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, ou delegação, para que, no interesse coletivo, os lucros dos concessionários, ou delegados, não excedam a justa retribuição do capital**, que lhes permita atender normalmente às necessidades públicas de expansão e melhoramento desses serviços.

Nesse buscou-se preservar os direitos previdenciários e sociais, e o que fica claro é a intenção do Estado em promover o bem-estar social, com normas que visavam proteger a educação, maternidade, infância, dentre outras:

Art. 138 - Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas:

- a) assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurarão coordenar;
- b) estimular a educação eugênica;
- c) amparar a maternidade e a infância;
- d) socorrer as famílias de prole numerosa;
- e) proteger a juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual;
- f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a moralidade e a morbidade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis;
- g) cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais.

Art. 139 - Toda empresa industrial ou agrícola, fora dos centros escolares, e onde trabalharem mais de cinquenta pessoas, perfazendo estas e os seus filhos, pelo menos, dez analfabetos, será obrigada a lhes proporcionar ensino primário gratuito.

Art. 140 - A União organizará o serviço nacional de combate às grandes endemias do País, cabendo-lhe o custeio, a direção técnica e administrativa nas zonas onde a execução do mesmo exceder as possibilidades dos governos locais.

Art. 141 - É obrigatório, em todo o território nacional, o amparo à maternidade e à infância, para o que a União, os Estados e os Municípios destinarão um por cento das respectivas rendas tributárias.

Art. 142 - A União, os Estados e os Municípios não poderão dar garantia de juros a empresas concessionárias de serviços públicos.

Art. 143 - A lei providenciará para concentrar, sempre que possível, em um só Ministério, o projeto e a execução das obras públicas, excetuadas as que interessam diretamente à defesa nacional.

Para Arnaldo Sússekind, nessa Constituição de 1934,

A ordem econômica deveria “*ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna*” (art. 115). A lei deveria promover “*o amparo da produção*” e estabelecer as condições de trabalho, “*tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do país*” (art. 121). Caberia, ainda à lei dispor sobre o reconhecimento dos sindicatos e das associações profissionais; mas teria que assegurar a “*pluralidade sindical e a completa autonomia dos sindicatos*” (art. 120), assim como o “*reconhecimento das convenções coletivas de trabalho*” (art. 121, j).⁴⁹

3.5 Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)

Essa foi a Constituição que oficializou o corporativismo em nosso País. Podem-se constatar os princípios corporativistas de intervenção do Estado no domínio econômico em vários pontos dessa Constituição.

Assim pondera André Ramos Tavares:

Em verdadeiro golpe de Estado, o então presidente Getúlio Vargas apresentou, em 10 de novembro de 1937, uma nova Carta. Sua imposição autoritária, em termos semelhantes à da Polônia, que ocorrera em 1935, outorgada pelo Marechal Pilsudsky, levou a uma inevitável comparação, passando a ser denominada “Constituição Polaca”.⁵⁰

As influências desta Carta Magna, segundo Paulo Bonavides e Paes de Andrade, foram o fascismo italiano de Mussolini e o nazismo de Hitler, sob o argumento da proteção do sistema financeiro após o *crash* de 1929⁵¹, cujo espírito deste “Estado Novo” instalado era:

O Estado brasileiro, em sua nova concepção, ou seja, o Estado Novo, estava perfeitamente retratado nas palavras do seu próprio Ministro da Justiça quando repetia em outros termos as ameaças que o voto e liberdade não enchem a barriga de ninguém, ao considerar que “o princípio de liberdade não garantiu a ninguém o direito ao trabalho, à educação, à segurança”, e que “só o Estado forte pode exercer a arbitragem justa, assegurando a todos o gozo da herança comum da civilização e da cultura”.

⁴⁹ *Direito Constitucional do Trabalho*. p. 34-35.

⁵⁰ *Direito Constitucional Econômico*, p. 110.

⁵¹ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*, 5. ed. Editora OAB. Brasília, 2004, p.345-346.

A intervenção do Estado na economia foi sustentáculo da ditadura imposta por Getúlio Vargas, na sua política de governo para suprimento da intervenção particular e instalação do “Estado Novo”. Nas palavras de Américo Luís Martins da Silva⁵²,

No campo da intervenção do Estado no domínio econômico, não tendo os industriais brasileiros da década de 30 capitais e técnicas suficientes para contornar os problemas econômicos da época, as disposições econômicas do texto constitucional de 1937 foram elaboradas com base na busca do Estado em suprir a atividade econômica privada (a intervenção particular), a fim de sustentar o próprio sistema econômico que se vislumbrava incipiente. Essa justificativa encontrava-se literalmente enunciada no art. 135 da Constituição de 1937.

O que se percebe é a sensação da “Mão Forte do Estado”, agindo para interferir nas externalidades provocadas pelo mercado e prover os meios econômicos para sustentar a economia do país. Mesmo assim, consagra os direitos dos trabalhadores, assegurando que do trabalho honesto é garantido a todos o direito de subsistência.

Art. 135 - Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. **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 do controle, do estímulo ou da gestão direta.

Art. 136 - O trabalho é um dever social. O trabalho intelectual, técnico e manual tem direito à proteção e solicitude especiais do Estado. A todos é garantido o direito de subsistir mediante o seu trabalho honesto e este, como meio de subsistência do indivíduo, constitui um bem que é dever do Estado proteger, assegurando-lhe condições favoráveis e meios de defesa.

Art. 137 - A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos:

a) os contratos coletivos de trabalho concluídos pelas associações, legalmente reconhecidas, de empregadores, trabalhadores, artistas e especialistas, serão aplicados a todos os empregados, trabalhadores, artistas e especialistas que elas representam;

b) os contratos coletivos de trabalho deverão estipular obrigatoriamente a sua duração, a importância e as modalidades do salário, a disciplina interior e o horário do trabalho;

⁵² *A Ordem Constitucional Econômica*, p. 32.

- c) a modalidade do salário será a mais apropriada às exigências do operário e da empresa;
- d) o operário terá direito ao repouso semanal aos domingos e, nos limites das exigências técnicas da empresa, aos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local;
- e) depois de um ano de serviço ininterrupto em uma empresa de trabalho contínuo, o operário terá direito a uma licença anual remunerada;
- f) nas empresas de trabalho contínuo, a cessação das relações de trabalho, a que o trabalhador não haja dado motivo, e quando a lei não lhe garanta a estabilidade no emprego, cria-lhe o direito a uma indenização proporcional aos anos de serviço;
- g) nas empresas de trabalho contínuo, a mudança de proprietário não rescinde o contrato de trabalho, conservando os empregados, para com o novo empregador, os direitos que tinham em relação ao antigo;
- h) salário mínimo, capaz de satisfazer, de acordo com as condições de cada região, as necessidades normais do trabalho;
- i) dia de trabalho de oito horas, que poderá ser reduzido, e somente suscetível de aumento nos casos previstos em lei;
- j) o trabalho à noite, a não ser nos casos em que é efetuado periodicamente por turnos, será retribuído com remuneração superior à do diurno;
- k) proibição de trabalho a menores de catorze anos; de trabalho noturno a menores de dezesseis, e, em indústrias insalubres, a menores de dezoito anos e a mulheres;
- l) assistência médica e higiênica ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta, sem prejuízo do salário, um período de repouso antes e depois do parto;
- m) a instituição de seguros de velhice, de invalidez, de vida e para os casos de acidentes do trabalho;
- n) as associações de trabalhadores têm o dever de prestar aos seus associados auxílio ou assistência, no referente às práticas administrativas ou judiciais relativas aos seguros de acidentes do trabalho e aos seguros sociais.

É possível denotar os princípios fascistas do domínio econômico arraigado do texto constitucional, como, por exemplo, a declaração da greve como um recurso anti-social.

Art. 138 - **A associação profissional ou sindical é livre.** Somente, porém, o sindicato regularmente reconhecido pelo Estado tem o direito de representação legal dos que participarem da categoria de produção para que foi constituído, e de **defender-lhes os direitos perante o Estado e as outras associações profissionais**, estipular contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos os seus associados, impor-lhes contribuições e exercer em relação a eles funções delegadas de Poder Público.

Art. 139 - Para dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, reguladas na legislação social, é instituída a Justiça do Trabalho, que será regulada em lei e à qual não se aplicam as disposições desta Constituição relativas à competência, ao recrutamento e às prerrogativas da Justiça comum.

A greve e o *lock-out* são declarados recursos anti-sociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional.

Art. 140 - A economia da população será organizada em corporações, e estas, como entidades representativas das forças do trabalho nacional, colocadas sob a assistência e a proteção do Estado, são órgãos destes e exercem funções delegadas de Poder Público.

Outro aspecto emblemático da relação política/economia do governo Vargas é a criminalização dos atos nocivos à economia popular e, mais do que isso, a equiparação aos crimes contra o Estado, bem como, a ressalva de que a usura seria punida. Eis os artigos:

Art. 141 - A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição.

Art. 142 - A usura será punida.

Abre-se, novamente, um parênteses para anotar em rodapé o texto constitucional que faz parte da Constituição econômica de 1937, mas que não tem relação direta com o escopo do trabalho.⁵³

⁵³ Art. 143 - As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água constituem propriedade distinta da propriedade do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial. O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização federal.

§ 1º - A autorização só poderá ser concedida a brasileiros, ou empresas constituídas por acionistas brasileiros, reservada ao proprietário preferência na exploração, ou participação nos lucros.

§ 2º - O aproveitamento de energia hidráulica de potência reduzida e para uso exclusivo do proprietário independe de autorização.

§ 3º - Satisfeitas as condições estabelecidas em lei entre elas a de possuírem os necessários serviços técnicos e administrativos, os Estados passarão a exercer, dentro dos respectivos territórios, a atribuição constante deste artigo.

§ 4º - Independe de autorização o aproveitamento das quedas d'água já utilizadas industrialmente na data desta Constituição, assim como, nas mesmas condições, a exploração das minas em lavra, ainda que transitoriamente suspensa.

Art. 144 - A lei regulará a nacionalização progressiva das minas, jazidas minerais e quedas d'água ou outras fontes de energia, assim como das indústrias consideradas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar da Nação.

Art. 145. - Só poderão funcionar no Brasil os bancos de depósito e as empresas de seguros, quando forem brasileiros os seus acionistas. Aos bancos de depósito e empresas de seguros atualmente autorizados a operar no País, a lei dará um prazo razoável para que se transformem de acordo com

Entretanto, não se pode esquivar de destacar o artigo 153, que assevera que “*A lei determinará a porcentagem de empregados brasileiros que devem ser mantidos obrigatoriamente nos serviços públicos dados em concessão e nas empresas e estabelecimentos de indústria e de comércio*”. Essa distinção aos brasileiros, garantindo-lhes a empregabilidade em empresas tomadoras de serviços públicos, demonstra a preocupação da política de governo para a ampliação de empregos gerados no país e a inclusão social da população.

Não é demais lembrar que Getúlio Vargas era amado pelo povo, governante marcadamente populista.

as exigências deste artigo.

Art. 146 - As empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais ou municipais deverão constituir com maioria de brasileiros a sua administração, ou delegar a brasileiros todos os poderes de gerência.

Art. 147 - A lei federal regulará a fiscalização e revisão das tarifas dos serviços públicos explorados por concessão para que, no interesse coletivo, delas retire o capital, uma retribuição justa ou adequada, e sejam atendidas convenientemente as exigências de expansão e melhoramento dos serviços.

A lei se aplicará às concessões feitas no regime anterior de tarifas contratualmente estipuladas para todo o tempo de duração do contrato.

Art. 148 - Todo brasileiro que, não sendo proprietário rural ou urbano, ocupar, por dez anos contínuos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, um trecho de terra até dez hectares, tornando-o produtivo com o seu trabalho e tendo nele a sua morada, adquirirá o domínio, mediante sentença declaratória devidamente transcrita.

Art. 149 - Os proprietários armadores e comandantes de navios nacionais, bem com os tripulantes, na proporção de dois terços devem ser brasileiros natos, reservando-se também a estes a praticagem das barras, portos, rios e lagos.

Art. 150 - Só poderão exercer profissões liberais os brasileiros natos e os naturalizados que tenham prestado serviço militar no Brasil, excetuados os casos de exercício legítimo na data da Constituição e os de reciprocidade internacional admitidos em lei. Somente aos brasileiros natos será permitida a revalidação de diplomas profissionais, expedidos por institutos estrangeiros de ensino.

Art. 151 - A entrada, distribuição e fixação de imigrantes no território nacional estará sujeita às exigências e condições que a lei determinar, não podendo, porém, a corrente imigratória de cada país exceder, anualmente, o limite de dois por cento sobre o número total dos respectivos nacionais fixados no Brasil durante os últimos cinquenta anos.

Art. 152 - A vocação para suceder em bens de estrangeiros situados no Brasil será regulada pela lei nacional em benefício do cônjuge brasileiro e dos filhos do casal sempre que lhes não seja mais favorável o estatuto do *de cuius*.

...

Art. 154 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas.

Art. 155 - Nenhuma concessão de terras de área superior a dez mil hectares, poderá ser feita sem que, em cada caso, preceda autorização do Conselho Federal.

3.6 Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)

Com a queda do “Estado Novo” em 29 de outubro de 1945, houve a necessidade de se promulgar uma nova Constituição que faria a transição do Estado Ditatorial para o Estado de Direito.

Bem aponta João Bosco Leopoldino da Fonseca⁵⁴ que:

O término da ditadura no Brasil coincidiu com o findar-se da segunda grande guerra que, por sua vez, selou a derrota das ditaduras européias. Sentiu-se a necessidade imperiosa da implantação da democracia, que viesse trazer para todos os povos a mais plena realização dos anseios políticos, econômicos e sociais. Sentiu-se que a única forma de evitar a repetição dos horrores de uma nova guerra mundial seria instaurar em cada país uma democracia real, alicerçada em bases políticas sólidas, em bases econômicas e sociais eqüitativas e justas.

Em 18 de setembro de 1946 houve o advento da Constituição de 1946. Para André Ramos Tavares:

A disciplina da matéria econômica foi, na Constituição de 1946, consolidada no Título V. Havia inúmeras modificações em relação à Carta anterior. Na Constituição de 1946 restabeleceu-se o sistema de 1934, da economia capitalista de mercado. Apesar deste princípio, nem por isso ficaram afastadas hipóteses intervencionistas.⁵⁵

Essa Constituição faz o anúncio das bases intervencionistas e sociais dentro da ordem econômica, promovendo o diálogo entre economia e justiça social, nos termos estampados por Américo Luís Martins da Silva⁵⁶:

A Constituição Federal de 1946 estabeleceu as bases da legislação trabalhista e previdenciária, prestigiou o direito de greve, enfim, tentou elevar empregados ao nível de privilégio e superioridade em que se encontravam os seus respectivos empregadores. Além disso, prescreveu o dirigismo estatal, atribuindo ao Estado poderes para intervir no domínio econômico. Inclusive, esta Carta consagrou a desapropriação por necessidade pública e utilidade pública, bem como reconheceu a desapropriação por interesse social, como principal instrumento para fazer valer a função social da propriedade.

⁵⁴ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*, p. 117.

⁵⁵ *Direito Constitucional Econômico*, p. 111.

⁵⁶ *A Ordem Constitucional Econômica*, p. 35.

Já Paulo Bonavides e Paes de Andrade⁵⁷ confirmam tal assertiva:

Mas a Constituição de 1946, obra de uma das Constituintes mais legítimas do ponto de vista dos seus pressupostos formais de convocação, não teve, em face de nossa tradição constitucional, um caráter simplesmente restaurador, corretivo e aperfeiçoador, qual se infere das observações acima feitas por Aliomar Baleeiro, senão que avulta na dimensão de seu perfil uma nota consideravelmente inovadora, em aspectos da maior importância do ponto e vista social: aquele cuja consagração foi fortificar com mais firmeza e solidez a legitimidade, a eficácia e a juridicidade das Constituições modernas e contemporâneas, neste final de século.

É na Constituição de 1946, estampado no Título V – Da Ordem Econômica e Social, que se delineiam os primeiros traços daquele que é o glorioso artigo 170 da Constituição Federal vigente, pois aquele artigo 145 ressalta que a ordem econômica é regida pelos princípios da justiça social e, ainda, diz que deve ser conciliada a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano, aqui elencados:

Art. 145 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.

Parágrafo único - A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social.

Art. 146 - A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição.

Bem ressaltam Paulo Bonavides e Paes de Andrade que é na Constituição de 1946 que aparece, pela primeira vez nas Constituições brasileiras, a *justiça social*.⁵⁸

Atentemos para o aspecto social da Constituição. Aí se acham definidos num tom menos agudo os direitos sociais. Até mesmo a linguagem se nos afigura mais concisa e moderada, menos solene e mais jurídica, pouco eivada de impropriedades. As disposições do texto como que se ajustam a uma técnica mais aprimorada. Do mesmo modo que em 1934, a ordem econômica – diz que a Constituição – deve ser organizada consoante os princípios da justiça, literalmente denominada agora “Justiça Social”.

A utilização da propriedade passa a ser condicionada ao bem-estar social e, além disso, há disposição de repressão de toda e qualquer forma de abuso

⁵⁷ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*, p.406-407.

⁵⁸ *Ibid.*, p.420.

econômico. Novamente aparece a proibição da usura, aqui copiada, a exceção do texto fora do escopo do trabalho⁵⁹:

Art. 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

Art. 148 - A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

Art. 149 - A lei disporá sobre o regime dos bancos de depósito, das empresas de seguro, de capitalização e de fins análogos.

Art. 150 - A lei criará estabelecimentos de crédito especializado de amparo à lavoura e à pecuária.

Art. 151 - A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais.

Parágrafo único - Será determinada a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, a fim de que os lucros dos concessionários, não excedendo a justa remuneração do capital, lhes permitam atender às necessidades de melhoramentos e expansão desses serviços. Aplicar-se-á a lei às concessões feitas no regime anterior, de tarifas estipuladas para todo o tempo de duração do contrato.

Art. 152 - As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água, constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

Art. 153 - O aproveitamento dos recursos minerais e de energia hidráulica depende de autorização ou concessão federal na forma da lei.

⁵⁹ Art. 155 - A navegação de cabotagem para o transporte de mercadorias é privativa dos navios nacionais, salvo caso de necessidade pública.

Parágrafo único - Os proprietários, armadores e comandantes de navios nacionais, bem como dois terços, pelo menos, dos seus tripulantes, devem ser brasileiros (art. 129, nº 1 e II).

Art. 156 - A lei facilitará a fixação do homem no campo, estabelecendo planos de colonização e de aproveitamento das terras públicas. Para esse fim, serão preferidos os nacionais e, dentre eles, os habitantes das zonas empobrecidas e os desempregados.

§ 1º - Os Estados assegurarão aos posseiros de terras devolutas, que nelas tenham morada habitual, preferência para aquisição até vinte e cinco hectares.

§ 2º - Sem prévia autorização do Senado Federal, não se fará qualquer alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dez mil hectares.

§ 3º - Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, ocupar, por dez anos ininterruptos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, trecho de terra não superior a vinte e cinco hectares, tornando-o produtivo por seu trabalho e tendo nele sua morada, adquirir-lhe-á a propriedade, mediante sentença declaratória devidamente transcrita.

§ 1º - As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no País, assegurada ao proprietário do solo preferência para a exploração. Os direitos de preferência do proprietário do solo, quanto às minas e jazidas, serão regulados de acordo com a natureza delas.

§ 2º - Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento de energia hidráulica de potência reduzida.

§ 3º - Satisfeitas as condições exigidas pela lei, entre as quais a de possuírem os necessários serviços técnicos e administrativos, os Estados passarão a exercer nos seus territórios a atribuição constante deste artigo.

§ 4º - A União, nos casos de interesse geral indicados em lei, auxiliará os Estados nos estudos referentes às águas termominerais de aplicação medicinal e no aparelhamento das estâncias destinadas ao uso delas.

Art. 154 - A usura, em todas as suas modalidades, será punida na forma da lei.

Por outro lado, assegura e estende os direitos dos trabalhadores que já contavam com salário mínimo, mas agora estabelece a proibição de diferença de salário para o mesmo trabalho por motivo de discriminação, adicional noturno, participação nos lucros das empresas, ou seja, melhora nas condições de trabalho, o que busca a sua valorização, sendo perfeitamente compatíveis com a opção capitalista da época e atualmente, aqui transcrita:

Art. 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores:

I - salário mínimo capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as necessidades normais do trabalhador e de sua família;

II - proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil;

III - salário do trabalho noturno superior ao do diurno;

IV - participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa, nos termos e pela forma que a lei determinar;

V - duração diária do trabalho não excedente a oito horas, exceto nos casos e condições previstos em lei;

VI - repouso semanal remunerado, preferentemente aos domingos e, no limite das exigências técnicas das empresas, nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local;

VII - férias anuais remuneradas;

VIII - higiene e segurança do trabalho;

IX - proibição de trabalho a menores de quatorze anos; em indústrias insalubres, a mulheres e a menores, de dezoito anos; e de trabalho noturno a menores de dezoito anos, respeitadas, em qualquer caso, as condições estabelecidas em lei e as exceções admitidas pelo Juiz competente;

X - direito da gestante a descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego nem do salário;

XI - fixação das percentagens de empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão e nos estabelecimentos de determinados ramos do comércio e da indústria;

XII - estabilidade, na empresa ou na exploração rural, e indenização ao trabalhador despedido, nos casos e nas condições que a lei estatuir;

XIII - reconhecimento das convenções coletivas de trabalho;

XIV - assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante;

XV - assistência aos desempregados;

XVI - previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as conseqüências da doença, da velhice, da invalidez e da morte;

XVII - obrigatoriedade da instituição do seguro pelo empregador contra os acidentes do trabalho.

Parágrafo único - Não se admitirá distinção entre o trabalho manual ou técnico e o trabalho intelectual, nem entre os profissionais respectivos, no que concerne a direitos, garantias e benefícios.

Permanece o direito do trabalhador de se associar ou se sindicalizar, mas o que é fica destacado é o reconhecimento do direito de greve até então vedado.

Art. 158 - É reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará.

Art. 159 - É livre a associação profissional ou sindical, sendo reguladas por lei a forma de sua constituição, a sua representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas pelo Poder Público.

Art. 160 - É vedada a propriedade de empresas jornalísticas, sejam políticas ou simplesmente noticiosas, assim como as de radiodifusão, as sociedades anônimas por ações ao portador e a estrangeiros. Nem esses, nem pessoas jurídicas, excetuados os Partidos Políticos nacionais, poderão ser acionistas de sociedades anônimas proprietárias dessas empresas. A brasileiros (art. 129, n^{os} I e II) caberá, exclusivamente, a responsabilidade principal delas e a sua orientação intelectual e administrativa.

Art. 161 - A lei regulará o exercício das profissões liberais e a revalidação de diploma expedido por estabelecimento estrangeiro de ensino.

Art. 162 - A seleção, entrada, distribuição e fixação de imigrantes ficarão sujeitas, na forma da lei, às exigências do interesse nacional.

Parágrafo único - Caberá a um órgão federal orientar esses serviços e coordená-los com os de naturalização e de colonização, devendo nesta aproveitar nacionais.

3.7 Constituição da República Federativa do Brasil de 1967

O contexto histórico e ideológico desta Constituição é trazido por João Bosco Leopoldino da Fonseca⁶⁰:

A Constituição de 1967-1969 veio no bojo da Revolução Militar de 1964, que foi preparada com base na *ideologia da segurança nacional*. A adoção e permanência dos regimes militares na América latina não é uma criação dos latino-americanos, porque a ideologia que orientou tal sistema é alienígena. Veio do Norte para o Sul e se chamava “*Doutrina da Segurança Nacional*”. Alicerçou-se essa doutrina nos princípios da *Geopolítica* adaptada aos interesses do bloco político que criava para si um inimigo, a Rússia, com o objetivo de estimular o crescimento e fortalecimento do Estado.

Nesta Constituição de 1967, o governo ditatorial, por força de preservar a segurança nacional, poderia invocar a intervenção no domínio econômico ou monopólio de determinada indústria ou atividade, bem como poderia determinar a contribuição destinada ao custeio dessa intervenção, consoante o artigo 157, § 8º, e, em nota, segue o texto complementar do Título.⁶¹

⁶⁰ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*, p. 120-121.

⁶¹ Art. 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social:

I - salário mínimo capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as necessidades normais do trabalhador e de sua família;

II - salário-família aos dependentes do trabalhador;

III - proibição de diferença de salários e de critérios de admissões por motivo de sexo, cor e estado civil;

IV - salário de trabalho noturno superior ao diurno;

V - integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros e, excepcionalmente, na gestão, nos casos e condições que forem estabelecidos;

VI - duração diária do trabalho não excedente de oito horas, com intervalo para descanso, salvo casos especialmente previstos;

VII - repouso semanal remunerado e nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local;

VIII - férias anuais remuneradas;

IX - higiene e segurança do trabalho;

X - proibição de trabalho a menores de doze anos e de trabalho noturno a menores de dezoito anos, em indústrias insalubres a estes e às mulheres;

XI - descanso remunerado da gestante, antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário;

XII - fixação das percentagens de empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão e nos estabelecimentos de determinados ramos comerciais e industriais;

XIII - estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente;

Apesar de esta Constituição de 1967 trazer, no Título III – Da Ordem Econômica e Social, o princípio norteador de que a finalidade da ordem econômica é a justiça social, apresenta um forte controle do Estado na atividade econômica, chega a reprimir o direito fundamental de greve.

XIV - reconhecimento das convenções coletivas de trabalho;

XV - assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva;

XVI - previdência social, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, para seguro-desemprego, proteção da maternidade e nos casos de doença, velhice, invalidez e morte;

XVII - seguro obrigatório pelo empregador contra acidentes do trabalho;

XVIII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico ou intelectual, ou entre os profissionais respectivos;

XIX - colônias de férias e clínicas de repouso, recuperação e convalescença, mantidas pela União, conforme dispuser a lei;

XX - aposentadoria para a mulher, aos trinta anos de trabalho, com salário integral;

XXI - greve, salvo o disposto no art. 157, § 7º.

§ 1º - Nenhuma prestação de serviço de caráter assistencial ou de benefício compreendido na previdência social será criada, majorada ou estendida, sem a correspondente fonte de custeio total.

§ 2º - A parte da União no custeio dos encargos a que se refere o nº XVI deste artigo será atendida mediante dotação orçamentária, ou com o produto de contribuições de previdência arrecadadas, com caráter geral, na forma da lei.

Art. 159 - É livre a associação profissional ou sindical; a sua constituição, a representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas de Poder Público serão regulados em lei.

§ 1º - Entre as funções delegadas a que se refere este artigo, compreende-se a de arrecadar, na forma da lei, contribuições para o custeio da atividade dos órgãos sindicais e profissionais e para a execução de programas de interesse das categorias por eles representadas.

§ 2º - É obrigatório o voto nas eleições sindicais.

Art. 160 - A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo:

I - obrigação de manter serviço adequado;

II - tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato;

III - fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior.

Art. 161 - As jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

§ 1º - A exploração e o aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica dependem de autorização ou concessão federal, na forma da lei, dada exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no País.

§ 2º - É assegurada ao proprietário do solo a participação nos resultados da lavra; quanto às jazidas e minas cuja exploração constituir monopólio da União, a lei regulará a forma da indenização.

§ 3º - A participação referida no parágrafo anterior será igual ao dízimo do imposto único sobre minerais.

§ 4º - Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento de energia hidráulica de potência reduzida.

Art. 162 - A pesquisa e a lavra de petróleo em território nacional constituem monopólio da União, nos termos da lei.

A ordem econômica e social adquire um valor teleológico. Ela tem por fim o desenvolvimento nacional e a justiça social. A ordem enunciativa dos fins da ordem econômica e social pode não ter uma importância de prioridade de conceitos, mas, na verdade, o que a Revolução priorizava, em obediência aos princípios da Doutrina da Segurança Nacional, era a segurança do Estado. A pessoa humana não estava na primeira linha de cogitação.⁶²

Art. 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:⁶³

I - liberdade de iniciativa;

II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;

III - função social da propriedade;

IV - harmonia e solidariedade entre os fatores de produção;

V - desenvolvimento econômico;

VI - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

§ 1º - Para os fins previstos neste artigo, a União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento de prévia e justa indenização em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação, a qualquer tempo, como meio de pagamento de até cinquenta por cento do imposto territorial rural e como pagamento do preço de terras públicas.

§ 2º - A lei disporá sobre o volume anual ou periódico das emissões, sobre as características dos títulos, a taxa dos juros, o prazo e as condições de resgate.

§ 3º - A desapropriação de que trata o § 1º é da competência exclusiva da União e limitar-se-á às áreas incluídas nas zonas prioritárias, fixadas em decreto do Poder Executivo, só recaindo sobre propriedades rurais cuja forma de exploração contrarie o disposto neste artigo, conforme for definido em lei.

§ 4º - A indenização em títulos somente se fará quando se tratar de latifúndio, como tal conceituado em lei, excetuadas as benfeitorias necessárias e úteis, que serão sempre pagas em dinheiro.

§ 5º - Os planos que envolvem desapropriação para fins de reforma agrária serão aprovados por decreto do Poder Executivo, e sua execução será da competência de órgãos colegiados, constituídos por brasileiros, de notável saber e idoneidade, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal.

§ 6º - Nos casos de desapropriação, na forma do § 1º do presente artigo, os proprietários ficarão isentos dos impostos federais, estaduais e municipais que incidam sobre a transferência da propriedade desapropriada.

⁶² FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*, p. 122.

⁶³ Emenda de 1969: Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

§ 7º - Não será permitida greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidos em lei.

§ 8º - São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei da União, quando indispensável por motivos de segurança nacional, ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficiência no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.

§ 9º - Para atender à intervenção no domínio econômico, de que trata o parágrafo anterior, poderá a União instituir contribuições destinadas ao custeio dos respectivos serviços e encargos, na forma que a lei estabelecer.

§ 10 - A União, mediante lei complementar, poderá estabelecer regiões metropolitanas, constituídas por Municípios que, independentemente de sua vinculação administrativa, integrem a mesma comunidade socioeconômica, visando à realização de serviços de interesse comum.

§ 11 - A produção de bens supérfluos será limitada por empresa, proibida a participação de pessoa física em mais de uma empresa ou de uma em outra, nos termos da lei.

Fica patente aqui a intervenção direta do Estado na economia, afirmando que o Estado organizará e explorará diretamente a economia, apesar de a Constituição colocar o Estado em pé de igualdade com as demais empresas de iniciativa privada. No que se refere à tributação e aos direitos trabalhistas era, sem sombra de dúvida, o Estado forte quem prevalecia na atividade econômica, produzindo e provendo bens e serviços à população.

Haja vista nesta época o destaque econômico e estratégico das empresas estatais.

Outro ponto preponderante é a restrição aos meios de comunicação. O contexto histórico desta Constituição é marcado pelo golpe militar de 1964 e, portanto, eis aqui a intervenção direta do Estado nos meios de comunicação, limitando a brasileiros a exploração dessa atividade, pelo que surgiram enormes empresas como a redes Globo e Bandeirantes de televisão, sem contar com a censura imposta a todas e o risco permanente de perder a concessão.

Art. 163 - Às empresas privadas compete preferencialmente, com o estímulo e apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas.

§ 1º - Somente para complementar a iniciativa privada, o Estado organizará e explorará diretamente atividade econômica.

§ 2º - Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas, as autarquias e sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e das obrigações.

§ 3º - A empresa pública que explorar atividade não monopolizada ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas.

Art. 164 - A lei federal disporá sobre as condições de legitimação da posse e de preferência à aquisição de até cem hectares de terras públicas por aqueles que as tornarem produtivas com o seu trabalho e de sua família.

Parágrafo único - Salvo para execução de planos de reforma agrária, não se fará, sem prévia aprovação do Senado Federal, alienação ou concessão de terras públicas com área superior a três mil hectares.

Art. 165 - A navegação de cabotagem para o transporte de mercadorias é privativa dos navios nacionais, salvo caso de necessidade pública.

Parágrafo único - Os proprietários, armadores e comandantes de navios nacionais, assim como dois terços, pelo menos, dos seus tripulantes devem ser brasileiros natos.

Art. 166 - São vedadas a propriedade e a administração de empresas jornalísticas, de qualquer espécie, inclusive de televisão e de radio difusão:

I - a estrangeiros;

II - a sociedade por ações ao portador;

III - a sociedades que tenham, como acionistas ou sócios, estrangeiros ou pessoas jurídicas, exceto os Partidos Políticos.

§ 1º - Somente a brasileiros natos caberá a responsabilidade, a orientação intelectual e administrativa das empresas referidas neste artigo.

§ 2º - Sem prejuízo da liberdade de pensamento e de informação, a lei poderá estabelecer outras condições para a organização e o funcionamento das empresas jornalísticas ou de televisão e de radiodifusão, no interesse do regime democrático e do combate à subversão e à corrupção.

4. TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS ECONÔMICOS

Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos serviram de nítida inspiração aos fundamentos trazidos na Constituição Federal. Estão sob os auspícios do alto comissariado da Organização das Nações Unidas; notadamente quanto aos documentos de direitos humanos e de desenvolvimento é de se destacar a preocupação no reconhecimento universal e satisfação dos direitos humanos de terceira geração.

Atualmente, a característica peculiar dos tratados de direitos humanos é que dispõem sobre temas de direito econômico, bem como fazem alusão ao desenvolvimento, não só o econômico, mas o desenvolvimento como um direito humano, na perspectiva econômico-social-político-cultural.

Nesse contexto, é necessária a análise e a leitura conjunta da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento e, por fim, a Declaração e Programa de Ação de Viena.

Em verdade, a Constituição Federal está em plena consonância com os documentos internacionais e, mais do que isso, internaliza opções mundiais no seu texto para concretizar os direitos humanos garantidos a todas as pessoas do planeta.

Portanto, a fundamentação do pensamento vai além da Constituição Federal, atinge também os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e de Direito ao Desenvolvimento, consubstanciados nas disposições da ONU, levados a efeito conforme as reflexões do seu alto comissariado.

O direito dos povos ao desenvolvimento, como bem ressalta Fábio Konder Comparato, é um processo de longo prazo, induzido por políticas públicas ou programas de ação governamental em três campos interligados: econômico, social e político.⁶⁴

⁶⁴ “O elemento econômico consiste no crescimento endógeno e sustentado da produção de bens e serviços. Endógeno, porque fundado nos fatores internos de produção e não, portanto, de modo predominante, em recursos advindos do exterior. Crescimento sustentado, porque não obtido com a destruição dos bens insubstituíveis, constituintes do ecossistema. O elemento social do processo desenvolvimentista é a aquisição da progressiva igualdade de condições básicas de vida, isto é, a realização, para todo o povo, dos direitos humanos de caráter econômico, social e cultural, como o direito à seguridade social (saúde, previdência e assistência social), o direito à habitação, o direito de fruição dos bens culturais. Enfim, o desenvolvimento integral comporta, necessariamente, um elemento político, que é a chave de abóbada de todo o processo: a

Do perfil social, diante de sua expressão evidente, desdobrou-se também no perfil cultural, de maneira que desenvolvimento, conforme os ditames da justiça social, significa o diálogo da economia com o político, com o social e com o cultural.

4.1 Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)

O texto fundamental de Direitos Humanos é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que serve de base para erigir o edifício das garantias individuais fundamentais.

Acerca da força jurídica da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, ressalta Fábio Konder Comparato:

Tecnicamente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem é uma *recomendação*, que a Assembléia Geral das Nações Unidas faz aos seus membros (Carta das Nações Unidas, artigo 10). Nessas condições, costuma-se sustentar que o documento não tem força vinculante. Foi por essa razão, aliás, que a Comissão de Direitos Humanos concebeu-a, originalmente, como uma etapa preliminar à adoção ulterior de um pacto ou tratado internacional sobre o assunto, como lembrado acima.

Esse entendimento, porém, peca por excesso de formalismo. Reconhece-se hoje, em toda parte, que a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não. A doutrina jurídica contemporânea, de resto, como tem sido reiteradamente assinalado nesta obra, distingue os direitos humanos como regras constitucionais escritas. É óbvio que a mesma distinção há de ser admitida no âmbito do direito internacional.⁶⁵

realização da vida democrática, isto é, a efetiva assunção, pelo povo, do seu papel de sujeito político, fonte legitimadora de todo poder e destinatário do seu exercício. Pode-se, pois, justificar a ausência, na Carta Africana, da declaração do direito dos povos à democracia, desde que se sustente que ele é o componente político indispensável de um verdadeiro direito ao desenvolvimento” (A afirmação histórica dos direitos humanos, p. 395-396).

⁶⁵ *A afirmação histórica dos direitos humanos, p. 223-224.*

Corroborando o espírito da Constituição Federal que nos coloca em um Estado da Fraternidade, estampado no preâmbulo, é esse o espírito da Declaração, estatuído no seu artigo 1º, em que **“Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”**.

Mesmo se tratando de um diploma de direitos humanos, traz como direito do homem a propriedade, bem como assegura a sua utilização, consoante se depreende do artigo 17, incisos I e II, **“Todo homem tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros; Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade”**.

No contexto de uma declaração de direitos humanos, o direito à propriedade, conforme já apresentado anteriormente, é norma de direito econômico, e, também, assim o é quando integrada ao corpo constitucional.

O direito de propriedade reconhecido na Declaração Universal de Direitos Humanos, inclusive na Constituição Brasileira, é muito mais amplo do que aquele do Código Civil Brasileiro.

Se, então, o feixe de direitos econômicos integra os direitos humanos do povo do planeta, igualmente os direitos que cada homem tem, nas perspectivas econômicas, sociais e culturais, são indispensáveis ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

Daí o fator hiper-relevante que é o Estado dever promover o livre desenvolvimento da personalidade das pessoas do povo e isso só se faz pela cidadania, na concretização das perspectivas econômicas, sociais, políticas e culturais da população.

É a relação do ser humano com outros membros da sociedade que faz com que ele se desenvolva e tenha condições de se estruturar enquanto ser humano.

Artigo 22

Todo homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada

Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

...

Artigo 26

I) Todo homem tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.

II) A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

Se os valores universais da humanidade expressos na Declaração Universal de Direitos Humanos fossem respeitados, certamente os povos do planeta teriam uma convivência mais responsável, pacífica e solidária. Por exemplo, deveria causar impacto nos rumos dos Estados Unidos da América, que têm, em boa parte do seu poderio econômico, se desenvolvido economicamente em torno da guerra.

Antes da invasão do Iraque, o governo americano acreditava que gastaria algo em torno de duzentos (200) bilhões de dólares nesta operação, mas esses custos estavam subestimados, pois, segundo os estudos desenvolvidos pelo Prêmio

Nobel de Economia de 2001, Joseph Stiglitz⁶⁶, o custo desta guerra deve alcançar **entre um ou dois trilhões de dólares.**

Pertinente é a crítica de Fábio Konder Comparato:

Já no que concerne à tarefa da ONU de manter a paz e a segurança internacionais, a qual constitui o primeiro dos propósitos e princípios da Organização, é forçoso reconhecer que ela tem sido descumprida em razão da estrutura oligárquica do Conselho de Segurança, onde os membros permanentes têm o poder de veto. Além disso, uma das principais atribuições do órgão, a saber, a de formular "os planos a serem submetidos

⁶⁶ Published on Tuesday, January, 17, 2006 by Los Angeles Times, **War's Stunning Price Tag**, by Linda Bilmes and Joseph Stiglitz.

Last week, at the annual meeting of the American Economic Assn., we presented a new estimate for the likely cost of the war in Iraq. We suggested that the final bill will be much higher than previously reckoned — between \$1 trillion and \$2 trillion, depending primarily on how much longer our troops stay. Putting that into perspective, the highest-grossing movie of all time, "Titanic," earned \$1.8 billion worldwide — about half the cost the U.S. incurs in Iraq every week.

Like the iceberg that hit the Titanic, the full costs of the war are still largely hidden below the surface. Our calculations include not just the money for combat operations but also the costs the government will have to pay for years to come. These include lifetime healthcare and disability benefits for returning veterans and special round-the-clock medical attention for many of the 16,300 Americans who already have been seriously wounded. We also count the increased cost of replacing military hardware because the war is using up equipment at three to five times the peacetime rate. In addition, the military must pay large reenlistment bonuses and offer higher benefits to reenlist reluctant soldiers. On top of this, because we finance the war by borrowing more money (mostly from abroad), there is a rising interest cost on the extra debt.

Our study also goes beyond the budget of the federal government to estimate the war cost to the economy and our society. It includes, for instance, the true economic costs of injury and death. For example, if an individual is killed in an auto or work-related accident, his family will typically receive compensation for lost earnings. Standard government estimates of the lifetime economic cost of a death are about \$6 million. But the military pays out far less — about \$500,000. Another cost to the economy comes from the fact that 40% of our troops are taken from the National Guard and Reserve units. These troops often earn lower wages than in their civilian jobs. Finally, there are macro-economic costs such as the effect of higher oil prices — partly a result of the instability in Iraq.

We conclude that the economy would have been much stronger if we had invested the money in the United States instead of in Iraq.

Spending up to \$2 trillion should make us ask some questions. First, these figures are far higher than what the administration predicted before the war. At that time, White House economic advisor Lawrence Lindsey was effectively fired for suggesting that the war might cost up to \$200 billion, rather than the \$60 billion claimed by the president's budget office. Why were the costs so vastly underestimated? Elsewhere in the government, it is standard practice to engage in an elaborate cost-benefit analysis for major projects. The war in Iraq was a war of choice, an immense "project," and yet it now appears that there was virtually no analysis of the likely costs of a prolonged occupation.

Could we have fought the war in ways that would have protected our troops better and cost the country less? A Pentagon study apparently concludes that better body armor would have prevented many deaths and injuries. Penny-pinching in such matters during the rush to war has led to steep long-run costs for the nation and, tragically, for the individuals involved.

Even more fundamentally, there is the question of whether we needed to spend the money at all. Thinking back to the months before the war, there were few reasons to invade quickly, and many to go slow. The Bush policy of *threatened* force had pressured Iraq into allowing the U.N. inspectors back into the country. The inspectors said they required a few months to complete their work. Several of our closest allies, including France and Germany, were urging the U.S. to await the outcome of the inspections. There were, as we now know, conflicting intelligence reports.

Had we waited, the value of the information we would have learned from the inspectors would arguably have saved the nation at least \$1 trillion — enough money to fix Social Security for the next 75 years twice over.

aos membros das Nações Unidas, para o estabelecimento de um sistema de regulamentação dos armamentos” (art. 26), nunca foi levada a sério, pois ela se choca com os interesses nacionais das grandes potências. Entre 1987 e 1994, as despesas militares mundiais situaram-se no fantástico nível de 3,6% do produto bruto mundial. E, muito embora na virada do século tenham baixado para cerca de 2,6% do produto mundial, elas tendem a retomar seu crescimento, em razão da necessidade intrínseca do sistema capitalista de aumento exponencial do consumo, como base de sustentação para o crescimento da produção, que realimenta o processo de acumulação de capital. A guerra, como sabido, é um sorvedouro de recursos e o melhor estimulante das economias em recessão.⁶⁷

Está perceptível aos olhos de todo o mundo a ineficiência do exemplo dos Estados Unidos da América em conseguir estabelecer, por meio da guerra, a paz mundial, propósito este defendido pelo governo americano.

O custo dessa “loucura” revertido para políticas de inclusão social e no desenvolvimento dos países ditos de “terceiro mundo” faria com que grande parte dos países que se encontram nessa situação se desenvolvessem.

Os Estados Unidos, consoante Fábio Konder Comparato, após o esfacelamento da União Soviética, tornou-se uma potência hegemônica mundial, constituindo séria ameaça à reorganização das relações internacionais num sentido comunitário, pois:

O último tratado internacional de direitos humanos integralmente ratificado pelos Estados Unidos foi o Pacto aprovado pelas Nações Unidas em 1996, sobre direitos civis e políticos. O Pacto gêmeo sobre direitos econômicos, sociais e culturais teve sua ratificação rejeitada pelo Congresso norte-americano. A partir de então, os Estados Unidos vêm-se recusando, sistematicamente, a se submeter às normas internacionais de proteção aos direitos humanos, por considerarem que isto implica uma limitação de sua soberania. Assim foi com os Protocolos de 1977 às Convenções de Genebra de 1949, com a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres de 1979, com a Convenção sobre o Direito do Mar de 1982, com o Protocolo Adicional de 1988 à Convenção Americana sobre direitos humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, com o Segundo Protocolo de 1989 ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, com a Convenção sobre os direitos da criança de 1989, com a Convenção sobre a Diversidade Biológica de 1992, com a Convenção de Ottawa de 1997, sobre a proibição de uso, armazenagem, produção e transferência de minas antipessoais, com a Convenção de Roma que instituiu o Tribunal Penal Internacional, em 17 de julho de 1998.

Os Estados Unidos vão-se tornando assim, definitivamente, um Estado fora da lei no plano internacional.⁶⁸

Linda Bilmes, a former assistant secretary of Commerce, teaches public finance at the Kennedy School of Government at Harvard. Joseph Stiglitz is a professor at Columbia University. He won the Nobel Prize in economics in 2001

⁶⁷ *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 214-215.

⁶⁸ *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 532-533.

Não existem políticas de inclusão social idênticas para todos os países, mas temos que nos orientar por um “norte”, que deve ser parametrizado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos que são a expressão principal dos valores universais da humanidade.

Conquanto se constate essa situação nos mais diversos e diferentes países do mundo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos assinalou, na observação de Fábio Konder Comparato, a afirmação da democracia como único regime político compatível com o pleno respeito aos direitos humanos (artigos XXI e XXIX, alínea 2), não sendo mais uma opção política entre muitas outras, “*mas a única solução legítima para a organização do Estado*”.⁶⁹

Aqui se observa a expressa menção à destinação das verbas oriundas do desarmamento, quais sejam, o desenvolvimento de todos os países.

As cifras globais, seja no tocante ao acesso à comunicação, seja em relação às gritantes desigualdades sociais, demonstram, no entanto, que ainda há muito que ser feito, expresso no alerta de Fábio Konder Comparato, de que vivemos um perigoso momento histórico, em que se tenta, sistematicamente, eliminar as instituições de limitação de poder político e econômico, em âmbito mundial.⁷⁰

4.2 Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José (1969)

O Pacto de San José está em consonância com a Carta da Organização dos Estados Americanos, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

⁶⁹ Ibid., p. 231.

⁷⁰ “*Em 1960, a quinta parte mais rica da população mundial dispunha de uma renda média 30 vezes superior à dos 20% mais pobres. Em 1997, essa proporção havia mais do que dobrado: 74 a 1. Entre 1990 e 1998, 50 países conheceram uma redução no índice do produto interno bruto ‘per capita’.* Enquanto isso, em apenas cinco anos, de 1994 a 1999, a soma do patrimônio individual das duzentas pessoas mais opulentas do mundo mais do que duplicou, ao passar de 440 bilhões de dólares a 1.135 bilhões. Para melhor se apreciar o escândalo dessa acumulação de riqueza, registre-se que a renda total de 582 milhões de habitantes dos países mais pobres do planeta equivale a 10% dessa cifra. Os técnicos do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento calculam que bastaria um imposto anual de 1% sobre o patrimônio daqueles duzentos nababos para custear a educação primária de todas as crianças em idade escolar do mundo inteiro”. (Ob. cit., p. 529-530).

A similitude da Convenção Americana com a Declaração Universal é que ambos são documentos de Direitos Humanos e têm seu foco em implementar e assegurar os direitos humanos, notadamente, nos países em desenvolvimento.

Os Direitos Humanos estão ainda em fase de satisfação em muitos países que ainda não atingiram os níveis desejáveis de desenvolvimento econômico, mas o que causa mais espanto são os países que têm desenvolvimento econômico, mas não efetivam e asseguram os direitos humanos.

O instituto de direito econômico, constante nesse documento de direitos humanos consistente no direito à propriedade, ressalva que, além do uso dessa, fica condicionado ao bem-estar da sociedade, reafirmando nas Américas o instituto da função social da propriedade.

Fica estampado no artigo 21 tal instituto:

Artigo 21 - Direito à propriedade privada

1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.

2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.

3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei.

Sobre o artigo ora transcrito, segue o comentário de Fábio Konder Comparato:

Da maior importância também, no art. 21, é a disposição do §3º, determinando a punição da usura e de todas as formas de exploração do homem pelo homem. Os Harpagões do mundo contemporâneo já não são os agiotas isolados e encobertos, mas sim os controladores e dirigentes de bancos e outras instituições financeiras, que exploram organizadamente os consumidores necessitados, os agricultores e os pequenos empresários urbanos, não raro com o apoio e o incentivo das autoridades governamentais, em nome do liberalismo econômico.⁷¹

Para aqueles que defendem serem as normas aqui estudadas de baixo impacto tem-se o artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos que não deixa quaisquer dúvidas quanto à forma de interpretação que se deve ter das

⁷¹ *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 366.

normas atinentes à ordem econômica, principalmente para atingir os fins a que se destinam:

Artigo 26 - Desenvolvimento progressivo

Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente **a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos**, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

4.3 Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986)

A Carta das Nações Unidas dispôs no Capítulo IX – Cooperação Internacional Econômica e Social:

Artigo 55

Com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão:

- a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social;
- b) a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional; e
- c) o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

Artigo 56

Para a realização dos propósitos enumerados no art. 55, todos os membros da Organização se comprometem a agir em cooperação com esta, em conjunto ou separadamente.

Nessa esteira, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento é um dos mais relevantes norteadores documentos de direito humano econômico de terceira

geração, pois é ele que trata do desenvolvimento do ser humano, não somente desenvolvimento econômico, mas o desenvolvimento em geral, na perspectiva econômico-político-social-cultural.

Nas palavras de Arjun Sengupta:

A Declaração do Direito ao Desenvolvimento (1), que colocou inequivocamente ser o direito ao desenvolvimento um direito humano, foi adotada pelas Nações Unidas em 1986 por uma maioria esmagadora, com os Estados Unidos colocando o único voto contrário. Essa declaração chegou quase 38 anos após a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de acordo com a qual os direitos humanos constituem-se de direitos civis e políticos (artigos 1 a 21) e econômicos, sociais e culturais (artigos 22 a 28).⁷²

Já no preâmbulo, assevera que é necessário aos Estados promoverem a constante busca do bem-estar social sobre o viés da evolução econômico-político-social-cultural, sendo os próprios os detentores do direito de se autodeterminarem.

O preâmbulo, fruto das mãos das maiores autoridades e sensíveis às necessidades da humanidade, com pedido de vênias, não pode deixar, por sua consistência jurídica e humanitária, de ser destacado. *Verbis*:

À Assembléia Geral,

Tendo em mente os propósitos e os princípios da Carta das Nações Unidas relativos à realização da cooperação internacional para **resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário**, e para promover e encorajar o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião;

Reconhecendo que o desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes;

Considerando que sob as disposições da Declaração Universal dos Direitos Humanos todos têm direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e as liberdades consagrados nesta Declaração possam ser plenamente realizados;

Recordando os dispositivos do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos;

⁷² O direito ao desenvolvimento como um direito humano: A verdadeira liberdade individual não pode existir sem segurança econômica e independência. *Social Democracia Brasileira*, 2002.

Recordando ainda os importantes acordos, convenções, resoluções, recomendações e outros instrumentos das Nações Unidas e de suas agências especializadas, relativos ao desenvolvimento integral do ser humano, ao progresso econômico e social e desenvolvimento de todos os povos, inclusive os instrumentos relativos à descolonização, à prevenção de discriminação, ao respeito e observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, à manutenção da paz e segurança internacionais e maior promoção das relações amistosas e cooperação entre os Estados de acordo com a Carta;

Recordando o direito dos povos à autodeterminação, em virtude do qual eles têm o direito de determinar livremente seu *status* político e de buscar seu desenvolvimento econômico, social e cultural;

Recordando também o direito dos povos de exercer, sujeitos aos dispositivos relevantes de ambos os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, soberania plena e completa sobre todas as suas riquezas e recursos naturais;

Atenta à obrigação dos Estados sob a Carta de promover o respeito e a observância universais aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de qualquer natureza, tal como de raça, cor, sexo, língua, religião, política ou outra opinião nacional ou social, propriedade, nascimento ou outro *status*;

Considerando que a eliminação das violações maciças e flagrantes dos direitos humanos dos povos e indivíduos afetados por situações tais como as resultantes do colonialismo, neocolonialismo, *apartheid*, de todas as formas de racismo e discriminação racial, dominação estrangeira e ocupação, agressão e ameaças contra a soberania nacional, unidade nacional e integridade territorial e ameaças de guerra contribuiria para o estabelecimento de circunstâncias propícias para o desenvolvimento de grande parte da humanidade;

Preocupada com a existência de sérios obstáculos ao desenvolvimento, assim como à completa realização dos seres humanos e dos povos, constituídos, *inter alia*, pela negação dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, e considerando que todos os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis e interdependentes, e que, para promover o desenvolvimento, devem ser dadas atenção igual e consideração urgente à implementação, promoção e proteção dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, e que, por conseguinte, a promoção, o respeito e o gozo de certos direitos humanos e liberdades fundamentais não podem justificar a negação de outros direitos humanos e liberdades fundamentais;

Considerando que a paz e a segurança internacionais são elementos essenciais à realização do direito ao desenvolvimento;

Reafirmando que existe uma relação íntima entre desarmamento e desenvolvimento e que o progresso no campo do desarmamento promoveria consideravelmente o progresso no campo do desenvolvimento, e que os **recursos liberados pelas medidas de desarmamento deveriam dedicar-se ao desenvolvimento econômico e social a ao bem-estar de todos os povos e, em particular, daqueles dos países em desenvolvimento;**

Reconhecendo que a pessoa humana é o sujeito central do processo de desenvolvimento e que essa política de desenvolvimento deveria assim

fazer do ser humano o principal participante e beneficiário do desenvolvimento;

Reconhecendo que a criação de condições favoráveis ao desenvolvimento dos povos e indivíduos é a responsabilidade primária de seus Estados;

Cientes de que os esforços a nível internacional para promover e proteger os direitos humanos devem ser acompanhados de esforços para estabelecer uma nova ordem econômica internacional;

Confirmando que o direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável e que a igualdade de oportunidade para o desenvolvimento é uma prerrogativa tanto das nações quanto dos indivíduos que compõem as nações;

Proclama a seguinte Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento:

...

Fica patente o entendimento universal de que os direitos econômicos são gêneros dos direitos humanos, onde o primeiro serve para estabelecer os valores universais da humanidade, pois não há dignidade da pessoa humana onde não há direitos econômicos para suportar. Mais do que isso, pode haver o desenvolvimento dos direitos econômicos, mas não se resguardem os direitos humanos, nos termos do artigo 6º, item 2, onde **“Todos os direitos humanos e liberdades fundamentais são indivisíveis e interdependentes; atenção igual e consideração urgente devem ser dadas à implementação, promoção e proteção dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais”**.

O direito ao desenvolvimento, enquanto direito de terceira geração, é apresentado para garantir que a coletividade tenha assegurada, pelo Estado, a condição econômica para que o indivíduo se mantenha ativo economicamente na sociedade, possibilidade de se transmutar com os demais membros da sociedade, para que satisfaça plenamente suas necessidades. Segue o artigo 1º:

Artigo 1º

1. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

O titular do desenvolvimento é a coletividade. É ao seu entorno que tudo deve acontecer, é ela a destinatária dos programas e atividades desenvolvidas pelo

Estado. Não se pode, a qualquer pretexto, desvirtuar esta destinação. E, o balizamento é feito pela distribuição eqüitativa, nos termos do artigo 2º, do mesmo Estatuto:

Artigo 2º

1. A pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento.

2. Todos os seres humanos têm responsabilidade pelo desenvolvimento, individual e coletivamente, levando-se em conta a necessidade de pleno respeito aos seus direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como seus deveres para com a comunidade, que sozinhos podem assegurar a realização livre e completa do ser humano, e **deveriam por isso promover e proteger uma ordem política, social e econômica apropriada para o desenvolvimento.**

3. Os Estados têm o direito e o dever de formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, que visem ao constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na **distribuição eqüitativa** dos benefícios daí resultantes.

É dever do Estado promover à coletividade, em igualdade de condições, as medidas que assegurem a saudável transformação dos agentes. Não se conhece na Declaração ao Desenvolvimento *letra morta*, mas, sim, normas efetivas e que devem ser efetivadas imediatamente.

As pessoas do planeta têm direito à qualidade de vida num ambiente nacional desenvolvido:

Artigo 8º

1. Os Estados devem tomar, a nível nacional, todas as medidas necessárias para a realização do direito ao desenvolvimento e devem assegurar, *inter alia*, igualdade de oportunidade para todos em seu acesso aos recursos básicos, educação, serviços de saúde, alimentação, habitação, emprego e distribuição eqüitativa da renda. Medidas efetivas devem ser tomadas para assegurar que as mulheres tenham um papel ativo no processo de desenvolvimento. Reformas econômicas e sociais apropriadas devem ser efetuadas com vistas à erradicação de todas as injustiças sociais.

4.4 Declaração e Programa de Ação de Viena (1993)

O movimento entre o pensamento com viés ao indivíduo para o da coletividade, ou seja, a modificação do viés consubstanciado no todo para atender aos anseios da coletividade é um imperativo no planeta.

A Declaração e Programa de Ação de Viena, consoante Antônio Augusto Cançado Trindade:

fomentou avanços, nos planos normativo e processual, no *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos, sobretudo em relação, e.g., aos direitos humanos da mulher e à proteção de pessoas e grupos vulneráveis, com repercussões no direito Internacional dos Refugiados e no Direito Internacional Humanitário. Mas, apesar desses avanços, persistem alguns problemas, como o da carência – crônica, por sinal – de recursos (humanos e materiais) destinados à operação dos órgãos convencionais e dos procedimentos extra-convencionais de proteção, – problema atualmente agravado pela notória crise financeira e orçamentária do sistema das Nações Unidas.⁷³

É dever da humanidade e dos Estados promover efetivamente os direitos humanos e não apenas os colocar como uma situação possível ante a condição econômica, política, social ou cultural, ou mesmo a protelar em razão da escassez das divisas.

A imposição de efetividade do Direito ao Desenvolvimento, da democracia e dos demais direitos humanos, que asseguram dignidade às pessoas do planeta, culminou, além da elaboração de todos os documentos internacionais, na formulação do programa de ação de Viena, de 1993.

Eis os itens 5 e 6 da Carta de Viena:

5. Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.

6. Os esforços do sistema das Nações Unidas para garantir o respeito universal e a observância de todos direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas contribuem para a estabilidade e bem-estar necessários à existência de relações pacíficas e amistosas entre as nações e para melhorar as condições de paz e segurança e o desenvolvimento social e econômico, em conformidade com a Carta das Nações Unidas.

⁷³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, p. 296.

Inspirados nos documentos anteriores da ONU, fizeram questão de incluir o Direito ao Desenvolvimento como um direito universal e inalienável e parte integral dos direitos humanos fundamentais. Essa assertiva dá ao Direito ao Desenvolvimento um *status* dos mais importantes e significativos dentro dos direitos fundamentais, sendo ele o criador das políticas de Estado.

A Carta de Viena deixa patente, ainda, apesar de a extrema pobreza inibir o pleno e efetivo exercício dos direitos humanos, essa falta de desenvolvimento e não pode ser escusa que justifique o não resguardo dos direitos humanos consagrados mundialmente, como se pode ver abaixo:

10. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos reafirma o direito ao desenvolvimento, previsto na Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento, como um direito universal e inalienável e parte integral dos direitos humanos fundamentais.

Como afirma a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, a pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento.

Embora o desenvolvimento facilite a realização de todos os direitos humanos, a falta de desenvolvimento não poderá ser invocada como justificativa para se limitar os direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

Os Estados devem cooperar uns com os outros para garantir o desenvolvimento e eliminar obstáculos ao mesmo. A comunidade internacional deve promover uma cooperação internacional eficaz visando à realização do direito ao desenvolvimento e à eliminação de obstáculos ao desenvolvimento.

O progresso duradouro necessário à realização do Direito ao Desenvolvimento exige políticas eficazes de desenvolvimento em nível nacional, bem como relações econômicas equitativas e um ambiente econômico favorável em nível internacional.

...

14. A existência de situações generalizadas de extrema pobreza inibe o pleno e efetivo exercício dos direitos humanos; a comunidade internacional deve continuar atribuindo alta prioridade a medidas destinadas a aliviar e finalmente eliminar situações dessa natureza.

À constatação de que a humanidade passou por indescritíveis padecimentos, Antônio Augusto Cançado Trindade ressalta de forma otimista o atual contexto internacional em relação aos Direitos Humanos:

Com base em nossa experiência de muitos anos de reflexão e atuação no domínio do Direito Internacional dos Direitos Humanos, estamos convencidos de que a fonte *material* de todo Direito é, em última instância, a consciência jurídica universal. É esta que, em última análise, tem guiado as

entidades da sociedade civil, sensibilizado os órgãos do poder público, e impulsionado decisivamente a própria evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos em nossos tempos, em benefício de todos os seres humanos. Somos verdadeiramente privilegiados em poder testemunhar esse desenvolvimento, e dar nossa contribuição ao mesmo.⁷⁴

⁷⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, p. 293.

5. O ARTIGO 170, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, COMO MATRIZ CONSTITUCIONAL DA ORDEM ECONÔMICA

5.1 Contexto histórico e o poder originário da Constituição de 1988

O Brasil, na década de 1980, conquistou, ante os grandes esforços envidados pelas lideranças políticas e científicas do país, notadamente os juristas e pensadores da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, a tão sonhada democracia e, conseqüentemente, o direito de discutir e aprovar uma nova Constituição. “A Constituição de 1988 foi o marco-zero de um recomeço, da perspectiva de uma nova história.”⁷⁵ *Um texto constitucional é sempre uma carta de identidade nacional, e uma biografia fundamental de um Estado e sociedade concretos*.⁷⁶

Sempre pensando na realidade, e sem grandes ambições, mas com uma grande esperança e cheio de legitimidade, as pessoas começaram a participar da vida política brasileira, junto com a classe até então dominante.⁷⁷

O histórico deste país demonstra que seus legisladores sempre têm a tendência de importar textos jurídicos de outros países, como, por exemplo, o ocorrido no nosso Código Civil de 1916, inspirado no Código Napoleônico. Não foi diferente com a Constituição Federal de 1988.

O contexto de repressão que o país viveu trouxe grande preocupação aos constituintes originários que foram além das expectativas, produzindo uma Constituição com a conquista de vanguardistas direitos fundamentais, individuais e coletivos.

⁷⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.). *Interpretação Constitucional*, p. 273.

⁷⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 7.

⁷⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.). *Interpretação Constitucional*, p. 273.

Não é de se olvidar que o texto constitucional brasileiro trouxe à população a oportunidade e a possibilidade de lutar por seus direitos, agora, constitucionalmente garantidos.

5.2 O esvaziamento da eficácia constitucional

Essa profusão de garantias e direitos, principalmente, aqueles estatuídos no Título II da Constituição Federal (Dos direitos e garantias fundamentais),⁷⁸ fez com que alguns operadores do Direito imputassem àquelas normas, que não são de fácil realização, que elas fossem encaradas como normas programáticas. Note-se que o conceito de norma programática é um conceito criado pela doutrina, é uma invenção doutrinária. A Constituição não diz em nenhum dispositivo que tais normas sejam apenas e tão-somente um programa.

Têm-se como normas programáticas (na criação doutrinária) aquelas em que o constituinte não faz diretamente a regulamentação dos dispositivos ali consagrados, mas tão-somente consagram princípios, direções a serem buscadas pelos poderes públicos.⁷⁹

Nos dizeres de Maria Helena Diniz,

As normas constitucionais programáticas são as em que o constituinte não regula diretamente os interesses ou direitos nelas consagrados, limitando-se a traçar princípios a serem cumpridos pelos poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) como programas das respectivas atividades, pretendendo unicamente a consecução dos fins sociais pelo Estado.⁸⁰

⁷⁸ Uma das diferenças que devemos estabelecer é entre direitos fundamentais e direitos humanos. *“Uma primeira dessas distinções é aquela entre ‘direitos fundamentais’ e ‘direitos humanos’. De um ponto de vista histórico, ou seja, na dimensão empírica, os direitos fundamentais são, originariamente, direitos humanos. Contudo, estabelecendo um corte epistemológico, para estudar sincronicamente os direitos fundamentais, devemos distingui-los, enquanto manifestações positivas do Direito, com aptidão para a produção de efeitos no plano jurídico, dos chamados direitos humanos, enquanto pautas ético-políticas, ‘direitos morais’, situados em uma dimensão supra-positiva, deonticamente diversa daquela em que se situam as normas jurídicas – especialmente aquelas de Direito interno.* (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 40-41).

⁷⁹ DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*, p. 118.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 118.

Nesse mesmo sentido, José Afonso da Silva assevera que as normas programáticas são aquelas em que o constituinte não regulou imediatamente, restando apenas um comando para ser buscado.

Aceitando as linhas fundamentais dessa doutrina, e reservando espaço para esclarecimentos e especificações ulteriores, podemos conceber como programáticas aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais, e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.⁸¹

Jorge Miranda também vem no mesmo sentido, ao conceituar a norma programática.

As normas programáticas são de aplicação diferida, e não de aplicação ou execução imediata; prescrevem obrigações de resultados, não obrigações de meios; mais do que comandos-regras explicitam comandos-valores; conferem “elasticidade” ao ordenamento constitucional; têm como destinatário primacial – embora não único – o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em que vêm a ser revestidas de plena eficácia (e nisso consiste a discricionariedade); não consentem que os cidadãos ou *quaisquer* cidadãos as invoquem *já* (ou imediatamente após a entrada em vigor da Constituição), pedindo aos tribunais o seu cumprimento só por si, pelo que pode haver quem afirme que os direitos que delas constam, *maxime*, os direitos sociais, têm mais natureza de expectativas que de verdadeiros direitos subjetivos aparecem, muitas vezes, acompanhadas de conceitos indeterminados ou parcialmente indeterminados.⁸²

As normas programáticas seriam aquelas aplicadas de maneira mediata, já que seu resultado é futuro e não imediato, ou seja, não produzem seus efeitos imediatamente, servem para balizar as leis. Existe uma expectativa, já que não se pode afirmar que seu efeito realmente existirá, pois se traçam apenas princípios a serem cumpridos como os direitos sociais, o que não é garantia de que funcionará. Ficará inclusive a cargo do legislador analisar quando será a época ideal para se estabelecer o comando programático.⁸³

O que deveria ficar claro é que em nenhum momento o constituinte originário retira da norma constitucional seu efeito ou sua eficácia, a título de ser uma norma

⁸¹ *Aplicabilidades das Normas Constitucionais*, p. 138.

⁸² *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 442.

⁸³ *Ibid.*, p. 442.

apenas e tão-somente programática. Esse tipo de construção doutrinária pode ser uma saída para o poder público se justificar ante sua omissão injustificada na consagração dos direitos fundamentais de segunda e terceira gerações. O que parece claro é que os direitos fundamentais auto-aplicáveis por excelência, não são apenas os direitos fundamentais de primeira geração que são as liberdades. Sendo assim, tem-se que estudar e aplicar as normas constitucionais como sendo normas constitucionais que são.

Deve-se sempre afastar do texto constitucional as interpretações que vão no sentido de sua não aplicabilidade, por se entenderem programáticas. J. J. Canotilho e Vital Moreira ensinam que sempre devem ir no sentido de dar a maior efetividade ao texto constitucional. “Afastam-se quer as leituras desconstrucionistas do texto, interessadas em desvalorizar as dimensões normativas da lei fundamental, quer os discursos ou retóricas enfatizadores dos momentos ideologizantes (sic)”⁸⁴.

Basicamente, essa doutrina, com a qual não comungamos, acaba trazendo como programática vários preceitos constitucionais, podendo receber essa classificação até mesmo os direitos fundamentais. Os direitos sociais e culturais são os direitos que mais sofrem com esse tipo de classificação, por depender do Estado para sua implementação.

5.3 A aplicabilidade das normas constitucionais econômicas

A questão da aplicabilidade das normas constitucionais, assim como qualquer outra norma de Direito, merece atenção também em razão das suas particularidades. Na lição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁸⁵:

O termo **aplicabilidade** tem origem, etimologicamente, no verbo *applicare* que, por sua vez, resulta de *ad-plicare*. *Plicare* significa *dobrar* e o prefixo *ad* é uma preposição de acusativo que acompanha as circunstâncias de lugar, de proximidade, tanto no sentido espacial (onde) quanto no sentido

⁸⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 6.

⁸⁵ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*, p. 11.

temporal (quando). Daí o sentido original de *applicare* reportar-se à idéia de *enroscar, juntar* numa certa direção, envolvendo, em conseqüência, uma finalidade. Na linguagem jurídica, por isso, aplicar a norma vai significar pô-la em contato com um referente objetivo (fatos e atos). A aplicabilidade exige assim interpretação. Além disso, exige condições de possibilidade que no direito estão referidas a aspectos técnicos inerentes à estrutura das normas e da realidade normada. Na teoria jurídica, estas condições reportam-se à noção de eficácia.

Ante a dicção do *caput* do artigo 170 da Constituição Federal de 1988, recaindo sobre a disposição de 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*”, constrói-se uma verdadeira convicção doutrinária como exemplo de “*norma programática econômica*”, termo esse usado por Manoel Jorge e Silva Neto.⁸⁶

Torna-se conveniente distinguir o significado de eficácia e efetividade, cujo conceito é dado por Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

Por efetividade deve-se entender a observância verificada, a aplicação e a obediência ocorridas. A norma efetiva é a norma observada em larga extensão. Já eficácia deve ser termo relacionado com as *condições* de aplicação e obediência, portanto àquelas condições que tornam a norma aplicável e obedecível. Pode-se, assim, dizer, de uma norma, já no momento inicial de sua vigência, se ela é eficaz, ainda que não tenha ocorrido de fato o fenômeno da sua aplicação e obediência.⁸⁷

Acerca das imposições constitucionais e das normas programáticas é indispensável a leitura de José Joaquim Gomes Canotilho, que propõe:

Qualquer que seja o ponto de partida, há um relativo consenso quanto à necessidade de se superar definitivamente a «velha teoria» da «autovinculação do legislador» e de se determinar em que medida é que a constituição pode «dirigir», de forma juridicamente vinculativa, a actividade legiferante.⁸⁸

⁸⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: LTr, 2001, p. 83.

⁸⁷ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*. p. 15.

⁸⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, p. 297.

A Constituição Federal de 1988, como evidencia Lenio Luiz Streck, pode ser caracterizada como uma “Constituição social, dirigente e compromissária” e conclui ser “*absolutamente lógico afirmar que o seu conteúdo está voltado/dirigido para o resgate das promessas da modernidade*”.⁸⁹

Nessa quadra, mister trazer a ponderação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

Note-se, ademais, que a importância crescente do Estado Social no seio do constitucionalismo forçou um recrudescimento da questão da eficácia, posto que a atribuição ao Estado de responsabilidades expressas na conformação adequada da sociedade impôs o crescimento progressivo do número de normas programáticas e, em consequência, a reflexão inevitável sobre a chamada eficácia técnica, isto é, a possibilidade de a norma produzir seus efeitos jurídicos, donde a conhecida distinção entre auto-executoriedade e não-auto-executoriedade. Aqui, claramente, a questão da eficácia se define por um problema de constatar-se a existência ou inexistência de condições técnicas de possibilidade e não de efetividade verificada. Contudo, mesmo nesse caso, a mencionada circularidade dos conceitos reaparece quando se pensa na possível correlação entre eficácia social e eficácia técnica...⁹⁰

Entre o velho e o novo emerge a evolução da questão da aplicabilidade da norma constitucional, não escapando da percepção de J. J. Gomes Canotilho:

O problema da «actualidade» e «actualização» das imposições constitucionais coloca-se, assim, sob um prisma substancialmente diferente do da velha «concepção programática» das normas constitucionais. Não obstante se apontar ainda hoje um «momento utópico» a certas imposições constitucionais, estamos já longe dos «simples programas», «proclamações», «exortações morais», «declamações», «sentenças políticas», «aforismos políticos», «promessas», «determinações programáticas», «programas futuros», juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade.⁹¹

A eficácia da norma constitucional deve ser definida, pois, consoante Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

⁸⁹ *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, p. 15.

⁹⁰ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*, p. 15.

⁹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e vinculação do legislador*, p. 298-299.

(...) significa correlacionar condições técnicas e condições sociais de possibilidade com objetivos postos expressamente ou encobertos (ideologicamente). Assim, para identificarem-se as condições técnicas, levem-se em conta as noções de eficácia plena, contida e limitada (Cf. José Afonso da Silva, 1968). Para as condições sociais, devemos levar em conta as noções de eficácia global e parcial bem como as de desuso (uso) e de costume negativo (costume). Para a identificação dos objetivos, distinguimos o que chamaremos de funções eficaciais da norma, nomeadamente, a função de bloqueio, de programa e de resguardo. A correlação destes diversos termos nos permitirá distinguir graus de aplicabilidade.⁹²

Nesse contexto, é fundamental o entendimento atual acerca da norma constitucional dita programática, nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho:

Precisamente por isso, e marcando uma decidida ruptura em relação à doutrina clássica, pode e deve falar-se da «morte» das **normas constitucionais programáticas**. Existem, é certo, normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que «impõem uma actividade» e «dirigem» materialmente a concretização constitucional.⁹³

É imperativo ressaltar que não há que se falar em normas constitucionais programáticas, pois, como apresentado anteriormente pelo ilustre doutrinador português J. J. Gomes Canotilho, houve a ruptura com a doutrina clássica que defende a rotulagem de normas constitucionais, como programáticas e, com isso, a ótica sob a qual deve ser analisada e interpretada a Constituição Federal é sob o prisma da concretização dos mandamentos lá enunciados.

A conclusão não seria completa sem a precisa observação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

Muitas das normas que compõem o rol dos direitos sociais têm uma função eficaz de resguardo. Em princípio, tais normas admitem uma aplicabilidade imediata, embora a competência legislativa positivamente vinculada no referente aos meios não possa ser esquecida. Assim, diante da impossibilidade de aplicação imediata, o próprio constituinte prevê o instrumento adequado à solidariedade postulada entre o fim já articulado e o meio que lhe é complementar: o mandado de injunção. Só assim se entende, sem contradição, o disposto no artigo 5º, §1º, da Constituição Federal: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação *imediata*” em ao disposto no artigo 5º, LXXI: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a *falta* de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (grifamos).⁹⁴

⁹² *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*, p. 16.

⁹³ *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 1.102.

⁹⁴ *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*, p. 17-18.

Conquanto a doutrina apresente a norma como tendo ou não baixa eficácia⁹⁵, o fato é que sendo uma norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político, como bem ressalta J. J. Gomes Canotilho⁹⁶:

Mais do que isso: a eventual mediação concretizadora, pela instância legiferante das normas programáticas, não significa que este tipo de normas careça de positividade jurídica autônoma, isto é, que a sua normatividade seja apenas gerada pela *interpositio* do legislador; é a *positividade das normas-fim e normas-tarefa (normas programáticas) que justifica a necessidade da intervenção dos órgãos legiferantes*. Concretizando melhor, a positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente: (1) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (*imposição constitucional*); (2) vinculação *positiva* de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como *directivas materiais permanentes*, em qualquer dos momentos da actividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); (3) vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam.

Reconhecida a eficácia vinculativa às normas programáticas, esclarece J. J. Gomes Canotilho considerar-se ultrapassada a oposição estabelecida por alguma doutrina entre «*norma jurídica actual*» e «*normas programáticas*», pois todas as normas são atuais e como tais têm uma força normativa independente do ato de transformação legislativa:

Não há, pois, na constituição, «simples declarações (sejam oportunas ou inoportunas, felizes ou desafortunadas, precisas ou indeterminadas) a que não se deva dar valor normativo, e só o seu conteúdo concreto poderá determinar em cada caso o alcance específico do dito valor» (Garcia de Enterría).⁹⁷

5.4 Os direitos fundamentais

No entanto, essa teoria das normas constitucionais programáticas, não obstante esteja alicerçada em eminentíssimos doutrinadores, não deixa de ser um esvaziamento da eficácia da norma constitucional, suprimindo da lei fundamental seu cunho básico de lei verdadeira para lhe dar um carácter meramente moral e romântico.

⁹⁵ Ibid., p. 16.

⁹⁶ *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 1.102.

⁹⁷ *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 1.103.

J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, ao comentar sobre os direitos fundamentais na Constituição portuguesa ponderam:

Os direitos fundamentais não são um compartimento isolado dentro da Constituição, antes fazem parte integrante do conjunto da ordem constitucional, estando organicamente ligados aos restantes domínios constitucionais. Desde logo, os direitos fundamentais constituem uma das componentes essenciais da «decisão constituinte», referida no Preâmbulo da Constituição e definida particularmente nos seus dois primeiros artigos. Por outro lado, os direitos fundamentais formam um todo coerente com as outras componentes da «decisão constituinte», particularmente a componente democrática – «constituição política» – e a componente social – «constituição económica».⁹⁸

Sendo assim a ordem constitucional dos direitos fundamentais está ligada na Constituição política (princípio democrático) e na Constituição económica (princípio de democracia económica e social).⁹⁹ *“Em suma: a ordem constitucional dos direitos fundamentais é uma parte integrante e integrada da ordem constitucional global”*.¹⁰⁰

A sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado de maturação histórica, o que também permite compreender que os direitos fundamentais não sejam sempre os mesmos em todas as épocas, não correspondendo, além disso, invariavelmente, na sua formulação, a imperativos de coerência lógica.¹⁰¹

A Constituição é a lei fundamental de uma sociedade civilizada, e, portanto, deve ter eficácia, o que os leigos chamam de validade no plano fático, mormente quanto aos direitos fundamentais.

Nos dizeres de Willis Santiago Guerra Filho:

Para captar qualquer disposição do texto constitucional deve-se, portanto, ter em mente toda essa série de direitos fundamentais que, acima de tudo, se pretende sejam preservados no âmbito do Estado brasileiro, como base nos princípios e objetivos fundamentais declarados no Título I da CR.¹⁰²

⁹⁸ *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 306-307.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 306.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 308.

¹⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 221.

¹⁰² *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 29.

Para Alexandre de Moraes:

A constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significa mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário para a concretização da democracia. Ressalte-se que a proteção judicial é absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral.¹⁰³

Sobre o mesmo assunto, afirma Paulo Hamilton Siqueira Júnior:

Os direitos fundamentais são essenciais no Estado Democrático na medida em que são inerentes às liberdades, formando a base de um Estado de Direito. Não existe liberdade fora dos direitos fundamentais; pelo contrário, tais direitos são os pressupostos da liberdade.¹⁰⁴

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins entendem que:

A principal finalidade dos direitos fundamentais é conferir aos indivíduos uma posição jurídica de direito subjetivo, em sua maioria de natureza material, mas às vezes de natureza processual e, conseqüentemente, limitar a liberdade de atuação dos órgãos do Estado. Por esse motivo, cada direito fundamental constitui, na definição do constitucionalista alemão George Jellinek (1851-1911), um “direito público subjetivo”, isto é, um direito individual que vincula o Estado.

Dependendo da matéria, o Estado pode ser obrigado a fazer algo (exemplo: garantir o acesso de todas as crianças às escolas) ou abster-se de atuar (exemplo:¹⁰⁵ o policial não pode a princípio, ou seja, salvo exceções definidas por lei, adentrar o domicílio do indivíduo)¹⁰⁶.

E continuam,

Para compreender a função dos direitos fundamentais, deve-se imaginar a relação entre o Estado e cada indivíduo como relação entre duas esferas em interação. Os direitos fundamentais garantem a autonomia da esfera individual e, ao mesmo tempo, descrevem situações nas quais um determinado tipo de contato é obrigatório.

Tanto é importante que os direitos fundamentais recebem tratamento diferenciado no que diz respeito à sua efetividade.

¹⁰³ *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 3.

¹⁰⁴ *Direitos Humanos e Cidadania*, p. 179.

¹⁰⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 64.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 63.

Esses direitos possuem uma posição elevada na ordem jurídica, isso se levarmos em conta os demais direitos. Logo, não há porque negar-lhes efetividade.

Alexandre de Moraes elenca as seguintes características dos direitos fundamentais: imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, **universalidade**, efetividade, interdependência e complementaridade.¹⁰⁷

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, ao tratarem das características dos direitos fundamentais, indicam as seguintes: universalidade, historicidade, inalienabilidade/indisponibilidade, constitucionalização, vinculação com os poderes públicos e aplicabilidade imediata.¹⁰⁸

Esses direitos possuem uma posição elevada na ordem jurídica, isso se levarmos em conta os demais direitos. Logo, não há porque negar-lhes efetividade. Possuem as seguintes características: imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade, interdependência e complementaridade.¹⁰⁹

Imprescritibilidade de direitos fundamentais significa que são imprescritíveis, ou seja, não se perde um direito dessa natureza por um decurso de prazo.¹¹⁰ Não se admite perder um direito fundamental por um decurso de tempo.

Por inalienabilidade, devemos entender que esses direitos não podem ser transferidos, seja a título oneroso ou gratuito.¹¹¹ Não se pode dar ou vender os direitos fundamentais.¹¹² Sob esse ponto de vista, podemos afirmar que os direitos fundamentais são intransferíveis, ou seja, não há como se retirar de uma pessoa.

Inalienável é um direito ou uma coisa em relação a que estão excluídos quaisquer atos de disposição, quer jurídica – renúncia, compra-e-venda,

¹⁰⁷ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 23.

¹⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 229-243.

¹⁰⁹ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 23.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 23.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 23.

¹¹² *Ibid.*, p. 23.

doação –, quer material – destruição material do bem. Isso significa que um direito inalienável não admite que o seu titular o torne impossível de ser exercitado para si mesmo, física ou juridicamente.¹¹³

No que diz respeito à indisponibilidade dos direitos fundamentais:

[...] é de assinalar que, se é inviável que se abra mão irrevogavelmente dos direitos fundamentais, nada impede que o exercício de certos direitos fundamentais seja restringido, em prol de uma finalidade acolhida ou tolerada pela ordem constitucional. São freqüentes – e aceitos – atos jurídicos em que alguns direitos fundamentais são deixados à parte, para que se cumpra um fim contratual legítimo. A liberdade de expressão, v. g., cede às imposições de não-divulgação de segredos obtidos no exercício de um trabalho ou profissão. A liberdade de professar qualquer fé, por seu turno, pode não encontrar lugar propício no recinto de uma ordem religiosa específica. Da mesma forma, o indivíduo pode ser incluído numa situação especial de sujeição.¹¹⁴

Já a irrenunciabilidade significa que, em momento algum, esses direitos podem ser renunciados. Não é dado a uma pessoa renunciar aos direitos fundamentais. São cogentes e imperativos.¹¹⁵ Mesmo que uma pessoa expressamente declare que está renunciando aos seus direitos fundamentais, essa mesma pessoa terá plenamente garantido todos esses direitos.

Outra característica é a universalidade, ou seja, todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais, basta serem pessoas. Não há que fazer distinções em razão de sua nacionalidade, raça, sexo, credo ou qualquer outra que seja.¹¹⁶ Os direitos fundamentais são inerentes a toda e qualquer pessoa. Basta que se tenha a condição de pessoa humana, que será açambarcada pelos direitos fundamentais.

Não é impróprio afirmar que todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais e que a qualidade do ser humano constitui condição suficiente para a titularidade de tantos desses direitos. Alguns direitos fundamentais específicos, porém, não se ligam a toda e qualquer pessoa. Na lista brasileira dos direitos fundamentais, há direitos de todos os homens – como o direito à vida –, mas há também posições que não interessam a todos os indivíduos, referindo-se apenas a alguns – aos trabalhadores, por exemplo.¹¹⁷

¹¹³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 232.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 233-234.

¹¹⁵ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 23.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 23.

¹¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 230.

Por interdependência deve-se entender que os vários direitos fundamentais se interligam, como, por exemplo, o direito de locomoção e o *habeas corpus*.¹¹⁸

Tem-se a complementaridade, que impõe que os direitos fundamentais não sejam interpretados isoladamente, mas sim de forma conjunta.¹¹⁹ Todos os direitos fundamentais devem ser consagrados na sua totalidade, ou seja, deve-se olhar para todos e compatibilizar sua aplicação. Deve-se sempre considerar todos os direitos fundamentais, e não apenas um deles isoladamente, como a consagração da propriedade com a função social da propriedade.

5.4.1 A efetividade dos direitos fundamentais

Por fim, mas não por último, ainda há de se ressaltar a efetividade, a qual impõe que o poder público deve pautar-se no sentido de consagrar a efetividade desses direitos e, para isso, deve ainda estabelecer instrumentos coercitivos.¹²⁰ Aqui fica clara a obrigação positiva do Estado de criar normas, regulamentações, políticas públicas, no sentido de consagrar os direitos fundamentais. Além disso, deve cuidar para que essas normas, regulamentos e políticas públicas sejam efetivos. Para isso deve-se efetivar uma real fiscalização, bem como se utilizar todos os instrumentos normativos de que o ordenamento jurídico dispõe.

No que diz respeito a historicidade, implicaria dizer que os direitos fundamentais podem ser evocados em certas épocas, desaparecer em outras, ou até mesmo se modificar. Com isso, podemos perceber que os direitos fundamentais evoluem. Essa evolução acaba sendo fruto de lutas e conquistas das pessoas.¹²¹

O fenômeno leva Bobbio a concluir que os direitos não nascem todos de uma só vez, “nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências:

¹¹⁸ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 23.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 23.

¹²⁰ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 23.

¹²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 231.

ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitação de poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor”.¹²²

Outra característica é a constitucionalização, que quer dizer que tais direitos estão consagrados em uma ordem jurídica. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, em relação a essa característica, assim ponderam:

Se é verdade que um direito fundamental peculiariza-se por estar recepcionado por algum preceito de direito positivo, é também fato que, no direito comparado, essa técnica de recepção pode variar. No Direito brasileiro, como nos sistemas que lhe são próximos, os direitos fundamentais se definem como direitos constitucionais.

Essa característica da constitucionalização dos direitos fundamentais traz conseqüências de evidente relevo. As normas que os abrigam impõem-se a todos os poderes constituídos, até o poder de reforma da Constituição.¹²³

No que diz respeito à vinculação dos Poderes Públicos, “o fato de os direitos fundamentais estarem previstos na Constituição torna-os parâmetros de organização e de limitações dos poderes constituídos”.¹²⁴

A constitucionalização dos direitos fundamentais impede que sejam considerados meras autolimitações dos poderes constituídos – dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário –, passíveis de serem alteradas ou suprimidas ao talante destes. Nenhum desses Poderes se confunde com o poder que consagra o direito fundamental, que lhes é superior. Os atos dos poderes constituídos devem conformidade aos direitos fundamentais e se expõem à invalidade se os desprezam.¹²⁵

A próxima característica é uma das mais relevantes, qual seja: a aplicabilidade imediata.

Conforme Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco:

Verifica-se marcado zelo nos sistemas jurídicos democráticos em evitar que as posições afirmadas como essenciais da pessoa quedem como letra morta ou que só ganhem eficácia a partir da atuação do legislador. Essa

¹²² Ibid., p. 231-232.

¹²³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 235.

¹²⁴ Ibid., p. 235.

¹²⁵ Ibid., p. 235.

preocupação liga-se à necessidade de superar, em definitivo, a concepção do Estado de Direito formal, em que os direitos fundamentais somente ganham expressão quando regulados por lei, com o que expõem ao esvaziamento de conteúdo pela atuação ou inação do legislador.¹²⁶

Nosso constituinte originário, prevendo uma possível não aplicabilidade dos direitos fundamentais por conta da falta de uma eventual lei regulatória, trouxe expressamente no texto constitucional no art. 5º, § 1º, que os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata.

A Constituição brasileira de 1988 filiou-se a essa tendência, conforme lê no § 1º do art. 5º do texto, em que se diz que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. O texto se refere aos direitos fundamentais em geral, não se restringindo apenas aos direitos individuais.

O significado essencial dessa cláusula é ressaltar que as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e não meramente programático. Explica-se, além disso, que os direitos fundamentais se fundam na Constituição, e não na lei – com o que se deixa claro que é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, não o contrário. Os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são também, e sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações jurídicas.¹²⁷

É de se ressaltar que o próprio texto constitucional age no sentido de afastar “aquelas” normas ditas programáticas. Toda e qualquer norma da Constituição deve ser aplicada como norma constitucional que é. Em se tratando de um direito fundamental, essa força fica ainda maior, e surge a obrigação (constitucionalmente prevista) de aplicação imediata.

Os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob sua apreciação. Não é necessário que o legislador venha, antes, repetir ou esclarecer os termos da norma constitucional para que ela seja aplicada. O art. 5º, § 1º, da CF autoriza que os operadores do direito, mesmo à falta de comando legislativo, venham a concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa. Os juízes, mais do que isso, podem dar aplicação aos direitos fundamentais mesmo contra a lei, se ela não se conformar ao sentido constitucional daqueles¹²⁸.

Clara está a importância que os direitos fundamentais possuem no ordenamento jurídico pátrio. Essas características, além do próprio texto

¹²⁶ Ibid., p. 241.

¹²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 241-242.

¹²⁸ Ibid., p. 242.

constitucional, afirmam seu alto grau de importância e estabelecem que realmente devem ser aplicados.

Não há o mínimo sentido, até porque existe a característica e a previsão legal específica da efetividade, em enquadrar o rol constitucional dos direitos fundamentais da categoria de normas programáticas. Isto é o inaceitável esvaziamento das conquistas constitucionais atuais.

5.5 As gerações dos direitos fundamentais

Aprofundando-se no tema dos direitos fundamentais, a doutrina classifica os direitos fundamentais levando-se em conta o momento histórico no qual foram consagrados, ou seja, os direitos fundamentais de primeira geração são de primeira geração porque foram os primeiros a serem consagrados, e assim sucessivamente. É importante frisar que uma geração não guarda grau de hierarquia com outra geração. Todos possuem o mesmo grau de importância e guardam equivalência entre si.

Willis Santiago Guerra Filho propõe,

[...] A primeira geração é aquela em que aparecem as chamadas liberdades públicas, “direitos de liberdade” (*Freiheitsrechte*), que são direitos e garantias dos indivíduos a que o Estado omite-se de interferir em uma sua esfera juridicamente intangível. Com a segunda geração surgem direitos sociais a prestações pelo Estado (*Leistungsrechte*) para suprir carências da coletividade. Já na terceira geração concebem-se direitos cujo sujeito não é mais o indivíduo nem a coletividade, mas sim o próprio gênero humano, como é o caso do direito à higidez do meio ambiente e do direito dos povos ao desenvolvimento.¹²⁹

Os primeiros direitos fundamentais a serem consagrados foram as liberdades (públicas), e por isso são classificadas como sendo um direito fundamental de primeira geração. Esses direitos fazem nascer ao Estado uma obrigação negativa, ou seja, para serem consagrados basta que o Estado não invada a esfera das liberdades individuais da população.

¹²⁹ *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 43.

Assim, os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgidos institucionalmente a partir da Magna Carta e desenvolvidos conforme já verificado em item anterior.¹³⁰

Trata-se de direitos que permitem aos indivíduos resistir a uma possível atuação do Estado, [...] sendo que o indivíduo pode repelir eventual interferência estatal, resistindo com vários meios que o ordenamento jurídico lhe oferece. Estes direitos *protegem* a liberdade do indivíduo contra uma possível atuação do Estado e, logicamente, *limitam* as possibilidades de atuação do Estado.¹³¹

A essência do direito está na *proibição imediata da interferência imposta ao Estado*. Trata-se de um direito negativo, pois gera a obrigação negativa endereçada ao Estado de *deixar de fazer* algo. Trata-se de uma obrigação de *abster-se da intervenção* na esfera de liberdade garantida pela Constituição (imperativo de omissão – *Unterlassungsgebot*).¹³²

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, ao comentar sobre os direitos fundamentais de primeira geração, afirmam que tais direitos:

[...] abrange os direitos referidos nas Revoluções americana e francesa. São os primeiros a ser positivados, daí serem ditos de primeira geração. [...] Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo. São considerados indispensáveis a todos os homens, ostentando, pois pretensão universalista. [...] O paradigma de titular desses direitos é o homem individualmente considerado. Por isso, a liberdade sindical e o direito de greve – considerados, então, fatores desarticuladores do livre encontro de indivíduos autônomos – não eram tolerados no Estado de Direito liberal.

Em continuidade foram reconhecidos os direitos fundamentais de segunda geração, que são basicamente os direitos sociais, que possibilitam a consagração da igualdade real entre as pessoas. Para a consagração desses direitos, não basta que o Estado não faça nada, muito pelo contrário, o Estado tem que agir e deve fazê-lo positivamente. Essa segunda geração de direitos faz nascer ao Estado uma obrigação positiva de criar políticas públicas e efetivar sua regulamentação. Alexandre de Moraes classifica esses direitos como sendo direitos econômicos, sociais e culturais.¹³³

¹³⁰ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 27.

¹³¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 64-65.

¹³² *Ibid.*, p. 65.

¹³³ *Ibid.*, p. 27.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, ao estudar o assunto, concluíram que:

A Categoria dos direitos de *status positivus*, também chamados de direitos “sociais” ou a prestações, engloba os direitos que permitem ao indivíduo exigir determinada atuação do Estado no intuito de melhorar as condições de vida, garantindo os pressupostos materiais necessários para o exercício da liberdade, incluindo liberdades de *status negativus*. O Estado deve agir no sentido indicado pela Constituição [...]. De forma simétrica, o indivíduo tem o direito (positivo!) de receber algo, que pode ser material ou imaterial [...]. O termo “direitos sociais” se justifica porque seu objetivo é a melhoria de vida de vastas categorias da população, mediante políticas públicas e medidas concretas de política social. Mas isso não o torna um direito coletivo. Enquanto direitos públicos subjetivos, os direitos fundamentais não são só individualizáveis como, em primeira instância, direitos individuais (dimensão subjetiva).¹³⁴

Nesse contexto, as prestações estatais que têm por objetivo realizar a concretização dos direitos sociais podem ser de dois tipos: prestações materiais e prestações normativas.¹³⁵

As primeiras (prestações materiais) vêm no sentido de oferecer bens e serviços para as pessoas que não possuam condições de adquirir no mercado, como, por exemplo, educação, saúde, ou ainda fornecer serviços monopolizados pelo Estado, no caso, segurança pública.¹³⁶

No caso das prestações normativas, que constituem verdadeiras ações normativas positivas, o Estado deve criar normas jurídicas que tutelam interesses individuais. Nesse tipo de prestação, a ação do Estado não possui um valor econômico direto.¹³⁷

Como ressaltado, tais direitos encontram-se já em textos do século XVIII e XIX e foram amplamente garantidos a partir das primeiras décadas do século XX na Rússia pós-revolucionária, na Alemanha da República de Weimar e em outros países com forte presença do movimento socialista.¹³⁸

¹³⁴ *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 67.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 67.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 67.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 67-68.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 68.

*“Daí o progressivo estabelecimento pelos Estados de seguros sociais variados, importando intervenção intensa na vida econômica e a orientação das ações estatais por objetivos de justiça social”.*¹³⁹

O princípio da igualdade de fato ganha realce nessa segunda geração dos direitos fundamentais, a ser atendido por direitos a prestação e pelo reconhecimento de liberdades sociais – como a sindicalização e o direito de greve. Os direitos de segunda geração são chamados de direitos sociais, não porque sejam direitos de coletividade, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social – na maior parte dos casos, esse direitos têm por titulares indivíduos singularizados.¹⁴⁰

Já os direitos fundamentais de terceira geração, posteriormente reconhecidos, são basicamente os direitos difusos de titularidade do gênero humano. São os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que visam proteger o meio ambiente, o progresso, a paz, o desenvolvimento e até mesmo a autodeterminação dos povos.¹⁴¹

Esses direitos se particularizam por serem difusos ou coletivos, pois não tutelam a pessoa unicamente considerada, mas sim a coletividade.¹⁴² “[...] *Tem-se, aqui, o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural*”.¹⁴³

No que diz respeito à efetividade, há que se considerar o seguinte:

[...] a efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo dos sociais, constitui um dever do Estado. Deve ser realizada com medidas apropriadas (e não por meio de simples omissão de intervenção, tal como nos direitos individuais). O mesmo acontece com as garantias de instituições públicas e privadas que podem ser realizadas somente por meio do cumprimento do respectivo dever do Estado.¹⁴⁴

A lição trazida por Willis Santiago Guerra Filho¹⁴⁵,

¹³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 223.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 224.

¹⁴¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 27.

¹⁴² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 224.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 224.

¹⁴⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 76.

¹⁴⁵ *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 61-62.

No mesmo diapasão, afirma CANONITLHO peremptoriamente (ob. ult. cit., p. 132): “pode e deve-se dizer que hoje não há normas constitucionais programáticas”, no sentido em que delas se fala tradicionalmente na doutrina. Adiante, refere o mestre de Coimbra que os direitos fundamentais, por possuírem, como já vimos, igualmente uma “dimensão objetiva” – i.e., não são apenas “direitos subjetivos”, conforme enfatiza a doutrina alemã –, reconduzível a uma obrigação do Poder Público de viabilizar materialmente o exercício desses direitos, podem vir a estar consagados em normas ditas “programáticas”. Contudo, não só se deve confundir as duas dimensões, como aquela objetiva “não é menos digna e menos vinculativa que a dimensão subjetiva. Tem apenas outro carácter normativo e outro fim: servir de imposições legiferantes ou de imposições constituições fundamentadoras de um dever concreto de o Estado e poderes públicos dinamizarem, dentro das possibilidades de desenvolvimento económico e social, a criação de instituições, procedimentos e condições materiais indispensáveis à realização e exercício efetivo dos direitos fundamentais”.

Iluminadas as considerações feitas pelo professor Willis Santiago Guerra Filho que trata da eficácia plena e imediata dos direitos fundamentais, em que determina que o Poder Público promova os meios e formas para a viabilização desses direitos.

Algumas das disposições elencadas no art. 5º, da Constituição Federal, hoje entendidas como “normais”, eram impensáveis no período da ditadura, tais como os incisos I, IV, IX, XVI¹⁴⁶, entre outros.

Da mesma forma, foram consagradas também as disposições que tratam do direito à saúde, educação, moradia. Dessa maneira não se pode fomentar e nem entender como a mais relevante a parte da doutrina que se filia no posicionamento de que se, algum dia, “tudo caminhar bem”, atingir-se-ão os fins pretendidos pela Constituição Federal. Se assim fizer estará sendo retirada a força de um dispositivo constitucional.

¹⁴⁶ Assim dispõem tais incisos: “I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”.

Tem que se preservar a efetividade da política de Estado consagrada constitucionalmente em prol da população, sendo inadmissível o entendimento daqueles que advogam pela aplicação do instituto das normas programáticas.

Não se devem deixar de lado aqueles fins depositados na Constituição, mediante medidas oblíquas de efetividade. Não se pode ser inconseqüente a ponto de interpretar a Carta Magna como desobrigação dos governantes de atingirem os fins estatuidos nela própria.

Noutras palavras, aquelas normas constitucionais que, ao bel-prazer dos governantes e julgadores, forem entendidas como programáticas, os desobrigam de cumprir, o que vai em confronto com a opção constitucional e, em especial, confronta a soberania do povo, a cidadania e a democracia.

É imperativa a interpretação das normas constitucionais como afirmativas, ou seja, tudo aquilo que está definido na Constituição Federal é dever do Estado, cabendo-lhe criar as formas e meios para se atingir os objetivos constitucionais, ainda mais se falarmos de direitos fundamentais de segunda e terceira geração, que faz nascer ao Estado uma obrigação positiva no sentido de implementar essas gerações de direitos.

5.6 As formas de intervenção do Estado na economia

Conforme os níveis de intervenção do Estado, seja para deixar a economia agir livremente, seja para que a economia seja regida pelo Estado ou pela intervenção na medida em que haja necessidade, a economia fica refém e reagirá diante das maneiras de intervenção.

Segundo Fabiano Del Masso,

As normas jurídicas que regulam a atividade econômica resultam do entendimento de que o Estado possui função de equilibrar as forças de

mercado dirigindo-as a uma política que desenvolve. Assim, um grau maior ou menor de intervenção na atividade econômica é necessário para a sua operacionalidade. A identificação do grau de intervenção é que nominou o Estado liberal, o Estado socialista e o Estado neoliberal, e o critério de tal classificação está exatamente no quanto interveio o Estado na atividade econômica.¹⁴⁷

O Direito Econômico representa, hoje, o instrumento capaz de dosar o intervencionismo sem a submissão exagerada do indivíduo ao poder central ocorrida nos tempos do Mercantilismo e sem os exageros do Estado liberal absoluto, ambos capazes de colocar em perigo o meio econômico social.¹⁴⁸

Levando-se em conta a forma e a intensidade da intervenção do Estado nas relações econômicas, estabelecem-se os tipos de políticas públicas que devem ser adotadas para efetivar na prática os direitos fundamentais.

Definido o tipo de intervenção Estatal na economia, as normas que vão reger a economia terão que agir no sentido de guiar o mercado para um tipo de política desenvolvimentista. Fato é que sempre será necessária uma maior ou menor intervenção na economia, para que se possam atingir resultados. Essa intensidade de intervenção é que acabará determinando a opção do Estado face à atividade econômica.¹⁴⁹

Segundo João Bosco L. da Fonseca:

O Estado veio tendo, no correr deste século, acentuado papel no relacionamento entre o domínio jurídico e econômico. Hoje, essa atuação que vinha sendo aceita pacificamente, passou a ser questionada, de tal forma a perguntar-se qual deve ser o papel do Estado na realização do fenômeno econômico, ou, por outra forma, qual será o futuro do Estado numa economia de mercado.¹⁵⁰

Existem hoje três tipos de Estado quanto à sua intervenção. O primeiro deles é o Estado liberal ou mínimo, que praticamente não interfere na economia. Há, ainda, o chamado Estado total, que é o modelo de Estado pesado, em que se procura levar tudo para dentro do Estado, e este por sua vez interfere também de maneira mediata e imediata nas relações econômicas. Este modelo também é conhecido como Estado intervencionista. Por último, há o modelo neoliberal, no qual

¹⁴⁷ *Direito Econômico*, p. 26.

¹⁴⁸ PEREIRA, Afonso Insuela. *O Direito Econômico na Ordem Jurídica*, p. 142.

¹⁴⁹ DEL MASSO, Fabiano. *Direito Econômico*, p. 26.

¹⁵⁰ *Direito Econômico*, p. 241.

existe um encolhimento do Estado, mas este ainda permeia as relações econômicas. Em nosso ordenamento, esse modelo garante um rol de direitos mínimos para a parte supostamente mais fraca na relação.

O meio de intervenção do Estado na economia mais difundido no mundo é o modelo de Estado mínimo, o qual teve em Adam Smith um de seus grandes pensadores, que utilizava a parábola da “Mão Invisível do Estado”¹⁵¹ para explicá-lo. No mesmo sentido está a parábola da “Carreta de Abóboras”¹⁵² para ilustrar qual seria o papel ideal de intervenção do Estado. Para Juan de La Cruz Ferrer¹⁵³ é: “*El primero seria el tradicional modelo liberal. El Estado se limita a crear un orden objetivo (e imparcial) sin actuar él mismo ni orientar las líneas político-económicas, sin condicionar, ni corregir, ni planificar a los agentes económicos*”.

A parábola da “Mão Invisível do Estado” é traduzida como a intervenção mínima do Estado na economia, ou seja, os agentes econômicos, enquanto entes privados, praticam seus atos de comércio, conforme a demanda e escassez de produtos e serviços e, diante da intervenção mínima do Estado é que todo o mercado funciona. Portanto, como de uma forma invisível, no Estado liberal de economia de mercado é ele que se auto-regula.

Nesse sentido, comenta Manoel Gonçalves Ferreira Filho sobre o liberalismo,

Inspira-o o ideário econômico que Adam Smith tão bem exprimiu no famoso livro *A riqueza das nações*. Ou seja, que a satisfação das necessidades gerais da comunidade melhor se dá pela livre concorrência entre os homens que, perseguindo diretamente interesses egoísticos (o próprio lucro), logram o interesse geral, sem dele cogitarem, guiados por uma “mão invisível”. E isto em face de um Estado que não intervém no plano econômico, zelando apenas pela manutenção da ordem pública e das demais condições da competição.¹⁵⁴

¹⁵¹ Aqui o próprio mercado se auto-regularia, e com isso daria a impressão de existir uma mão invisível ditando as regras desse mercado livre.

¹⁵² As abóboras de vários tamanhos e rigidez, com o sacolejar do caminhão, vão se encaixando, uma estourando a outra que está mais fraca, até que essa carga fique o mais comprimida possível e, por fim, ocupe todos os espaços vazios que havia entre elas.

¹⁵³ FERRER, Juan de La Cruz. *Apuntes de Derecho Público Económico*, p. 79.

¹⁵⁴ *Direito Constitucional Económico*, p. 13.

De outro lado, numa economia de mercado a parábola da “Carreta de Abóboras” explicita o conflito entre os agentes econômicos que provoca a acomodação do mercado; em outras palavras, o Estado deixa todos os agentes econômicos agirem entre si e enquanto eles se incorporam, extinguem, vendem, compram, enfim, praticam seus atos de comércio, acabam por se encaixar na economia de mercado de forma uniforme.

No Estado mínimo, originalmente conhecido, a intervenção do Estado é a mínima necessária para manter o mercado em atividade e para que haja um equilíbrio entre os agentes econômicos e a economia fique equilibrada, como acontece, por exemplo, nas Ilhas Caymans, no entendimento de Luís S. Cabral de Moncada¹⁵⁵:

A tarefa do Estado não consiste, portanto, em prescrever fins para cada cidadão mas actuar [sic] de modo a cada cidadão possa alcançar livremente os seus próprios fins individuais; o Estado deve garantir para cada indivíduo uma esfera de liberdade de maneira que, dentro dela, cada um possa, segundo as suas capacidades e talento, prosseguir os fins que lhe aprouverem. O Estado liberal não se preocupa nem com a salvação da alma nem com a virtude nem com o bem-estar económico [sic], mas só com a garantia das condições externas para que cada cidadão possa prosseguir os seus fins individuais.

Outra forma de intervenção do Estado na economia é a total, onde o Estado, que é o gestor de toda a atividade econômica e dela cuida, intervém de forma a não deixar que os agentes econômicos não extrapolem ou interfiram de modo a causar danos sistêmicos ao mercado.

Cumprе esclarecer que tal forma de controle do mercado é a mais radical de todas, pois é a mão forte e presente do Estado na sua economia. Não restam dúvidas de que esta forma de atuação do Estado no mercado é a mais antiquada e opressora de todas, mas ainda presente em Cuba.

É classificada por Juan de la Cruz Ferrer¹⁵⁶ como “*economía social de mercado*”,

¹⁵⁵ *Direito Económico*, p. 21

¹⁵⁶ FERRER, Juan de La Cruz. *Apuntes de Derecho Público Económico*, p. 79.

... se caracteriza, frente al anterior, porque admite el protagonismo directo del Estado para garantizar la competencia, asegurar el mercado cuando este no existe o es defectuoso, y proporcionar en cualquier caso a todos los ciudadanos un mínimo de bienestar “que rebasa las posibilidades del mecanismo del mercado”.

Por fim, a última classificação das formas de intervenção do Estado na economia é a do Estado necessário, que basicamente é o Estado regulador das atividades econômicas classificadas como atividade pública.

A concepção espanhola desta forma de intervenção do Estado na economia é, nas palavras de Juan de la Cruz Ferrer¹⁵⁷:

La tercera modalidad, *economía dirigida de mercado*, añade a lo anterior dos cosas: 1) que en muchos casos la autorregulación del mercado, aunque éste exista, es insatisfactoria socialmente y debe ser corregida por la acción del Estado; y 2) que hay objetivos nacionales que no se deben dejar al “libre” juego del mercado, sino que el Estado debe asegurarlos mediante la planificación, que aunque no sea jurídicamente coactiva, debe condicionar, estimular o encauzar la acción empresarial privada hacia la realización de los planes nacionales. Este último modelo de Estado es intervencionista, dirigista y planificador.

Muito se estuda sobre o que é atividade pública, mas não há um consenso geral sobre o conceito do que seja atividade pública. Sucintamente, o único conceito seguro é o de que é tudo aquilo que o Estado retira da economia e diz que é atividade pública. Antigamente, os serviços de carruagens eram considerados públicos. Isso demonstra que o Estado é quem sente a necessidade e declara um serviço como sendo público.

É imperativa a participação dos órgãos reguladores para o enquadramento e regência das atividades reguladas, pois é o Estado o responsável por responder à coletividade pela boa equação do mercado.

Não obstante isso, a responsabilidade de cada agente regulador na execução das políticas públicas determinadas pelo Estado traduz-se na expectativa depositada no órgão responsável, pois é ele quem fará a calibragem da necessidade de intervenção do Estado na economia, para que se tenha uma plenitude na prestação do serviço público à coletividade.

¹⁵⁷ Ibid., p. 79-80.

Esta forma de intervenção do Estado é sobejamente utilizada nos países da Europa, bem como é a opção constitucional do nosso país, conforme o artigo 174¹⁵⁸, da Constituição Federal.

Muitos doutrinadores desenvolvem o estudo do direito econômico sob a perspectiva da Escola de Chicago, que ficou conhecida pelos trabalhos desenvolvidos pelo professor Richard Posner, cuja linha de pensamento é a da análise econômica do direito.

5.7 A análise econômica do Direito – Escola de Chicago versus Capitalismo Humanista

A Escola de Chicago ou “Nova” Escola de Chicago surgiu em contraposição a essa mesma, nos anos 1920 e 1950, representada por alguns autores que viam o monopólio como algo nocivo à sociedade; esse termo é usado para descrever os vários tipos de visões existentes quanto à política antitruste.

¹⁵⁸ Art. 174 da Constituição Federal: *“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”.*

O termo Doutrina ou Escola de Chicago – também denominada por alguns autores, tais como Audretsch e Shepherd (1998), como “Nova” Escola de Chicago ou Efficiency School, em contraposição aos trabalhos oriundos dessa Escola entre os anos 20 e 50, representados por autores tais como Frank Knight, Henry Simons e Jacob Viner, que viam o monopólio como um fenômeno nocivo à sociedade e presente em diversos mercados – no ambiente antitruste é empregado para descrever um conjunto de visões a respeito das políticas antitruste, desenvolvido a partir dos trabalhos de Aaron Director nos anos cinquenta e posteriormente consolidado por diversos autores, tais como Bowman, McGee, Telser e Stigler”.¹⁵⁹

A Escola de Chicago traz para o antitruste, de forma indelével, a análise econômica, instrumento de uma busca maior: a eficiência alocativa do mercado, que sempre beneficia os consumidores. Esse fato é verdadeiro esteja o agente econômico em posição monopolista ou sujeito à competição. Os principais institutos antitruste passam a ser pensados em termos de “eficiência alocativa”. Sob esse prisma, as concentrações (e o poder econômico dela deriva) não são vistas como um mal a ser evitado, os acordos verticais passam a ser explicados em termos de eficiência e ganho para os consumidores.¹⁶⁰

Insta salientar que o trabalho desenvolvido pela Escola de Chicago é brilhante, para os Estados Unidos da América.

O pensamento da Escola de Chicago é trazido por Robert Bork¹⁶¹,

(O) Crescimento interno (das empresas), em mercados de grande porte, tornou-se perigoso. O crescimento mediante fusões com concorrentes é praticamente impossível, assim como a aquisição de clientes ou fornecedores. Descartaram-se, inclusive, aquisições que tenham por objetivo a entrada em novos mercados, porque a lei corporifica uma mitologia sobre os perigos de concentrações conglomeradas. Associações de cooperação entre empresas independentes são proibidas em razão de uma indevida aplicação da divulgada política contra fixação de preços e divisão de mercado. O Tribunal destruiu as formas mais úteis das quais o fabricante poderia lançar mão para controlar a distribuição de seus produtos, impondo formas mais custosas de acesso ao público. O Tribunal, desnecessariamente, tem determinado regras sobre o comportamento dos preços que acabam por aumentá-los, tornando os mercados menos eficientes para alocar os recursos da sociedade.

Para o enquadramento do pensamento da Escola de Chicago e a sua aplicação no Brasil, faz-se necessária a ponderação de que o Brasil, constitucionalmente considerado, é capitalista.

O artigo que movimenta a ordem econômica, 170, da Constituição Federal, assegura a liberdade de iniciativa e tem a propriedade privada como seu princípio.

¹⁵⁹ FAGUNDES, Jorge. *Fundamentos Econômicos das Políticas de Defesa da Concorrência*, p. 196-197.

¹⁶⁰ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*, p. 160.

¹⁶¹ Apud FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*, p. 161.

Além disso, garante a propriedade privada e o direito à herança, como direitos fundamentais.

Não obstante isso, o viés do nosso capitalismo é diferenciado, pois não se trata de um capitalismo selvagem, mas, sim, de um capitalismo social ou, como bem ponderado pelo prof. Ricardo Sayeg, capitalismo humanista.

Com efeito, a escola humanista de Direito Econômico compreende a concepção de que a sociedade brasileira está a exigir de cada um desses atores, *per se* e no seu conjunto, que incorporem uma sólida formação de Direito, nas disciplinas básicas, fundamentais e de especialização, com uma nítida vocação globalizada. Tais elementos levá-lo-ão à habilitação moderna de Homem de Estado (Magistrado, membro do Ministério Público, etc.), ou de Profissional Privado (Advogado, Docente, etc.), orientador jurídico e influenciador no Brasil e nas relações internacionais, das pessoas, das empresas, da comunidade, da economia e do Estado, sempre com ampla consciência de seu compromisso com o ideal de servir à Justiça e à comunidade na tutela ampla e irrestrita dos fundamentos constitucionalmente consagrados do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil e dos valores universais da Humanidade.¹⁶²

Essa opção constitucional fica evidente quando se depara com o conteúdo do art. 170, *caput*, da Constituição Federal: “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:”

O postulado de livre iniciativa, portanto, tem uma conotação normativa positivada, significando a liberdade garantida a qualquer cidadão, e uma outra conotação que assume viés negativo, impondo a não intervenção estatal, que só pode se configurar mediante atividade legislativa que, acrescente-se, há de respeitar os demais postulados constitucionais e não poderá anular ou inutilizar o conceito mínimo de livre iniciativa.¹⁶³

O legislador, no caso de se estar em uma economia livre de mercado, poderia muito bem ter redigido tal dispositivo da seguinte forma: A ordem econômica, fundada na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, observados os seguintes princípios. Mas não o fez.

¹⁶² PINTO, Nelson Luiz; FINKELSTEIN, Cláudio; SAYEG, Ricardo Hasson; CEZAR, Leonel. Manifesto de Instituição da Escola Humanista de Direito Econômico. *Revista de Direito Internacional e Econômico*, n.1, p. 10, out./dez.2000.

¹⁶³ TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*, p. 248.

Os pontos marcantes e definidores de tal entendimento estão na valorização do trabalho humano e a observação de se atender aos ditames da justiça social. Notem-se as palavras de Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

O que se diz da valorização do trabalho humano como fundamento da Ordem Econômica vale também para a livre iniciativa. Afirmar a livre iniciativa é acreditar na liberdade como fundamento da Ordem Econômica. É acreditar na autonomia empreendedora do homem na conformação da atividade econômica, é aceitar sua intrínseca contingência e fragilidade, é preferir uma ordem aberta ao fracasso a uma estabilidade certa e “infalivelmente” eficiente.¹⁶⁴

Cumprir ressaltar que essa norma, sem sombra de dúvidas, deve ser encarada como um mandamento a ser seguido e atingido, de forma afirmativa. Portanto, a ordem econômica deve atender a esses dois mandamentos.

Valorização do trabalho humano e reconhecimento do valor social do trabalho consubstanciam cláusulas principiológicas que, ao par de afirmarem a compatibilização – conciliação e composição – a que acima referi, portam em si evidentes potencialidades transformadoras. Em sua interação com os demais princípios contemplados no texto constitucional, expressam prevalência dos valores do trabalho na conformação da ordem econômica – prevalência que José Afonso da Silva reporta como prioridade sobre os demais valores da economia de mercado. Poderão contudo – e aí o temor de Raul Machado Horta – se tanto induzido pela força do regime político, reproduzir em atos, efetivos, suas potencialidades transformadoras.¹⁶⁵

Com isso, a Constituição Federal assegura a livre iniciativa, mas uma livre iniciativa coordenada na valorização do trabalho humano, ou seja, que atenda a esse mandamento constitucional que garante a defesa contra a exploração primária do homem pelo homem.

¹⁶⁴ Direito e Cidadania na Constituição Federal. *Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 47-48, p. 11-27, jan./dez. 1997. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev1.htm>

¹⁶⁵ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 179.

Os dois fundamentos são, porém, distintos. A “livre iniciativa” é um modo qualificado de agir, presente em todos os momentos, já perfeita e acabada naquilo em que consiste: a iniciativa não se torna mais ou menos livre; como fundamento, ou há ou não há livre iniciativa; já no caso da “valorização do trabalho humano”, o acento está na “valorização”, portanto num ato de apreciar e fazer realizar o que se considera bom: o trabalho humano.¹⁶⁶

Tal manifestação de impossibilidade de exploração do homem pelo homem é manifestada não só na Constituição Federal, mas, também, em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, tais como a Carta de Viena, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto de San José da Costa Rica.

Esses textos são explícitos quanto à necessidade de as nações garantirem a preservação da valorização do trabalho humano, caso contrário essa exploração do trabalho seria muito mais forte do que já é.

Com efeito, a garantia da valorização do trabalho humano deve ser atendida e encarada como indissociável da livre iniciativa. Portanto, não se pode encarar o Brasil como uma economia livre de mercado, pois não é este o mandamento constitucional.

A valorização do trabalho humano é o Estado preservando a coletividade, pois, a forma mais forte de fazer com que o homem se vergue é pelo poder econômico.

Além disso, a forma de subjugação do homem pelo homem sofreu o efeito da globalização, que hodiernamente atingiu completamente a economia mundial, notadamente, pela crise por que passa o mercado imobiliário americano e as economias de todos os países; mesmo aqueles mais estáveis sofrem seus efeitos.

Essa forma de exploração ultrapassa as fronteiras dos países quando se atenta para o fato de que grandes empresas, reconhecidas mundialmente, produzem seus artigos em países onde a exploração da mão-de-obra humana é

¹⁶⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Direito e Cidadania na Constituição Federal. *Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 47-48, p. 11-27, jan./dez. 1997. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev1.htm>

preponderante, com jornadas de trabalho de 18 horas diárias, em condições de semi-escavidão ou de completa escavidão.

Mas há no mundo contemporâneo uma forma perversa de considerar o trabalho que, ao invés de valorizá-lo, o degrada. Trata-se do trabalho dominado pela necessidade pura e simples de sobreviver, de satisfazer a busca insana de multiplicação do mercado, e não de criar o mundo intermediário humano. Este trabalho se desumaniza porque deixa de ser produtivo no sentido de ter resultados ao final da atividade. Pois a atividade que o caracteriza passa a ser um processo sem fim, que só se acaba quando se chega à exaustão da “força de trabalho”. Este é o “trabalho” realizado por máquinas e animais, por bens, em geral, que o direito tributário permite sejam depreciados e abatidos na renda empresarial. Uma máquina ou um animal não vêm cessado o seu “trabalho” quando o produto está pronto, ao contrário do homem que é capaz, como o Deus bíblico, de olhar, ver que está bom e, ao concluir sua obra, descansar.¹⁶⁷

Com isso, o poderio econômico dessas empresas continua elevado e a forma com que fabricam seus produtos, em uma visão completamente capitalista, visa somente ao lucro.

Não é esta a opção do Brasil, conforme já exposto anteriormente, também porque o artigo motriz da ordem econômica determina que o fim a que se deve atingir é a justiça social.

Esses ditames da justiça social é que devem pautar a forma pela qual a ordem econômica deve ocorrer; não é possível atingir a plenitude da sociedade se não se atentar para a justiça social.

O objetivo da Ordem Social é o próprio bem-estar social e a justiça social. A primeira deve garantir que o processo econômico, enquanto produtor, não impeça, mas, ao contrário, se oriente para o bem-estar e a justiça sociais. A segunda não os assegura, instrumentalmente, mas os visa, diretamente. Os valores econômicos são valores-meio. Os sociais, valores-fim.¹⁶⁸

¹⁶⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Direito e Cidadania na Constituição Federal. *Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 47-48, p. 11-27, jan./dez. 1997. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev1.htm>

¹⁶⁸ Ibid., São Paulo, n. 47-48, p. 11-27, jan./dez. 1997. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev1.htm>

A justiça social aqui compreendida não é aquela do *welfare state*¹⁶⁹, mas, sim, aquela concebida a asseguradora do mínimo vital, constitucionalmente considerada em seu artigo 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Essa justiça social é aquela que deve ser garantida ou perseguida pelos agentes econômicos e, no nosso Estado de intervenção necessária, o governante deve ter como norte esse preceito constitucional.

Toda essa percepção gira ao entorno do conteúdo de Direito Econômico, que nada mais é do que a regência jurídica da economia, que tem como sua finalidade dar os instrumentos e meios para que a população que está abaixo da linha da pobreza seja elevada como economicamente ativa.

O movimento que deve ser perseguido pelo Direito Econômico são os meios de inclusão e re-inclusão social e econômica dessa população que não tem o mínimo vital.

A Análise Econômica do Direito, desenvolvida pela Escola de Chicago, tem como eixo principal a economia de mercado: a única obrigação do Estado é de promover os meios para que as transações fluam de forma escorreita e, a partir daí, por conta de cada agente econômico finalizar as transações.

O efeito causado por essas transações, que se dará de forma proporcionada com os interesses individuais, trará os benefícios sociais de que o Estado precisa, mas sem custo, pois ele não participou, mas, sim, organizou a transação.

Como asseverado por Adam Smith¹⁷⁰, “*Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro ou do padeiro que esperamos nosso jantar, mas da consideração que eles têm pelo seu próprio interesse*”.

¹⁶⁹ Estado do bem-estar social.

¹⁷⁰ SMITH, Adam. *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*, p. 20.

Diante disso pode-se concluir que a Análise Econômica do Direito é plenamente integrada aos países liberais, entretanto, ao Brasil que é país de intervenção necessária, constitucionalmente considerado, não se aplica essa Teoria da Escola de Chicago.

6. ORDEM ECONÔMICA

6.1 Conceito e abrangência

A ordem econômica é o conjunto de normas e regras, constitucionais, infraconstitucionais, que modelam a forma de intervenção do Estado na economia.

Nas palavras de André Ramos Tavares,

A expressão “ordem econômica” tem sido empregada juridicamente para fazer denotar a parcela do sistema normativo voltada para a regulação das relações econômicas que ocorrem em um Estado. Seria, pois, ordem jurídica da economia.¹⁷¹

Já para Fabiano Del Masso,

A ordem econômica é uma representação estrutural cuja finalidade é organizar a realização da atividade econômica em determinada comunidade. Para tal finalidade a ordem contempla alguns princípios que a informam e que deverão circunscrever os limites da legislação a ser criada. A interpretação de qualquer norma que compõe a ordem econômica induzirá a um dos vários princípios nela previstos. Da mesma maneira a ordem econômica existe devido aos seus fins, que nela deverão constar expressamente. A ordem econômica, na verdade, corresponde também à coerência do regime de regras criadas para regular determinados aspectos da atividade econômica.¹⁷²

A expressão ordem econômica seria uma espécie de organização econômica, em um sistema econômico, que é regulado juridicamente. Seria a estruturação de seus elementos, que formariam a ordem econômica.¹⁷³

A ordem econômica tem o fim de regular as regras e princípios existentes nas atividades econômicas nelas constantes.

¹⁷¹ *Direito Constitucional Econômico*, p. 82.

¹⁷² *Direito Econômico*, p. 35.

¹⁷³ TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*, p. 83.

A ordem econômica, portanto, não impõe seus princípios à prática dos atos capazes de garanti-la, indicando-os como “referências harmoniosas”. A efetivação depende de sua adoção, porém não oferece a “força” que só a “norma jurídica” possui e que se tornará “força cogente” quando seja transformada em “Lei”.¹⁷⁴

Para Nelson Nazar, a ordem econômica possui três sentidos: “*modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; conjunto de todas as normas (morais, jurídicas e religiosas) sobre o comportamento dos sujeitos econômicos; e o conjunto das normas jurídicas da economia*”.¹⁷⁵

Temos ainda os principais objetivos da ordem econômica, que vêm a ser: progresso econômico, estabilidade econômica, justiça econômica e liberdade econômica.¹⁷⁶

O primeiro objetivo (progresso econômico) seria o “[...] *aperfeiçoamento, maior racionalidade ou maior eficiência e aproximação das metas traçadas pelos governos de cada Estado*”.¹⁷⁷ Esse aspecto não diz respeito somente à economia, ou seja, também abrange questões não econômicas, como, por exemplo:

[...] a utilização controlada de recursos escassos da comunidade, combate à deterioração ambiental, à decadência e ao congestionamento das grandes cidades, controle sobre o rápido esgotamento de recursos não renováveis, combate à destruição do verde, do aumento dos índices de criminalidade, das pressões inflacionárias, da degradação social [...].¹⁷⁸

Outro objetivo é a estabilidade econômica, que:

[...] diz respeito a eliminação das flutuações do nível de renda e emprego, que são uma das maiores vulnerabilidades do sistema de mercado; bem como a estabilidade monetária, ou seja, a manutenção, dentro de determinados limites, do poder de compra da moeda, a fim de evitar processos inflacionários ou deflacionários mais agudos, provocando disfunções no mecanismo de emprego de recursos e, ainda, efeitos perversos sobre a distribuição de renda [...].

¹⁷⁴ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*, p. 179.

¹⁷⁵ *Direito Econômico*, p. 38.

¹⁷⁶ SILVA, Américo Luís Martins da. *A Ordem Constitucional Econômica*, p. 4.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 4.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 4.

O terceiro objetivo da ordem econômica é a justiça econômica, que vem no sentido de uma distribuição de renda, que visa à diminuição das desigualdades sociais, melhorando o nível de vida de todas as pessoas.¹⁷⁹

No que tange à liberdade econômica, Américo Luís Martins da Silva nos ensina que “[...] a intervenção do Estado na Economia se dá de maneira a restringir a liberdade individual do particular; em virtude disso, a liberdade econômica é puramente residual [...]”.¹⁸⁰

O eixo central da ordem econômica é o artigo 170 da Constituição Federal, entretanto, o artigo 174 traz qual é a forma de intervenção do Estado na economia, asseverando que é indicativa para o setor privado e determinante para o setor público.

Outro dispositivo constitucional integrante da ordem econômica é o artigo 219, da Constituição Federal, que é taxativo ao dizer que o mercado integra o patrimônio nacional.

Esse artigo é determinante para o entendimento e interpretação das legislações antitruste infraconstitucionais, pois, se o mercado é patrimônio nacional, o titular do mercado é a coletividade.

Além das normas constitucionais, a legislação antitruste infraconstitucional que integra a ordem econômica está contida nas leis nº 8.137/90 e nº 8.884/94.

A primeira define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.

A segunda transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.

Segundo Nelson Nazar,

¹⁷⁹ SILVA, Américo Luís Martins da. *A Ordem Constitucional Econômica*, p. 4.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 4.

A ordem constitucional econômica, do sentido geral para o particular, vai ensejar na legislação infraconstitucional o conhecimento de diversas leis: Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), Lei nº 8.137/1990 (Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica, e Contra as Relações de Consumo), Lei nº 8.176/1991 (Crimes contra a Ordem Econômica), e, em especial, Lei nº 8.884/1994 (Infrações à Ordem Econômica e Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE).¹⁸¹

6.2 A ordem econômica constitucional

O conjunto de normas constitucionais econômicas está inserido no Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira; Capítulo I – Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica.

Tem-se aqui a chamada ordem econômica constitucional, que “[...] *seria o conjunto de normas que realizam uma determinada ordem econômica no sentido concreto, dispondo acerca da forma econômica adotada*”.¹⁸² No ponto de vista de Nelson Nazar, a ordem econômica constitucional seria “[...] *a expressão que indica o local, na Constituição, onde serão encontradas disposições que tratam da ordem econômica (mundo do ser)*”.¹⁸³

O comando principal da ordem econômica é o artigo 170, da Constituição Federal, que traz os fundamentos, finalidades, ditames de conformidade e seus princípios.

Com efeito, o fundamento da ordem econômica está configurado no *caput* do art. 170, que estabelece a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa.

Para José Afonso da Silva,

[...] 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

¹⁸¹ *Direito Econômico*, p. 42.

¹⁸² TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*, p. 83.

¹⁸³ *Direito Econômico*, p. 40.

valer os valores sociais do trabalho, que, ao lado da livre iniciativa, constituem um dos fundamentos não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil (art. 1º, IV).¹⁸⁴

Note-se que o princípio da livre iniciativa é um princípio inerente ao capitalismo. Apesar de o Brasil ser capitalista, é um capitalismo que não é puro, pois ele deve se compatibilizar e olhar para a valorização do trabalho humano. É capitalista, sim, mas deve cuidar da valorização do trabalho humano. Não é dado retirar a valorização do trabalho humano em nome de um pseudo-desenvolvimento. Todo desenvolvimento econômico deve valorizar o trabalho humano. Tem que compatibilizar tais dispositivos.

Também no mesmo *caput*, assevera-se que a finalidade da ordem econômica é assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Note-se aqui que a finalidade da ordem econômica brasileira é “finalista”. Busca-se atingir essa finalidade, que é assegurar a todos um nível de vida digno, conforme os ditames sociais.

Não obstante isso, os princípios lá estão estampados nos incisos. Aqui o movimento é inverso. O *caput* determina que a ordem econômica se funda na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano, ou seja, determina o caráter capitalista, valorizando o trabalho humano. Diz ainda que esse país capitalista que olha para o trabalho humano tem uma finalidade, que é garantir a todas as pessoas uma existência digna, nos moldes da justiça social. Entretanto, estabelece alguns princípios. A lógica aqui seria no sentido de que, ao se implementar os princípios, se estaria implementando o *caput*. Então, uma das formas de implementar a finalidade da ordem econômica seria fortalecer e fazer valer o que está disposto nos incisos, que são os princípios.

¹⁸⁴ *Comentário Contextual à Constituição*, p. 709.

- I- soberania nacional;
- II- propriedade privada;
- III- função social da propriedade;
- IV- livre concorrência;
- V- defesa do consumidor;
- VI- defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
- VII- redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII- busca do pleno emprego;
- IX- tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, constituídas sob as leis brasileiras, e que tenham sua sede e administração no País.

Tanto os fundamentos, quanto as finalidades, quanto os ditames de conformidade e os princípios da ordem econômica serão tratados em capítulos e itens, separadamente e de forma mais profunda. Portanto, aqui, foram apenas exemplificados.

Além disso, um dos artigos trata do balizamento e da forma de atuação do Estado na economia, pelo setor público e privado, clarificado no art. 174, da CF:

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.

§ 1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

§ 2º - A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

§ 3º - O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§ 4º - As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.

A autorização dada pelo constituinte ao Estado para ser o agente normativo e regulador da atividade econômica fundamenta qual é a forma de intervenção que o Estado deve ter, pois, no complemento do texto, diz que deve ser determinante para o setor público e indicativa para o setor privado.

Como se sabe, a forma como o Estado intervém na economia é fator determinante para o seu desenvolvimento, pois os investidores estrangeiros levam em consideração as garantias fundamentais dos países onde aportarão suas divisas.

José Afonso da Silva entende que:

A intervenção por via de regulamentação da atividade econômica surgiu como pressão do Estado sobre a economia para devolvê-la à normalidade. *Normalidade*, então, consistia em manter um regime de livre concorrência; por isso as primeiras formas de intervenção manifestaram-se através de um conjunto de medidas legislativas que intentavam restabelecer a livre concorrência. Nesse sentido é o texto que embasa a legislação repressora do abuso do poder econômico [...]. Hoje existem muitos outros objetivos da regulamentação econômica, mediante a qual se disciplinam os preços, o consumo, a poupança e o investimento.¹⁸⁵

No que diz respeito à fiscalização da atividade econômica, ela possui a finalidade de controlar e fazer implementar o cumprimento das determinações. José Afonso da Silva ensina que:

A fiscalização, aqui, como toda fiscalização, pressupõe o poder de regulamentação, pois ele visa precisamente a controlar o cumprimento das determinações daquele e, sendo o caso, apurar responsabilidades e aplicar penalidades cabíveis. Não fora assim, o poder de fiscalização não teria objeto.¹⁸⁶

¹⁸⁵ *Comentário Contextual à Constituição*, p. 721.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 722.

O planejamento é um processo que visa buscar uma transformação da realidade no sentido de pôr em prática alguns objetivos e metas estabelecidos.¹⁸⁷ Nas palavras de José Afonso da Silva, “o planejamento, em geral, é um processo técnico instrumentado para transformar a realidade existente no sentido de objetivos previamente estabelecidos”.¹⁸⁸

Daí porque sustentamos que o cunho humanista no capitalismo constitucional brasileiro lhe impinge ditames de conformidade com uma perspectiva política, social e cultural, que em última *ratio* são direitos humanos de terceira geração e, via de consequência, direitos fundamentais efetivos que não admitem ser esvaziados à categoria de normas programáticas.

Todavia, não se nega a realidade. Estamos em economia de mercado, assim como o resto do mundo globalizado.

As economias de mercado que detêm maior parte do poderio econômico agem em bloco nos mercados emergentes, normalmente com fins especulativos.

Tal movimento impôs forte impacto na economia mundial nos anos 1990, trazendo à tona os efeitos negativos da globalização.

A globalização econômica é a integração e a velocidade de movimento do capital na economia mundial, por intermédio de suas bolsas de valores e a transferência de *commodities*¹⁸⁹ para os títulos de tesouro de países estáveis.

A expressão “globalização econômica” refere-se à crescente interligação dos mercados nacionais através do aumento da circulação entre eles de bens, serviços e capitais, induzida pela redução de tarifas e de barreiras não-tarifárias sobre esses fluxos e, ainda, por alterações tecnológicas que permitem a instantânea transmissão de dados e informações entre os mercados distantes.

¹⁸⁷ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*, p. 722.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 722.

¹⁸⁹ *A acepção original da palavra commodity advém de consumo humano, entretanto, atualmente, segue especificações padronizadas, sendo negociadas em grandes quantidades.*

Esse movimento em bloco da economia mundial provocou várias crises mundiais no mundo, tais como no México (Efeito Tequila), Rússia (Efeito Vodca), Ásia (Crise dos Tigres Asiáticos) e Argentina (Efeito Tango).

As políticas do Consenso de Washington davam pouca atenção à desigualdade, pois acreditavam que tais políticas eram importantes para a manutenção da coesão social, e que esta era necessária para oferecer um clima favorável a investimentos e crescimento. De maneira mais ampla, enquanto as políticas do Consenso de Washington enfatizavam um papel minimalista para o governo, no Leste Asiático os governos ajudaram a formar e direcionar mercados.¹⁹⁰

Como a principal característica da globalização econômica é a velocidade das transações financeiras, que acontecem em tempo real, é possível tomar como exemplo o indicativo de queda da Bolsa de Tóquio, com o qual já se poderia prever que todo o dia, no resto do mundo, seria catastrófico.

O Fundo Monetário Internacional tomou algumas medidas para que se tentasse solucionar a crise, saldando assim as dívidas nos mercados. Com isso, também, estavam inclusas algumas reformas, mudanças na estrutura econômica. No Leste Asiático, além dessas medidas adotadas pelo FMI, também foram impostas algumas transformações tanto políticas quanto econômicas.

O Fundo Monetário Internacional vinculou o dinheiro emprestado a certas condições, num pacote em que se deveriam retificar os problemas que causaram a crise. São esses outros ingredientes, tanto quanto o dinheiro, que deveriam persuadir os mercados a rolar suas dívidas, e persuadir especuladores a procurar alvos fáceis em outros lugares. De maneira geral, os ingredientes incluem taxas de juros mais elevadas (no caso do Leste Asiático, taxas de juros muito mais altas), cortes nos gastos do governo e aumento de impostos. Também estão incluídas “reformas estruturais”, ou seja, mudanças nas estruturas da economia, que, acredita-se, estão por trás dos problemas do país. No caso do Leste Asiático, não só foram impostas condições que determinavam altas nas taxas de juros e cortes nos gastos como condições adicionais exigiam que os países realizassem transformações políticas e econômicas, grandes reformas, como o aumento da abertura e transparência, e aperfeiçoassem as regulamentações do mercado financeiro, bem como reformas menores, como a abolição do monopólio do cravo-da-índia na Indonésia.¹⁹¹

¹⁹⁰ STINGLITZ, Joseph E. *A Globalização e seus Malefícios*, p. 128.

¹⁹¹ *Ibid.*, p.132.

Hoje a Malásia encontra-se em uma situação muito melhor que aqueles países que seguiram os conselhos do Fundo. Havia poucas evidências de que os controles de capital desencorajassem os investidores estrangeiros. O investimento estrangeiro de fato aumentou. Como os investidores se preocupam com a estabilidade de um país e como a Malásia fez um trabalho muito melhor que qualquer um de seus vizinhos para manter essa estabilidade, ela conseguiu atrair investimentos.¹⁹²

Tais conseqüências da globalização econômica somente poderiam desaguar no colapso do sistema financeiro-econômico do mundo, onde os países que foram origem das crises econômicas sofreram os grandes impactos, que por pouco não foram catastróficos.

Foram adotadas duas formas de recuperação dos Estados atingidos, a primeira com o apoio do Fundo Monetário Internacional, seguindo sua cartilha de economia liberal ou praticando suas políticas internas de Estado intervencionista ou “semitotal”, principalmente na crise asiática, onde surtiram os resultados pretendidos.

A China e a Rússia usaram estratégias totalmente diferentes. A China começou fazendo uma espécie de privatização na agricultura, que era parcial, ou seja, as pessoas compravam e vendiam, mas, não de forma desregrada, e mesmo assim lucravam com isso. Dessa forma, tem-se um balanço positivo da medida tomada pela China que não parou por aí, resolvendo por fazer uma reforma em toda a economia.

O contraste entre as estratégias adotadas pela China e pela Rússia não poderia ser mais claro, e ele começou com os primeiros movimentos ao longo do caminho para a transição. As reformas da China começaram na agricultura, com o movimento do sistema de produção da comuna (coletivo) na agricultura para o sistema de “responsabilidade individual” – que, na realidade, nada mais é que uma privatização *parcial*. Não foi uma privatização completa – as pessoas não podiam comprar ou vender terras livremente; mas os ganhos na produção mostraram quanto poderia ser ganho mesmo com reformas parciais e limitadas. Essa foi uma realização enorme, alcançada em alguns anos e que envolveu centenas de milhões de trabalhadores. Mas foi feita de uma maneira que engendrou um apoio generalizado: uma tentativa bem-sucedida em uma província seguida por tentativas igualmente bem-sucedidas em várias outras províncias. A evidência era tão convincente que o governo central não precisou *impor* essa mudança; ela foi aceita de imediato. Mas a liderança chinesa reconheceu que ainda não podia se dar por satisfeita, e que as reformas tinham que se estender a todos os níveis da economia.¹⁹³

¹⁹² STINGLITZ, Joseph E. *A Globalização e seus Malefícios*, p. 164.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 226-227.

Porém, a adesão da globalização pelo Brasil deve-se compatibilizar com o conceito de que o mercado interno é nosso e tem um dever finalista de produzir resultados conforme os ditames da justiça social.

A regra do artigo 219, da Constituição Federal, não deixa dúvidas sobre qual é a parte legítima titular do mercado interno, qual seja a coletividade, por conta do mercado interno ser parte integrante do patrimônio nacional.

Art. 219 – O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos da lei federal.

Repita-se: o artigo 219, da Constituição Federal, não deixa margem de dúvidas quando assevera que o mercado interno integra o patrimônio nacional, portanto, é bem público.

O patrimônio nacional é o conjunto de bens públicos e privados, materiais e imateriais, dos quais a coletividade é titular.

Em sendo a coletividade o seu titular, cabe a cada um de nós defender o mercado ante as investidas de empresas líderes de mercado, na tentativa de dominação e movimento artificial dos preços.

6.3 A tutela contra as infrações à ordem econômica

A legislação que trata das infrações à ordem econômica é a Lei nº 8.884/94, cujo objetivo é dar instrumento legal ao Estado, aos agentes econômicos e à coletividade de manter o mercado de forma equilibrada, contra ataques monopolísticos dos titulares de posição dominante.

Os limites de atuação dos agentes econômicos estão estampados em seu artigo 20:

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

§ 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

Fica patente o texto do artigo 20, *caput*, quando assegura que a configuração das infrações à ordem econômica acontecerá, inclusive, independentemente de culpa, trazendo a responsabilidade do agente econômico em posição dominante pela responsabilidade antitruste.

Por responsabilidade antitruste entende-se que o simples fato de ter esse poder de influir artificialmente no mercado e, mesmo que não tenha a intenção de causar danos e, se eles acontecerem, o agente econômico responderá pelos danos causados ou que vier a causar.

Paralelamente a essas questões bastante centrais, percebe-se que a Lei 8.884 aproveitou-se não apenas da experiência norte-americana, mas também (e principalmente) da experiência européia para a disciplina de institutos que muita discussão geraram alhures. Por exemplo, positivando no texto normativo a tradição estrangeira, o art. 20 declara serem considerados, pela Lei Antitruste, *os efeitos potenciais* a serem produzidos pela prática analisada.¹⁹⁴

¹⁹⁴ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*, p. 147.

A dominação natural de mercado ou a posição dominante, por si só, não configuram infração à ordem econômica, pois não podem ser penalizados aqueles que tenham de forma legal conquistado participação de mercado.

É crível essa situação de desenvolvimento de produtos ou serviços, de forma regular, que deságuam na dominação de mercado, haja vista os casos clássicos como a Microsoft (*Windows*) ou a Apple (*Ipod*).

Outra interpretação equivocada que se faz com a Lei nº 8.884/94 é sobre o poder jurisdicional do CADE, onde alguns doutrinadores entendem não caber revisão das suas decisões, por ser esse órgão uma autarquia federal considerada pelo Preâmbulo e pelo artigo 3º. Portanto, as decisões de uma autarquia federal não podem ficar privadas da apreciação e, se for o caso, de revisão pelo Poder Judiciário.

Além disso, a conduta do CADE é baseada na concorrência que, aparentemente, é equivocada, posto que no mercado brasileiro a predominância é de multinacionais, detentoras de grande parte do mercado.

A abordagem e prospecção do CADE no mercado deveriam ser nos atos de conduta, pois estes, sim, deveriam ser rigorosos e acompanhados firmemente para garantir à coletividade, um maior equilíbrio do mercado interno.

Por outro lado a Lei nº 8.137/91, em seu Capítulo II – Dos Crimes Contra a Economia e as Relações de Consumo, trata da criminalização das atividades que infringem a ordem econômica e dispõe sobre o valor das multas e normas gerais.

7. FUNDAMENTOS DA ORDEM ECONÔMICA

Os fundamentos da ordem econômica, estatuídos no artigo 170, da Constituição Federal, são: a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. Para que se tenha clareza na abordagem e na forma de análise do presente trabalho, faz-se necessária a exposição do Capitalismo Humanista e seus fundamentos.

Sem a pretensão de esgotar o conceito teórico-jurídico, mas apenas para um melhor enquadramento acerca do “fundamento” de que trata o texto constitucional, é pertinente trazer o ensinamento de Washington Peluso Albino de Souza:

Filosoficamente, “fundamento” é tomado como a “causa”, no sentido de “razão de ser”. Em Direito, define as próprias bases da “Ordem Jurídica” consagrada nas Constituições. Na Carta brasileira de 1988, o constituinte deu pouco apreço ao rigor terminológico. Reuniu as expressões “fundamentos” e “princípios” nos artigos do Título I, como “Princípios Fundamentais”, embora lhes tenha dado tratamento diferenciado no Título VII (Da Ordem Econômica e “Financeira”), no qual se pode depreender que o “fundamento” prende-se ao sentido de “causa” para os demais artigos ali incluídos.¹⁹⁵

Para a valorização do trabalho humano é de se ressaltar a redação constitucional enraizada na valorização desse trabalhador e não, simplesmente, a garantia.

Como afirma Eros Grau:

Esse tratamento em uma sociedade capitalista moderna, peculiariza-se na medida em que o trabalho passa a receber proteção não meramente filantrópica, porém politicamente racional. Titulares de capital e de trabalho são movidos por interesses distintos, ainda que se o negue ou se pretenda enunciar-los como convergentes. Daí porque o capitalismo moderno, renovado, pretende a conciliação e composição entre ambos.¹⁹⁶

É objeto, ainda, da valorização do trabalho humano o disposto no artigo 1º, inciso IV (como valores sociais do trabalho), que é princípio fundamental da

¹⁹⁵ *Primeiras Linhas de Direito Econômico*, p.116.

¹⁹⁶ *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 178-179.

República e nos artigos 3º, inciso II (enquanto implementador do desenvolvimento nacional) e 4º, da Constituição Federal.

O principal ponto a ser abordado aqui é a opção capitalista do Brasil quando traz como fundamento de sua ordem econômica a livre iniciativa, que também é tratada como princípio fundamental, estatuída no *caput* do artigo 170 e, como princípio fundamental da República, no artigo 1º, inciso IV, também do texto constitucional.

Interessante a consideração de Fabiano Del Masso a respeito da livre iniciativa:

A livre iniciativa garante a liberdade de empreender, o que não induz a possibilidade de empreender. A simples garantia de liberdade de iniciativa não é suficiente para o estímulo à atividade produtiva. Outros fatores como infra-estrutura do sistema de transportes, do sistema tributário, do sistema registrário da atividade empresária, da política de concessão de crédito, entre outros, são os responsáveis para o empreendedorismo.¹⁹⁷

No mesmo diapasão, Américo Luís Martins da Silva¹⁹⁸ diz:

Há de se esclarecer que essa antiga acepção de liberdade significava liberdade de participação ou autonomia, ou seja, o direito de o indivíduo se reger pela própria lei. No entanto, com a evolução do Estado Moderno, mais especificamente a partir da ascensão da burguesia e o desaparecimento do Estado Absoluto, surgiu nova acepção de liberdade, dando-lhe, não mais o sentido de direito de participar do processo de tomada de decisões políticas, mas sim o sentido de direito do cidadão de atuar sem a interferência do Estado, dentro do espírito do *laissez-faire* (deixar fazer).

7.1 A opção capitalista humanista da Constituição Federal

Não deixa margens a dúvidas o *caput* do artigo 170 da CF sobre a opção capitalista, cujo perfil é desenhado constitucionalmente. A expressão “garantir a

¹⁹⁷ *Direito Econômico*, p. 44.

¹⁹⁸ *A Ordem Constitucional Econômica*, p. 64.

todos existência digna” somente pode ser a referência e subserviência da ordem econômica ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Mas, como a ordem econômica é um direito aplicado preferencialmente no coletivo, evidente que a referência não foi à pessoa, mas sim a todos, o que significa à população.

A economia não está a serviço de um, mas sim a serviço da população, dando-lhe a plataforma concreta de edificação dos demais direitos humanos, compreendidos no conceito de dignidade da pessoa humana e cidadania.

Daí a opção capitalista humanista da Constituição Federal ser indubitosa e seus valores integrarem os feixes dos direitos fundamentais, como os de terceira geração por serem inerentes ao gênero humano da população.

Ademais, texto contido no artigo 1º da Constituição Federal traz os fundamentos da República e institui o Brasil como Estado Democrático de Direito, sobrelevando como quarto princípio a livre iniciativa, contudo uma livre iniciativa juntamente com os valores sociais do trabalho.

Primeiramente, deve-se observar que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, constitucionalmente considerado, devendo, pois, haver uma atenção especial às decorrências desse preceito.

O pressuposto de Estado Democrático de Direito está contido no preâmbulo da Constituição Federal:

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.

É incongruente a idéia de praticar uma economia livre de mercado num Estado Democrático de Direito que prevê em primeiro plano assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, apesar de entendimentos em contrário, como nota José Afonso da Silva:

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 princípios que informam essa mesma ordem não garante a efetividade daquele fim.¹⁹⁹

O legislador poderia ter consagrado a livre iniciativa, pura e simplesmente, mas não o fez, e não é dado interpretar de forma elástica uma norma constitucional.

A interpretação ou hermenêutica constitucional é tema dos mais importantes do Direito Moderno, pois é ele quem dá a roupagem da norma, em outras palavras, é o operador do direito aplicando sua interpretação à norma posta.

Reconhece José Afonso da Silva que a doutrina moderna orienta no sentido de reconhecer a eficácia plena e a aplicabilidade imediata à maioria das normas constitucionais, ainda que grande parte delas tenha caráter sócio-ideológico, as quais até bem recentemente não passavam de princípios programáticos, tornando, assim, cada vez mais concreta a outorga dos direitos e garantias sociais das constituições. Admite, porém, não ser tarefa fácil determinar um critério para distinguir as normas constitucionais de eficácia plena daquelas de eficácia contida ou limitada, constituindo-se em “*um problema tormentoso de interpretação das normas constitucionais*”, mas de grande importância prática a sua solução.²⁰⁰

Nesse momento é que se chama a atenção para a norma posta que aqui claramente **não faz menção exclusiva à livre iniciativa**.

¹⁹⁹ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 754.

²⁰⁰ *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 88 e 91.

Portanto, não se pode pensar em importação de teorias para serem aplicadas aqui se não é este o mandamento instituído pela Constituição Federal.

Consoante o entendimento de Washington Peluso Albino de Souza²⁰¹,

Assumindo o princípio da “autonomia”, um jurista liberal e tradicional excluiria de seu trabalho interpretativo os elementos “socializantes”. Do mesmo modo, o jurista socialista procederia em face dos elementos liberais. No entanto, a realidade constitucional incorporou os dois “princípios”, anulando a idéia de “conflito” entre os mesmos.

Tanto é que a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 (“*Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal*”), trata expressamente da interpretação, conforme a Constituição Federal:

Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Dessa forma, não se analisa pura e simplesmente uma única vertente, mas sim uma visão global daquilo que está disposto na norma. Além disso, a interpretação, conforme a Constituição Federal, foi consagrada na Lei de Ação Direta de Inconstitucionalidade que prevê a utilização desse instrumento para adequar a interpretação da norma em termos com a Constituição.²⁰²

²⁰¹ *Primeiras Linhas de Direito Econômico*, p. 232-233.

²⁰² Importante a lição de Lenio Luiz Streck, que entende inconstitucional o efeito vinculante disposto na Lei nº 9.868/99: Assim, tudo está a indicar que essa lei não é uma simples regra de direito processual, e, sim, de algo novo no direito brasileiro, qual seja, a especificação do funcionamento da jurisdição constitucional. Desse modo, somente por emenda constitucional que estabelecesse a possibilidade de elaboração de uma lei poderia tratar-se dessa matéria. E tudo estaria a recomendar que uma lei desse quilate devesse ser votada e aprovada por *quorum* de maioria qualificada. (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, p. 542.)

A interpretação é feita quando se questiona se determinada norma, da forma que está posta, está em conformidade com o texto constitucional, sob pena de afrontá-lo e, por conta disso, é modificado o texto da norma infraconstitucional para adequá-la à Constituição.

Portanto, a opção brasileira de capitalismo é de uma exploração da atividade econômica, visando garantir a todos a justiça social, conforme se vê na Constituição Federal. Isso é obrigatório e está consubstanciado nos ensinamentos da Escola Humanista do Direito Econômico, fundada pelos ilustres professores de Direito Econômico desta Casa, cujo decano é o professor Nelson Nazar e o coordenador é o professor Ricardo Sayeg, que não abrem mão de fixarem sua doutrina conforme a pertinência constitucional, em especial sua regra principal concernente ao princípio da dignidade da pessoa humana em ambiente democrático.

Eis o espírito que norteia tais estudos:

É de convicção geral que a atividade do Direito é, antes de tudo, a tutela da paz social e da paz entre os povos, daí a finalidade deste instituto em promover o reconhecimento desta nova linha de pensamento do Direito com a criação de um importante centro de estudos jurídicos e sociais com vistas a gerar profissionais dinâmicos com sólida formação fundamental, bem como globalizada; e, ainda, em acréscimo, bastante especializados nas áreas do Direito das Relações Públicas e Interesses Difusos ou das Relações Econômicas e Empresariais, cunhados pela filosofia humanista, outorgando-lhes as condições de tornarem-se transformadores sociais, com a missão profissional de exercer o papel de propagador e implementador do ideal pacificador pela busca permanente da Justiça, que garanta imediatas condições de paz, harmonia e prosperidade ao povo do Brasil e das demais nações do mundo.²⁰³

7.2 Os fundamentos da ordem econômica

Na coerência desta conformidade constitucional na análise da ordem econômica verifica-se, na sua regra matriz do artigo 170, *caput*, que ela possui os fundamentos da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa.

²⁰³ PINTO, Nelson Luiz; FINKELSTEIN, Cláudio; SAYEG, Ricardo Hasson; CEZAR, Leonel. Manifesto de Instituição da Escola Humanista de Direito Econômico, *Direito Internacional e Econômico*, n. 1, p. 7-10, out./dez.2000.

Nestes termos, o artigo 170, ao proclamar a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano como fundamentos da ordem econômica, está nelas reconhecendo a sua base, aquilo sobre o que ela se constrói, ao mesmo tempo sua *conditio per quam* e *conditio sine qua non*, os fatores sem os quais a ordem reconhecida deixa de sê-lo, passa a ser outra, diferente, constitucionalmente inaceitável. Particularmente, a afirmação da livre iniciativa, que mais de perto nos interessa neste passo, ao ser estabelecida como fundamento, aponta para uma ordem econômica reconhecida, então, como contingente. Afirmar a livre iniciativa como base é reconhecer na liberdade um dos fatores estruturais da ordem, é afirmar a autonomia empreendedora do homem na conformação da atividade econômica, aceitando sua intrínseca contingência e fragilidade; é preferir, assim, uma ordem aberta ao fracasso a uma “estabilidade” supostamente certa e eficiente. Afirmar-se, pois, que a estrutura da ordem está centrada na atividade das pessoas e dos grupos e não na atividade do Estado. Isto não significa, porém, uma ordem do *laissez-faire*, posto que a livre iniciativa se conjuga com a valorização do trabalho humano. Mas a liberdade, como fundamento, pertence a ambos. Na iniciativa, em termos de liberdade negativa, da ausência de impedimentos e da expansão da própria criatividade. Na valorização do trabalho humano, em termos de liberdade positiva, de participação sem alienações na construção da riqueza econômica. Não há, pois, propriamente, um sentido absoluto e ilimitado na livre iniciativa, que por isso não exclui a atividade normativa e reguladora do Estado. Mas há ilimitação no sentido de principiar a atividade econômica, de espontaneidade humana na produção de algo novo, de começar algo que não estava antes. Esta espontaneidade, base da produção da riqueza, é o fator estrutural que não pode ser negado pelo Estado. Se, ao fazê-lo, o Estado a bloqueia e impede, não está intervindo, no sentido de normar e regular, mas dirigindo e, com isso, substituindo-se a ela na estrutura fundamental do mercado.²⁰⁴

Diante dessa relevância da conformidade constitucional do nosso capitalismo, desenhado pela ordem econômica, é abundante em importância a lição de Eros Roberto Grau:

A ordem econômica (mundo do ser) deve estar fundada na *valorização do trabalho humano* e na *livre iniciativa* – a Constituição consagra, aí, note-se, *valorização do trabalho humano* e *livre iniciativa*, simplesmente. A *livre iniciativa*, ademais, é tomada no quanto expressa de socialmente valioso; por isso não pode ser reduzida, meramente, à feição que assume como *liberdade econômica*, empresarial (isto é, da empresa, expressão do dinamismo dos bens de produção); pela mesma razão não se pode nela, *livre iniciativa*, visualizar tão-somente, apenas, uma afirmação do capitalismo. Assim, *livre iniciativa* é expressão de liberdade titulada não apenas pelo capital, mas também pelo trabalho.²⁰⁵

Sempre deve ser feita a compatibilização da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa. Não poderá nunca, em nome de um pseudodesenvolvimento,

²⁰⁴ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Interpretação e estudo da Constituição de 1988*, p. 22-23.

²⁰⁵ *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 193-194.

suprimir a valorização do trabalho humano. Tem que vir os dois. Tem que compatibilizar. Deve compatibilizar os dois.

Isto quer dizer que a Constituição consagra precisamente uma *economia de mercado*, de natureza capitalista, pois a “iniciativa privada” é um princípio básico do sistema capitalista. Por outro lado, a Constituição declara que, embora adote o sistema capitalista, a ordem econômica deve dar prioridade *aos valores do trabalho humano* sobre todos os demais valores da economia de mercado. Portanto, a liberdade econômica não é absoluta. Ela só é garantida até onde a valorização do trabalho humano não exija que seja restringida.²⁰⁶

A partir do momento em que a livre iniciativa for interferir na valorização do trabalho humano, esta deverá ser limitada.

Apesar de ser uma declaração de princípio, essa prioridade tem o sentido da intervenção do Estado na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, são o fundamento da ordem econômica. Vale lembrar que os *Estados socioliberais*, como o nosso, conquanto reconheçam e assegurem a propriedade privada e a livre empresa, condicionam o uso dessa mesma propriedade e o exercício das atividades econômicas voltadas ao *bem-estar social*. Portanto, há limites para o uso e gozo dos bens e riquezas particulares e, quando o interesse público o exige, intervém na propriedade privada e na ordem econômica, através de atos de império tendentes a satisfazer as exigências coletivas e reprimir a conduta anti-social da iniciativa particular.²⁰⁷

7.3 A valorização do trabalho humano

A valorização do trabalho humano é trazida à baila estando em nível equivalente à livre iniciativa, conforme estatuído no artigo 170, *caput*, da Constituição Federal.

²⁰⁶ SILVA, Américo Luís Martins da. *A Ordem Constitucional Econômica*, p. 55.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 55.

A valorização do trabalho humano é o primeiro fundamento que representa, de forma preliminar, o próprio direito ao trabalho. Dessa forma o estado cria para si uma obrigação imediata de criação de possibilidades de trabalho, pois é assim que o valoriza. A criação de condições específicas de proteção ao trabalhador deve vir apenas após a garantia da empregabilidade, o que envolve a possibilidade de estudo, de desenvolvimento cultural etc. A valorização do trabalho humano extrapola, dessa maneira, o simples e ineficiente amparo ao empregado desqualificado que foi excluído pelo próprio Estado das possibilidades de trabalhar. Daí a expressão utilizada pelo legislador constitucional “fundamento”, ou seja, a base da atividade econômica.²⁰⁸

Apesar de a valorização do trabalho humano não receber tantos holofotes quanto a livre iniciativa, o fato é que todo homem nasce com sua força de trabalho e esta é fonte de riqueza que, independentemente de sua origem ou classe social, lhe propicia a subsistência e das pessoas por quem é responsável, além de possibilitar ou lograr o topo do capitalismo, como são inúmeros os exemplos da humanidade, em especial o de Onassis.

O trabalho humano é valorizado porque é por ele que se garante a todos a plena possibilidade de integração e evolução social, ou seja, é edificador da cidadania. Falar em valorização do trabalho é reconhecer cidadania na ordem econômica.

Há de se ter em conta que livre iniciativa e valorização do trabalho humano devem estar conjugadas. Trata-se de uma ordem com dois fundamentos. Liberdade, como base, está em ambos. Na iniciativa, em termos de liberdade negativa, de ausência de impedimentos para a expansão da própria criatividade. Na valorização do trabalho humano, em termos de liberdade positiva, de participação sem alienação na construção da riqueza econômica.²⁰⁹

A propósito, afirma Eros Roberto Grau:

Daí porque o art. 1º, IV do texto constitucional – de um lado – enuncia como fundamento da República Federativa do Brasil o *valor social* e não as virtualidades individuais da livre iniciativa e – de outro – o seu art. 170, *caput*, coloca lado a lado *trabalho humano* e *livre iniciativa*, curando contudo no sentido de que o primeiro seja valorizado.²¹⁰

²⁰⁸ DEL MASSO, Fabiano. *Direito Econômico*, p. 43-44.

²⁰⁹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Direito e Cidadania na Constituição Federal. Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 47-48, p. 11-27, jan./dez. 1997. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev1.htm>

²¹⁰ *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 186.

A valorização é aqui considerada como o aumento do valor do trabalho humano. Abomina-se a sua supressão ou sua extirpação, que acontece com maior freqüência nos países onde há uma economia liberal de mercado.

Isso acontece porque numa economia liberal de mercado o foco central está no capital, unicamente. Já numa economia de mercado social, em que o Brasil se enquadra, as atenções se dividem entre a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa.

A matriz econômica constitucional não tem como fim único o capital, mas sim o capital fundado nos seus valores sociais, jamais deixando de lado a valorização do trabalho humano.

Assim é que, portanto, também se repudia qualquer substituição do homem como instrumento econômico de geração de riqueza.

A valorização do trabalho humano, portanto, é um repúdio à automação ou à animalização do sistema de produção, a um processo que se rejeita por motivos alheios a si mesmo, uma espécie de repetição compulsória de atividades que cessam apenas para o homem comer, dormir e recuperar as forças. Não é um repúdio à máquina ou ao animal, mas à maquinação e animalização da atividade laborial do homem. Assim, como ordem econômica que se funda na valorização do trabalho humano, o que se repudia não é a capacidade operacional das máquinas, mas do homem como máquina, ou seja, uma ordem que inverte fins e meios, que almeja apenas a “liberação de mão-de-obra” (vide art. 7º, XXVII), que produz apenas para produzir mais ou melhorar seus próprios instrumentos de produção, que trata o homem como objeto de racionalização, uniformizando-o e dele exigindo distinção entre trabalho e seus utensílios, em que o processo de produção, como uma grande máquina, é que determina o movimento dos homens e não contrário. Aceitar isto seria, certamente, destruir a cidadania.²¹¹

Sob esse prisma, é crível observar que o constituinte assegurou como direitos dos trabalhadores a garantia contra a automação, no seu artigo 7º, inciso XXVII, da Constituição Federal, aqui transcrito:

²¹¹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Direito e Cidadania na Constituição Federal. *Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 47-48, p. 11-27, jan./dez. 1997. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev1.htm>

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

...

XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei;

Tem vinculação esta norma com o estabelecido no artigo 170, *caput*, pois existem formas diversas de trabalho e não exclusivamente o humano que, em tese, seria óbvio.²¹²

7.4 A livre iniciativa

Consustanciado no raciocínio desenvolvido até o momento, livre iniciativa²¹³ é a liberdade de atuar e contratar dos agentes econômicos privados no Estado, de forma livre, que não deve ser entendida como libertinagem.

Considerada desde a perspectiva substancial, tanto como resistência ao poder, quanto como reivindicação por melhores condições de vida (liberdade individual e liberdade social e econômica), descrevo a liberdade como *sensibilidade* e *acessibilidade* a alternativas de conduta e de resultado. Pois não se pode entender como livre aquele que nem ao menos sabe de sua possibilidade de reivindicar alternativas de conduta e de comportamento – aí a *sensibilidade*; e não se pode chamar livre, também, aquele ao qual tal acesso é sonogado – aí a *acessibilidade*.²¹⁴

A liberdade de iniciativa pensada anteriormente à promulgação da Constituição Federal, consustanciada no Código Civil de 1916, é aquela oriunda da Revolução Francesa, que tinha como fundamental princípio autonomia da vontade, fincada no *pacta sunt servanda*.

²¹² FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Direito e Cidadania na Constituição Federal. *Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 47-48, p. 11-27, jan./dez. 1997. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev1.htm>.

²¹³ “Temos para nós, que o regime de livre iniciativa vem declarado como direito no sistema brasileiro. A livre iniciativa, entretanto, no mundo atual, não mais pode ser admitida nos mesmos termos em que a admitia no Estado liberal do século XVIII. Enquanto neste ela se constituía em um direito absoluto, hoje deve ser entendida como um direito relativo que, embora constitucionalmente assegurado, visando à elevação da pessoa humana, deve ficar contido dentro de limites que visam, acima de tudo, aos interesses coletivos.” (PEREIRA, Afonso Insuela. *O Direito Econômico na Ordem Jurídica*, p. 162).

²¹⁴ GRAU, Eros Roberto, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 181.

A Revolução Francesa tinha como princípios fundamentais a liberdade, a igualdade e a fraternidade. A liberdade que se pretendia àquela época, consagrada no *laissez-faire*, era a não-intervenção do Estado na atividade econômica. Observem-se as palavras do professor Ricardo Hasson Sayeg²¹⁵:

O Código Civil Brasileiro de 1916 consagrou a filosofia jûris-político-econômica do *laissez-faire* da Revolução Francesa que, numa tradução livre, significa “deixe-nos em paz”, pois o cidadão não admita intervenção estatal em seus negócios, cujos valores eram a liberdade de comércio e de competição, tendo em vista que se entendia o contrato ser produto da negociação com base na liberdade e igualdade, garantidas as partes pela ordem jurídica, mediante a consagração da força obrigatória da autonomia da vontade – princípio do *pacta sunt servanda*, desdobramento do fundamento constitucional da livre iniciativa em corolário com a propriedade privada.

Essa liberdade de contratar é resumida por La Cordaire como: “na relação entre o forte e o fraco, a liberdade escraviza e a lei liberta”, a imposição daquele que detém poder econômico capaz de subjugar a outra parte é que transforma essa liberdade em escravidão.

O *modelo* clássico de mercado ignorava e recusava a idéia de poder econômico. Na práxis, todavia, os defensores do poder econômico, porque plenamente conscientes de sua capacidade de dominação, atuando a largas braçadas sob a égide de um princípio sem princípios – o princípio do livre mercado –, passaram e desde então perseveraram a controlar os mercados. Daí o arranjo inteligente das leis *anti-trust*, que preservam as estruturas dos mercados, sem, contudo extirpar a hegemonia dos monopólios e oligopólios.²¹⁶

Entretanto, com o advento do novo Código Civil, houve modificações que trouxeram à tona institutos consagrados em outros países e que já estavam em prática nos tribunais do país, tais como o Estado de Perigo, a Lesão e a Resolução por Onerosidade Excessiva.

Até por isso alguns civilistas criticaram o trabalho capitaneado pelo professor Miguel Reale, pois era a interferência do Estado nos contratos, ferindo a autonomia da vontade no momento da contratação, haja vista as inovações do Direito Civil,

²¹⁵ *Aspectos Contratuais da Exclusividade no Fornecimento de Combustíveis*, p. 136.

²¹⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 15-16.

... necessidade de atender às novas contribuições da civilística contemporânea no que se refere, por exemplo, à disciplina dos negócios jurídicos, à necessidade de reger unitariamente as obrigações civis e as mercantis, com mais precisa distinção entre associação civil e sociedade empresária, cuidando de várias novas figuras contratuais que vieram enriquecer o Direito das Obrigações, sem se deixar de dar a devida atenção à preservação do equilíbrio econômico do contrato, nos casos de onerosidade excessiva, para uma das partes, bem como às cautelas que devem presidir os contratos de adesão.²¹⁷

Mas, essa intervenção do Estado nos contratos é vista com bons olhos por aqueles que mantêm a mente aberta para os novos direitos e a busca da sensação de justiça e da efetividade do direito.

A imprevisão, em seu modelo clássico, foi concebida para relações contratuais bilaterais, porque se visava preservar a equivalência das prestações, o que é justo, essa máxima existe por conta dos movimentos da Revolução Francesa em que o contrato era entendido como implicitamente contemplado o equilíbrio contratual. Hoje isso é passado, a idéia do equilíbrio contratual implícito, que não admitia prova em contrário, está superada, mas ainda existe, ainda está sendo admitida, contudo, é reconhecido como que não admite prova em contrário, o que foi superado é a questão da rigidez.²¹⁸

Notadamente, um dos institutos que mais causaram espanto àqueles enraizados no pensamento do Código Civil de 1916 é a Resolução por Onerosidade Excessiva. É o meio pelo qual o julgador poderá resolver o contrato ou mesmo reequilibrá-lo, quando, por forças externas ao contrato, interfira nele e que não tenha sido prevista no momento da contratação.

A suplantação desse pensamento vem pelo viés da análise dos contratos pela óptica do Direito Econômico cujos fundamentos, finalidades e princípios estão estampados na Constituição Federal, segundo a qual toda e qualquer norma vigente deve ser interpretada.

Nessa esteira, pode-se verificar que, para atender aos mandamentos constitucionais, é possível se relativizar a livre iniciativa, nas palavras de Ricardo Hasson Sayeg²¹⁹:

²¹⁷ REALE, Miguel. *Visão Geral do Projeto de Código Civil*, p. 23.

²¹⁸ MATSUSHITA, Thiago Lopes. Os Institutos do Estado de Perigo, Lesão e a Resolução por Onerosidade Excessiva à Luz do Novo Código Civil. *Revista Acadêmica da Associação dos Pós-graduandos da Puc/SP*, São Paulo, APG/PUC-SP, Ano XII, n. 3, p. 157-185.

²¹⁹ *Aspectos Contratuais da Exclusividade no Fornecimento de Combustíveis*, p. 141.

Deve-se, pois, relativizar a livre iniciativa e propriedade privada nos estudos da cláusula de exclusividade entre empresas distribuidoras e postos revendedores de combustíveis automotivos, visto que a relação jurídica entre eles não é meramente um negócio entre particulares, mas sim um contrato de adesão inserido em contexto econômico e social de serviço público impróprio que deve ser observado e respeitado, sob manifesto dirigismo contratual em decorrência de planificação determinante do Governo Federal.

Essa relativização deve ser entendida não de forma extensiva, mas sim de enquadramento, pois não se deve deturpar esse afrouxamento da livre iniciativa para que se mantenha um Estado total, mas sim frear essa livre iniciativa para buscar os fins estampados na Constituição Federal, notadamente o inciso IV, do artigo 1º e o artigo 170.

Vê-se para logo, destarte, que se não pode reduzir a *livre iniciativa*, qual consagrada no art. 1º, IV, do texto constitucional, meramente à feição que assume como *liberdade econômica* ou *liberdade de iniciativa econômica*. Dir-se-á, contudo, que o princípio, enquanto fundamento da ordem econômica, a tanto se reduz. Aqui também, no entanto, isso não ocorre. Ou – dizendo-o de modo preciso – *livre iniciativa* não se resume, aí, a “princípio básico do liberalismo econômico” ou a “liberdade de desenvolvimento da empresa” apenas – à liberdade *única* do comércio, pois, em outros termos: não se pode visualizar no princípio tão-somente uma afirmação do capitalismo.²²⁰

No entanto, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no seguinte sentido: *"O princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor."* (RE 349.686, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 05/08/05).

Em verdade, é esse o limite que se deve ter em mente quando é preciso compatibilizar esses direitos. Esse é o maior desafio do direito, que é quando se devem compatibilizar os interesses de direitos, e o exemplo é dado pela doutrina alemã que utiliza o feixe de direitos que tentam atravessar a placa de metal, onde se apertam e espremem, mas somente um ou alguns deles é que atravessam.²²¹

A livre iniciativa deve ser entendida sempre de acordo com o princípio da proporcionalidade e não é, portanto, uma verdade absoluta.

²²⁰ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 182.

²²¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*, p. 93.

Nesses casos, é possível praticar o princípio da proporcionalidade que é trazido ao Brasil por doutrinadores do gabarito dos professores Willis Santiago Guerra Filho e Gilmar Mendes, que podem traduzir a importância desta matéria aqui tratada.

A exata compreensão do significado do princípio da proporcionalidade requer uma transformação do próprio modo de se conceber a tarefa da ciência jurídica, como diversa da mera interpretação e aplicação de normas jurídicas com a estrutura de regras. As regras trazem a descrição de dada situação, formada por um fato ou uma espécie (a *fattispecie* a que se referem os italianos) deles, enquanto nos princípios há uma referência direta a valores. Daí se dizer que as regras se fundamentam nos princípios, os quais não fundamentariam diretamente nenhuma ação, dependendo para isso da intermediação de uma (ou mais) regra(s) concretizadora(s). Princípios, portanto, têm um grau incomensuravelmente mais alto de generalidade (referente à classe de indivíduos a que a norma se aplica) e abstração (referente à espécie de fato a que a norma se aplica) do que a mais geral e abstrata das regras. Por isso, também, poder-se dizer com maior facilidade, diante de um acontecimento, ao qual uma regra se reporta, se essa regra foi observada ou se foi infringida, e, nesse caso, como se poderia ter evitado sua violação. Já os princípios trazem ínsitas “determinações de otimização” (*Optimierungsgebote*, na expressão de ROBERT ALEXY), isto é, um mandamento de que sejam cumpridos na medida das possibilidades, fáticas e jurídicas, que se oferecem concretamente – o que já nos remete, de imediato, ao princípio da proporcionalidade, por ele ser a própria expressão deste mandamento e contemplar tal idéia de gradação no cumprimento de um princípio, aí incluindo-se o próprio princípio da proporcionalidade, que também não se pode acatar em termos definitivos, de “tudo ou nada”, como as regras.²²²

Em vista desse escopo constitucional, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

²²² Idem. *Por uma teoria fundamental na Constituição.* (<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/131006d.pdf>).

Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros (ADI 319-QO, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 30/04/93).

8. FINALIDADE

De forma cética e à primeira vista, segue a doutrina, consubstanciada no ensinamento de José Afonso da Silva, indagando se é possível o capitalismo concebido humanizar-se. Reconhece, entretanto, que os princípios preordenados da ordem econômica na Constituição Federal, notadamente, a defesa do consumidor e do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e pessoais e a busca do pleno emprego, trazem mecanismos na ordem social voltados à sua efetivação, ressaltando que *“tudo depende da aplicação das normas constitucionais que contêm essas determinantes, esses princípios e esses mecanismos.”*²²³

Há um conteúdo finalístico insculpido no *caput* do artigo 170 da Constituição Federal, quando expressamente dispõe ter por fim garantir a todos existência digna conforme os ditames da justiça social, como finalidade da ordem econômica.

Consoante afirma André Ramos Tavares:

A circunstância de, normativamente falando, serem considerados como princípios não impede a verificação da terminologia díspar da Constituição. Assim o objetivo a ser buscado, consoante a Constituição, é dúplice, englobando a procura de uma existência digna e consoante os ditames da justiça social.²²⁴

O fim de assegurar a todos existência digna, como assevera José Afonso da Silva, revela que a Constituição de 1988 é mais incisiva no conceber a ordem econômica sujeita a tais ditames, pois *“dá à justiça social um conteúdo preciso”*.²²⁵

Na definição de Eros Roberto Grau:

²²³ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 141-142.

²²⁴ *Direito Constitucional Econômico*, p. 135.

²²⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 141.

Justiça social, inicialmente, quer significar superação nas injustiças na repartição, a nível pessoal, do produto econômico. Com o passar do tempo, contudo, passa a conotar cuidados, referidos à repartição do produto econômico, não apenas inspirados em razões micro, porém macroeconômicas: as correções na injustiça na repartição deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar exigência de qualquer política econômica capitalista.²²⁶

Adverte Ives Gandra da Silva Martins não ser possível dissociar ordem social da econômica, pois são indissolivelmente relacionadas.²²⁷

Assevera Fabiano Del Masso:

O significado do termo “justiça” compreende o acesso, o equilíbrio e a igualdade de participação nas instituições sociais. O justificado socialmente é o que possui os mesmos direitos e oportunidades de usufruir os bens para a satisfação de suas necessidades básicas. A justiça social é que faz o homem digno. O acesso à educação, à saúde, à cultura etc. é que equilibra as desproporções econômicas que muitas vezes são a consequência natural de um mundo capitalista.²²⁸

8.1 A definição dos titulares da ordem econômica

É necessário definir quem é o destinatário dessas finalidades e, para tanto, fica evidente que “todos” são aqueles a serem tutelados.

O conceito do direito ao desenvolvimento, dado pela Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986, é dado no seu art. 1º:

O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

²²⁶ *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 204.

²²⁷ *Roteiro para uma Constituição*, p. 74.

²²⁸ *Direito Econômico*, p. 46.

É a pessoa humana, portanto, o objeto central do desenvolvimento, como bem observa Arjun Sengupta.²²⁹

Esclarece Eros Roberto Grau:

Que a nossa Constituição de 1988 é uma *Constituição dirigente* é inquestionável. O conjunto de diretrizes, programas e fins que enuncia, 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*.²³⁰

A precaução do constituinte em inserir “todos” como os destinatários da ordem econômica tem um significado que vai além daquilo que aparenta.

Vai além, primeiramente, porque coloca que o agente central da ordem econômica é a coletividade. É a coletividade porque garante a “todos” e, em sendo a coletividade a detentora desses direitos, tem legitimidade para defender a ordem econômica, nos mesmos termos do mercado, do qual também é titular, consoante afirmado anteriormente.

Pela ordem, a liberdade é seguida da segurança, que, como valor, tem a ver com os destinatários da ordem jurídica. Significa exigência de tratamento uniforme dos endereçados. Exige, pois, que todos, nas mesmas condições, tenham o mesmo tratamento. Segurança exclui, portanto, tratamentos arbitrários, ou seja, não só os que não são uniformes, mas também os que ocorrem à margem do direito.²³¹

A coletividade é o eixo central da ordem econômica; o que não deve ser esquecido é a necessidade de se atender aos limites impostos à ordem econômica e quais são os depositários desses direitos.

Para que se atinjam os fins programados, todo agente econômico deve agir dentro desses ditames constitucionais.

²²⁹ SENGUPTA, Arjun. O direito ao desenvolvimento como um direito humano: a verdadeira liberdade individual não pode existir sem segurança econômica e independência. *Social Democracia Brasileira*, Brasília, ano 1, n. 2, março 2002.

²³⁰ *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 153.

²³¹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Direito e Cidadania na Constituição Federal. *Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 47-48, p. 11-27, jan./dez. 1997. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev1.htm>

Portanto, não se deve perder o foco de quem é o agente central da economia no Brasil e qual o bem a ser tutelado. Segundo a professora Paula A. Forgioni²³²:

O texto da Constituição não deixa dúvidas quanto ao fato de a concorrência ser, entre nós, um meio, um instrumento para o alcance de outro bem maior, qual seja, “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”... A tutela da concorrência não é, portanto, um fim em si mesma e poderá ser afastada quando o escopo maior perseguido pelo sistema assim o exigir.

Confirmando esse entendimento, a Lei nº 8.884/94, aduz no parágrafo único do seu artigo 1º, que: “*A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei*”. Portanto, a lei que tem por fim tutelar a ordem econômica clareia quem é o titular para agir em defesa da ordem econômica, qual seja, a coletividade.

8.2 A garantia de existência digna

A dignidade da pessoa humana está consagrada na Constituição de 1988 em dois momentos, no artigo 1º, inciso III, e no artigo 170, *caput*, sendo aqui objeto de maior relevância, pois aqui “*deve ser* dinamizada tendo em vista a promoção da existência digna de que todos devem gozar²³³”, conforme anota Eros Roberto Grau:

Nesta sua segunda consagração constitucional, a *dignidade da pessoa humana* assume a mais pronunciada relevância, visto compreender todo o exercício da atividade econômica, em sentido amplo – e em especial, o exercício da atividade econômica em sentido estrito – com o programa de promoção da existência digna, de que, repito, todos devem gozar. Daí porque se encontram constitucionalmente empenhados na realização desse programa – dessa política pública maior – tanto o setor público quanto o setor privado. Logo, o exercício de qualquer parcela da atividade econômica de modo não adequado àquela promoção expressará violação do princípio duplamente contemplado na Constituição.²³⁴

A existência digna é princípio basilar constitucional, e umbilicalmente ligado com o princípio constitucional de importância ímpar da dignidade da pessoa humana.

²³² *Os Fundamentos do Antitruste*, 1998.

²³³ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 176.

²³⁴ *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 177.

A existência digna é medida pela quantidade de oportunidades proporcionadas aos indivíduos, sendo tratada como um dos fundamentos do próprio Estado brasileiro (CF, art. 1º), Não existe dignidade quando há privação de direitos em qualquer uma das fases da vida humana, ou seja, desde a concepção até a velhice.²³⁵

Ademais, torna-se a dignidade, pela leitura do art. 1º da nossa Carta Magna, fundamento primeiro da nação, pois cidadania é forma de exercício da soberania. Soberania é requisito essencial do Estado, não havendo este último sem o fundamento primeiro.²³⁶

Para Ingo Wolfgang Sarlet²³⁷:

Embora entendamos que a discussão em torno da qualificação da dignidade da pessoa como princípio ou direito fundamental não deva ser hipostasiada, já que não se trata de conceitos antiéticos e reciprocamente excludentes (notadamente pelo dato de as próprias normas de direitos fundamentais terem cunho eminentemente – embora não exclusivamente – principiológico), compartilhamos do entendimento de que muito embora os direitos fundamentais encontrem seu fundamento, ao menos em regra, na dignidade da pessoa humana e tendo em conta que – como ainda teremos oportunidade de demonstrar – do próprio princípio da dignidade da pessoa (isoladamente considerado) podem e até mesmo devem ser deduzidos direitos fundamentais autônomos, não especificados (e, portanto, também se poderá admitir que – neste sentido – se trata de uma norma de direito fundamental), não há como reconhecer que existe um direito fundamental à dignidade, ainda que vez por outra se encontre alguma referência neste sentido.

É importante destacar a existência digna dentro do Estado brasileiro e a forma de enquadrar tal situação. O enquadramento não pode ser somente no aspecto da satisfação das necessidades básicas da pessoa humana. Tem que levar em consideração, também, a satisfação dos direitos sociais estampados no artigo 6º, da Constituição Federal, aqui transcrito: “*São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição*”.

A necessidade do ser humano não pode ficar adstrita às suas condições de natureza. Os direitos sociais estampados no artigo 6º, da Constituição Federal, são balizadores para que se atinja a existência digna do ser humano.

²³⁵ DEL MASSO, Fabiano. *Direito Econômico*, p. 46

²³⁶ SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado. *Direitos Humanos e Cidadania*, p. 165.

²³⁷ *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 2001.

O ser humano é, na concepção de Edgar Morin,²³⁸ um ser *biocultural*, o que significa dizer que o homem se relaciona plenamente com a natureza e a sociedade, tornando estas duas perspectivas indissociáveis. **“O indivíduo humano, na sua autonomia mesma, é, ao mesmo tempo, 100% biológico e 100% cultural”**.

Essa concepção traz à tona um paradigma a ser estudado que é a necessidade das satisfações humanas com o que é oferecido pelo Estado: aquilo que ele é compelido constitucionalmente a cumprir, no mínimo, os direitos sociais do ser humano, além de suas necessidades básicas por natureza.

Entretanto, o homem tem insito em si sentimentos que são incorporados durante o seu convívio em sociedade e, mais do que isso, tem a necessidade de troca de experiências e vivências com seus pares. É esse o motivo pelo qual persiste a razão de viver em sociedade.

O conceito de existência digna é tudo, a partir da satisfação das necessidades básicas da pessoa humana e, ainda, o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados. Esse é o mínimo vital que garante a existência digna.

O mínimo vital é caracterizado pelo artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal, nestas palavras:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

...

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

²³⁸ O método 5, p. 53.

A própria expressão “mínimo vital”, que é auto-explicativa, não deve ser entendida como suficiente pelo operador do direito e, mais do que isso, estabelece a linha limítrofe com a miséria.

O fim a que se destina o Direito Econômico é, como exposto anteriormente, reincluir economicamente aqueles que estão abaixo da linha da miséria, para que atinjam o fim estabelecido constitucionalmente e, além disso, proporcione os meios econômicos para viabilizar as necessidades do homem biocultural.

Ademais, torna-se a dignidade, pela leitura do art. 1º da nossa Carta Magna, fundamento primeiro da nação, pois cidadania é forma de exercício da soberania. Soberania é requisito essencial do Estado, não havendo este último sem o fundamento primeiro.

Em suma, os meios e instrumentos para se atingir esses fins, podem ser exemplificados pelo Programa Bolsa Família do governo federal que, sem análise de mérito do programa, injeta diretamente na economia dessas famílias beneficiadas numerários que proporcionam, em muitos casos, a reinclusão dessa população na economia ativa, fazendo com que atravessem a linha limítrofe da miséria.

Essa forma direta de atuação não é a mais bem vista em termos de planejamento econômico, mas atinge de forma imediata, mesmo que desfocada, os fins a que se destina a ordem econômica.

O planejamento para se atingir o desenvolvimento, conforme estabelecido no artigo 174, § 1º, da Constituição Federal, assevera o seguinte:

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.

§ 1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

Portanto, a medida mais adequada para se atingir os fins a que se destina a Constituição Federal é o planejamento estratégico das medidas a serem tomadas, em caráter mediato e não de forma imediata.

Com efeito, o meio que os detentores do poder transformador do Estado têm para alcançar a plenitude do Estado, com a promoção do bem-estar social de todos, é programar as atividades de inclusão social daqueles que estão excluídos, em “pontos-chave” da economia, por exemplo, o fortalecimento da previdência social, a promoção do saneamento básico, o acesso à moradia, dentre outras.

Para se chegar a uma conceituação de *existência digna* encontramos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no artigo 11: “*direito de todos a um padrão de vida adequado para si e sua família, incluindo alimentação, vestuário e moradia adequados, e a contínua melhoria de vida*”.

Com essa leitura, exprime-se a conclusão de Arjun Sengupta²³⁹:

Esse Direito à moradia, interpretado e monitorado pelo Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, foi declarado que “*deveria ser visto como o direito de viver em algum local em segurança, paz e dignidade – o que deveria ser assegurado a todas as pessoas, independentemente de renda ou acesso a recursos econômicos*”.

O artigo deve ser lido como referindo-se não apenas à moradia, mas à moradia adequada: com privacidade, espaço adequado, segurança adequada, luz e ventilação adequadas, infra-estrutura básica e localização adequadas com relação ao trabalho e facilidades básicas – tudo por um preço razoável.

²³⁹ SENGUPTA, Arjun. O direito ao desenvolvimento como um direito humano: a verdadeira liberdade individual não pode existir sem segurança econômica e independência. *Social Democracia Brasileira*, Brasília, ano 1, n. 2, março 2002.

9. DITAMES DE CONFORMIDADE

A justiça social objetiva compartilhar o desenvolvimento, acentuando a solidariedade entre a sociedade, distribuindo os “lucros” entre a coletividade, não sendo assim algo individual, fazendo disso um desenvolvimento não só econômico como também social.

Permeia a Constituição, pois, como norte em sua implementação, o objetivo maior da “justiça social”. A própria Constituição associada à solidariedade, deixando certo que o conceito envolve não apenas a prevalência do social sobre o individual, como também o compromisso de uma dependência recíproca entre os indivíduos.²⁴⁰

A busca da justiça social deve considerar de antemão que o desenvolvimento econômico não indica necessariamente o desenvolvimento social. Dessa maneira, o Estado deve fomentar o desenvolvimento econômico cujos frutos são aproveitados socialmente de forma justa, ou seja, o resultado do sucesso econômico deve ser compartilhado pela sociedade de uma forma geral. Daí surge a noção de um caráter distributivo da economia.²⁴¹

Além disso, para Julian Marias²⁴² *“Justiça Social é aquela que corrige e retifica uma situação social, que envolve uma injustiça prévia, que, se mantida, invalidaria as condutas justas e os atos individuais de Justiça”*.

Já Modesto Carvalhosa²⁴³ coloca a ordem econômica como instrumento para se atingir a justiça social:

À Ordem Econômica – como seja, a atividade econômica juridicamente condicionada à realização da justiça social – cabe um papel *necessário e condicionante* da plena consecução histórica desse [sic] objetivo, na medida em que deve produzir bens quantitativa e qualitativamente úteis, dentro de uma estrutura harmônica de trocas. Deve ainda fazer com que a renda produzida, retorne à coletividade, sob as modalidades de justo rendimento de trabalho, margem de poupança e crédito individual e social.

²⁴⁰ TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*, p. 137.

²⁴¹ DEL MASSO, Fabiano. *Direito Econômico*, p. 46.

²⁴² Apud MACEDO, Ubiratan Borges de. *Liberalismo e Justiça Social*, p. 81.

²⁴³ *A Ordem Econômica na Constituição de 1969*, p. 62.

Cabe, inicialmente, um esclarecimento sobre a visão que se deve ter da justiça social. Alguns doutrinadores fazem alusão a esta norma como se fosse de baixo impacto normativo ou de difícil alcance, *data maxima venia*, não merece prosperar, pois, se está no corpo constitucional é porque deve ser cumprida.

Eis o entendimento de André Ramos Tavares²⁴⁴:

Deve-se aceitar, aqui, como bem observa Dimoulis a “finalidade claramente comunitarista da atividade econômica”, assim como também não se pode negar que a restrição ao econômico derivada dessa cláusula é rarefeita ou, como coloca Dimoulis, “muito abstrata e de difícil concretização”, “enunciado genérico, de baixa densidade normativa”, o que de forma alguma autoriza a conclusão de uma total falta de eficácia jurídica.

À primeira vista, não parece ser compatível a opção capitalista da nossa Constituição com a determinação de que se deve atender aos ditames da justiça social. Entretanto, basta ater-se a uma análise constitucional global, para saber que o “todo” constitucional dita a opção capitalista, mas com um viés social, chegando a uma economia social de mercado.

Estabelecendo a Constituição de 1988 que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, permeia, no dizer de André Ramos Tavares, como norte em sua implementação, o objetivo maior da “justiça social”, sendo que a própria Constituição a associa à solidariedade, acarretando não apenas na prevalência do social sobre o individual, “*como também o compromisso de uma dependência recíproca entre os indivíduos*”²⁴⁵.

A discussão surge justamente a partir do enunciado “justiça social” que se constitui em verdadeiro fim constitucional, observando nas palavras de José Afonso da Silva a dificuldade da matéria:

²⁴⁴ *Direito Constitucional Econômico*, p. 130-131.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 137.

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 eqüitativa distribuição da riqueza. Um regime de acumulação ou de concentração do capital e da renda nacional, que resulta da apropriação dos meios de produção, não propicia efetiva justiça 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. 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.²⁴⁶

Viver de forma justa é ter o necessário para uma vida digna, mas de forma digna com algum conforto, sem miséria ou grandes desigualdades entre as pessoas. Os direitos sociais foram reconhecidos, mas, não de forma a diminuir essa desigualdade existente na sociedade, ou seja, o pretendido não chegou a ser por completo efetivado. Novamente, observa-se que a matéria está longe de estar pacificada na doutrina, consoante afirma José Afonso da Silva:

Um regime de justiça social será aquele em que cada um deve dispor dos meios materiais para viver confortavelmente segundo as exigências de sua natureza física, espiritual e política. Não aceita as 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. Assim, no sistema anterior, a promessa constitucional de realização da justiça social não se efetivara na prática.²⁴⁷

Não é crível imaginar que o constituinte tenha colocado tal dispositivo, no artigo-mor da ordem econômica, para não ter forte impacto, ou que não deva ser atendido, ou mesmo assim, que seja relativizada essa ordem.

Se está no corpo constitucional e em conformidade com o “todo” constitucional, deve ser cumprido e atendido, não podem o operador do direito e, acima de tudo, o governante se esquivar de aplicar e proporcionar os meios para se atingir, o quanto antes, esses objetivos.

²⁴⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 755.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 755-756.

Não há conflito entre o capitalismo e a justiça social, a opção brasileira é a de relativizar o liberalismo econômico, colocando a justiça social como barreira para que se pense unicamente na riqueza.

Essa economia social de mercado, que teve início na Alemanha pós-guerra, fica entre o meio-termo do liberalismo e do socialismo, pois permite a livre iniciativa, mas o Estado intervém na economia, visando regular as atividades econômicas para existir a distribuição eqüitativa das riquezas.

Não existe fórmula matemática que consiga resolver a desigualdade social, mas ao que se deve ater é à existência digna da coletividade, conforme as regras da justiça social.

Apesar do entendimento sobre justiça social desenvolvido no presente trabalho ser divergente, será exposta outra visão sobre a justiça social²⁴⁸,

Continuamos convencidos de que a *justiça social* é bastante utópica, já que é impossível sua realização integral. Todavia, a nosso ver, ela é válida como *norma constitucional econômica programática*, como rumo a ser seguido dentro do possível e da realidade emergente. Não queremos dizer com isto que a *justiça social* será implantada integral e definitivamente por força do ordenamento jurídico. Sua utilidade é afastar o quanto possível as camadas menos beneficiadas da população do estado de miserabilidade, não condizente com a dignidade humana. Para que isso seja efetivado certamente é necessário manter-se razoável crescimento econômico e rigoroso controle das injustiças, dos exageros e das aberrações provocadas pelo poder político da classe média, bem como se adotar mecanismos afeitos à *justiça distributiva* (mas não o igualitarismo). Dentro deste enfoque, não há como ofuscar a importância da existência de tais normas no texto constitucional a respeito da *justiça social*, atitude esta moralmente válida, do que não ter orientação nenhuma e deixar livre o legislador ordinário para escolher a forma de fazer justiça que bem entender.

Ao firmarem a Declaração Universal dos Direitos do Homem e demais instrumentos que asseguram, protegem e promovem os direitos humanos, as Nações signatárias se obrigaram nacional e internacionalmente e tal ocorre com o Brasil, notadamente em relação ao disposto no artigo 11, que estabelece o “*direito de todos a um padrão de vida adequado (...)*”.

²⁴⁸ SILVA, Américo Luís Martins da. *A Ordem Constitucional Econômica*, p. 99.

Acerca desse dispositivo, questiona Arjun Sengupta: “*Mas quem decide o que significa esse ‘algum lugar’ onde um indivíduo pode viver em segurança, paz e dignidade?*” E argumenta:

Para assegurar o direito ao desenvolvimento, essa liberdade de escolha, através da participação da decisão, com transparência e responsabilidade, com igualdade de acesso e com participação justa nos benefícios, seria tão importante quanto a oferta de moradia a um custo razoável através de políticas de desenvolvimento.

(...)

Essa liberdade, embora deva ser exercida com cuidado no mundo real, deve estar lá.

(...)

O Estado ou qualquer autoridade não podem decidir arbitrariamente.²⁴⁹

A definição do valor justiça, no âmbito da Constituição Federal, é ponderada pelo professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior²⁵⁰, nos seguintes termos:

Por fim, enumera-se o valor justiça. Na tradição ocidental, deve-se entender a justiça como um princípio formal que se preenche substantivamente das demais virtudes ou, como diríamos agora, dos demais valores. Justiça, neste sentido, é afirmação de um sentimento de inconformismo perante certas diferenças (valor igualdade), perante arbitrariedades (valor segurança), perante a miséria (valor bem-estar), perante a apatia (valor desenvolvimento), perante a negação da dignidade da pessoa como um ser capaz de autodeterminar-se e de participar na realização do bem-comum (valor liberdade). A justiça, como valor fundante, organiza os demais valores e se revela, num sentido substantivo próprio, como equilíbrio axiológico, ponderação e prudência, mas também como desafio e realização.

Com efeito, a justiça social firmada no *caput* do artigo 170, conforme exposto alhures, tem relação umbilical com o artigo 6º da Constituição Federal, aqui transcrito:

São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

²⁴⁹ O direito ao desenvolvimento como um direito humano: a verdadeira liberdade individual não pode existir sem segurança econômica e independência. *Social Democracia Brasileira*, Brasília, ano 1, n. 2, março 2002.

²⁵⁰ Direito e Cidadania na Constituição Federal. *Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 47-48, p. 11-27, jan./dez. 1997. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev1.htm>.

Assim, essa justiça social a que se refere a Constituição deve ser concretizada nos moldes do artigo 6º, satisfazendo-lhe cada direito lá enunciado, tendo o homem como medida de todas as coisas, nas palavras de Protágoras.

Colocar o homem como objeto central da ordem econômica é indispensável para o entendimento do raciocínio aqui colocado, pois é ele o agente que movimenta toda a economia e, ao entorno dele, o sistema econômico deve orbitar, inclusive protegendo-o e satisfazendo-o.

A concretização desses direitos é que leva ao bem-estar social, garantindo a existência digna da coletividade da Nação.

Esse é o esforço travado entre a doutrina e os poderes constituídos em se concretizar os direitos e garantias estatuídos na Constituição Federal, nas razões de Gilberto Bercovici²⁵¹,

Ou seja, não é o fato de não termos alcançado um Estado de Bem-estar Social que nos impede de construir um Estado que possa superar a barreira do subdesenvolvimento. A questão da retomada do desenvolvimento no Brasil está intrinsecamente ligada, portanto, à “Crise do Estado Brasileiro”. Sem repensarmos como queremos estruturá-lo e quais devem ser os seus objetivos, não há como pensar em desenvolvimento. A Constituição de 1988 tentou estabelecer as bases de um projeto nacional de desenvolvimento. No entanto, a falta de consenso em torno da própria Constituição é patente: todos os governos pós-1988 assumiram com o discurso da implementação e da concretização da Constituição, mas todos, sem exceção, praticaram, e praticam, o discurso das reformas constitucionais. Possuir uma Constituição em constante processo de reforma significa que não conseguimos obter um consenso mínimo para estabelecer, a partir das bases constitucionais, um projeto nacional de desenvolvimento.

É o desenvolvimento, compatibilizado com a justiça social como “*pressuposto e, ao mesmo tempo instrumento eficaz da realização dos direitos assegurados de liberdade individual*”²⁵², que fará do Brasil um país que atenda dignamente a sua população.

²⁵¹ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*, p. 67.

²⁵² CARVALHOSA, Modesto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1969*, p. 68.

Extrai-se da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986), conforme explica Arjun Sengupta, que há um direito humano que é chamado o direito ao desenvolvimento e esse direito é “inalienável”, portanto, não pode ser negociado; e há um processo de “desenvolvimento econômico, social, cultural e político” que é reconhecido como um processo do qual “cada pessoa humana e todos os povos têm o direito de participar, contribuir e gozar”.²⁵³

Ainda no texto da Declaração, o artigo 8º, 1, estabelece:

1. Os Estados devem tomar, a nível nacional, todas as medidas necessárias para a realização do direito ao desenvolvimento e devem assegurar, *inter alia*, igualdade de oportunidade para todos em seu acesso aos recursos básicos, educação, serviços de saúde, alimentação, habitação, emprego e distribuição eqüitativa da renda. Medidas efetivas devem ser tomadas para assegurar que as mulheres tenham um papel ativo no processo de desenvolvimento. Reformas econômicas e sociais apropriadas devem ser efetuadas com vistas à erradicação de todas as injustiças sociais.

As medidas devem, pois, assegurar igualdade de oportunidade para todos em seu acesso aos recursos básicos, educação, serviços de saúde, alimentação, habitação, emprego e distribuição eqüitativa de renda, e a responsabilidade para realizar esse processo de desenvolvimento é dos Estados operando nacional e internacionalmente.

Ao Estado, entretanto, incumbe essa responsabilidade e, como anota Arjun Sengupta, apenas deve criar condições para realizar o direito e não para a realização do próprio direito, pois apenas os próprios indivíduos podem realizar o direito.²⁵⁴

Deste marco da justiça social se estabelecem os parâmetros de conformidade de justiça social aos quais devem se subordinar os fundamentos da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, com o fim de assegurar existência digna a toda a população, observados os seguintes princípios:

²⁵³ SENGUPTA, Arjun. O direito ao desenvolvimento como um direito humano: a verdadeira liberdade individual não pode existir sem segurança econômica e independência. *Social Democracia Brasileira*, Brasília, ano 1, n. 2, março 2002.

²⁵⁴ *Ibid.*, Brasília, ano 1, n. 2, março 2002.

- X- soberania nacional;
- XI- propriedade privada;
- XII- função social da propriedade;
- XIII- livre concorrência;
- XIV- defesa do consumidor;
- XV- defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
- XVI- redução das desigualdades regionais e sociais;
- XVII- busca do pleno emprego;
- XVIII- tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, constituídas sob as leis brasileiras, e que tenham sua sede e administração no País.

CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que não é nenhum paradoxo falar em capitalismo humanista, ainda que este perfil fosse adotado pela norma matriz da ordem econômica, na Constituição Federal do Brasil de 1988 – artigo 170.

O significado do *caput* do artigo 170, que dispõe em pé de igualdade a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano, compatibiliza o entorno do fundamento da livre iniciativa, que em si também compreende o direito de propriedade, com o co-fundamento da valorização do trabalho humano. Não é um princípio mais forte que o outro, ou um suprimindo o outro, mas ambos sendo resguardados ao mesmo tempo, e harmonizados.

Os ditames de conformidade da justiça social servem como parâmetro para a concretização do mínimo vital em favor do povo, assegurando a todos os direitos fundamentais humanos de existência digna, em conformidade com os ditames da justiça social.

O tom que deve ser tomado por base pela ordem econômica é a justiça social.

Com o Estado, atendendo aos mandamentos da norma matriz da ordem econômica, proporcionando à população uma condição de vida digna, atendendo não só aos direitos econômicos, mas também aos direitos sociais, políticos e culturais, far-se-á o movimento de subida daquela população que está abaixo da linha da pobreza para a parte correspondente à população com vida digna.

Daí que a prosperidade e a riqueza de uma nação não se medem exclusivamente pela riqueza monetária, não podendo somente ser auferidas pelo Produto Interno Bruto, porém, sim, pelo grau de evolução econômico-social-político-cultural, medido pelo Índice de Desenvolvimento Humano.

Como direitos fundamentais, as perspectivas humanistas do capitalismo parametrizado pelo artigo 170, *caput*, da Constituição Federal, não admitem interpretações programáticas e impõem a concretização dos direitos sociais, elencados no artigo 6º da mesma Carta, além das necessidades básicas, por natureza, das pessoas da população.

Portanto, o artigo 170, *caput*, enquanto direito fundamental, fica subordinado ao artigo 5º, § 1º, *in verbis*:

“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 segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. São Paulo: Aduaneiras, 2004.

ANDRADE, Paulo Bonavides Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 5. ed. Brasília: OAB, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro; FINKELSTEIN, Cláudio. *Mercosul: lições do período de transitoriedade*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

_____. *Direito Econômico Brasileiro*, São Paulo: Celso Bastos, 2000.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Coimbra, Portugal: Coimbra, 2007. vol. 1.

CARVALHOSA, Modesto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1969*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. rev. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONTIPELLI, Ernani. *Aplicação da Norma Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. *Tratados Internacionais na Emenda Constitucional 45. Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. (Qual é o título aqui? Tratados ou Reforma do Judiciário?)

DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*. 6. ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 2003.

DEL MASSO, Fabiano. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DORFMAN, Robert. *Preços e Mercados*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.

FAGUNDES, Jorge. *Fundamentos Econômicos das Políticas de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2003.

FARIA, Werter R. *Constituição Econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Interpretação e estudo da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990.

_____. Direito e Cidadania na Constituição Federal. *Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 47-48, p. 11-27, jan./dez. 1997. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev1.htm>

FERRER, Juan de La Cruz. *Apuntes de Derecho Público Económico*. Madrid: Dykinson, 1992.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Lei de Proteção da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FURTADO, Celso. *Teoria e política do desenvolvimento econômico*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de Teoria Constitucional*. Fortaleza: Imprensa Universitária da Universidade Federal do Ceará, 1989.

_____. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: RCS, 2007.

_____. *Teoria da Ciência Jurídica*, São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Por uma teoria fundamental na Constituição*. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/131006d.pdf>.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____; GERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003.

HAVEMAN, Robert Henry; KNOFF, Kenyon A. *O sistema de mercado*. São Paulo: Livraria Pioneira, 1972.

LOWENFELD, Andréas F. *International Economic Law*. New York: Oxford University Press, 2002.

MACEDO, Ubiratan Borges de. *Liberalismo e Justiça Social*. São Paulo: IBRASA, 1995.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direito Econômico: pareceres sobre o plano de estabilização da economia*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. *Roteiro para uma Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MATSUSHITA, Thiago Lopes. Os Institutos do Estado de Perigo, Lesão e a Resolução por Onerosidade Excessiva à Luz do Novo Código Civil. *Revista Acadêmica da Associação dos Pós-graduandos da PUC/SP*, São Paulo, Ano XII, n. 3, p. 157-185.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Internacional: Tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MONCADA, Luis S. Cabral de. *A problemática jurídica do planejamento econômico*. Coimbra: Coimbra, 1985.

_____. *Direito Econômico*. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 1988.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORIN, Edgar. *O método 5. A Humanidade da Humanidade*. Porto Alegre: Meridional, 2005.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 21.ed. São Paulo, 2006.

NAZAR, Nelson. *Direito Econômico*. Bauru, SP: EDIPRO, 2004.

NÓBREGA, Francisco Adalberto. *Da moeda ao ativo financeiro: uma leitura jurídica do ouro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica*. São Paulo: Malheiros, 2002.

NUSDEO, Fabio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PATRÍCIO, J. Simões. *Curso de Direito Econômico*. 2. ed. revista e actualizada. Lisboa: AAFDL, 1981.

PEREIRA, Afonso Insuela. *O Direito Econômico na Ordem Jurídica*. São Paulo: José Bushatsky, 1974.

PINTO, Nelson Luiz; FINKELSTEIN, Cláudio; SAYEG, Ricardo Hasson; CEZAR, Leonel. Manifesto de Instituição da Escola Humanista de Direito Econômico. *Direito Internacional e Econômico*, n. 1, p. 10, out./dez. 2000.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2000.

QUEIROZ, José Wilson Nogueira de. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

REALE, Miguel. *Visão Geral do Projeto de Código Civil*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1998.

ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à Economia*, 18.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. *Do contrato social*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Constitucional: as estruturas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANTANA, Carlos Alberto Caboz. *O abuso da posição dominante no direito da concorrência*. Lisboa: Edições Cosmos Livraria Arco-íris, 1993.

SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito Econômico*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SAYEG, Ricardo Hasson. *Aspectos Contratuais da exclusividade no fornecimento de combustíveis automotivos*. Bauru, São Paulo: EDIPRO, 2002.

_____. *Práticas Comerciais Abusivas*. São Paulo: EDIPRO, 1995.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SENGUPTA, Arjun. O direito ao desenvolvimento como um direito humano: a verdadeira liberdade individual não pode existir sem segurança econômica e independência. *Social Democracia Brasileira*, Brasília, ano 1, n. 2, março 2002.

SERENS, Manuel Couceiro Nogueira. *Direito da Concorrência e acordos de compra exclusiva*. Coimbra: Coimbra, 1993.

SILVA, Américo Luís Martins da. *A Ordem Constitucional Econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidades das Normas Constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: LTR, 2001.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. *O Poder Reformador na Constituição de 1988*. São Paulo: RCS, 2006.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. *Direito Humanos e Cidadania*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SMITH, Adam. *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*. Nova York: Prometheus Books, 1994.

SODRÉ FILHO, Antonio C. de Azevedo; ZACLIS, Lionel. *Comentários à Legislação Antitruste: direito econômico, defesa da livre concorrência*. São Paulo: Atlas, 1992.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Aspectos Jurídicos do planejamento econômico*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 5. ed. São Paulo: LTR, 2003.

STIGLITZ, Joseph E. *A Globalização e seus Malefícios*. 4. ed. Tradução Bazán Tecnologia e Lingüística. São Paulo: Futura, 2002.

STIGLITZ, Joseph E. *Os exuberantes anos 90: uma nova interpretação da década mais próspera da história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

_____. *Rumo a um novo Paradigma*. São Paulo: Francis, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. 5. ed. São Paulo: LTR, 2003.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Método, 2003.

_____. *Direito Constitucional Econômico*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2006.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. vol. III.

TUPINAMBÁ, Miguel Castro do Nascimento. *A ordem econômica e financeira e a nova Constituição*: arts. 170 a 192. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

VAZ, Isabel. *Direito Econômico das Propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

VAZ, Manoel Afonso. *Legislação de direito econômico*. Coimbra: Coimbra, 1994.