

Lumen & Juris Editora

www.lumenjuris.com.br

EDITORES

João de Almeida

João Luiz da Silva Almeida

CONSELHO EDITORIAL

Alexandre Freitas Câmara
Alexandre Morais da Rosa
Cezar Roberto Bitencourt
Cristiano Chaves de Farias
Carlos Eduardo Adriano Japiassú
Elpidio Donizetti
Emerson Garcia
Fauzi Hassan Choukr
Geraldo L. M. Prado
Gustavo Sénéchal de Goffredo
João Carlos Souto
José dos Santos Carvalho Filho
Lúcio Antônio Chamon Junior
Manoel Messias Peixinho
Marcellus Polastri Lima
Marco Aurélio Bezerra de Melo
Marcos Juruena Villela Souto
Nelson Rosenvald
Nilo Batista
Paulo de Bessa Antunes
Paulo Rangel
Salo de Carvalho
Sérgio André Rocha
Sidney Guerra

Rio de Janeiro

Centro – Rua da Assembléia, 10 Loja G/H
CEP 20011-000 – Centro
Rio de Janeiro - RJ
Tel. (21) 2531-2199 Fax 2242-1148

Barra – Avenida das Américas, 4200 Loja E
Universidade Estácio de Sá
Campus Tom Jobim – CEP 22630-011
Barra da Tijuca – Rio de Janeiro - RJ
Tel. (21) 2432-2548 / 3150-1980

São Paulo

Rua Correia Vasques, 48 – CEP: 04038-010
Vila Clementino - São Paulo - SP
Telefax (11) 5908-0240 / 5081-7772

Brasília

SCLS quadra, 402 bloco B Loja 35
CEP 70235-520 Asa Sul - Brasília - DF
Tel. (61)3225-8569

CONSELHO CONSULTIVO

Álvaro Mayrink da Costa
Amilton Bueno de Carvalho
Andreyra Mendes de Almeida Scherer Navarro
Antonio Carlos Martins Soares
Artur de Brito Gueiros Souza
Cesar Flores
Firly Nascimento Filho
Flávia Lages de Castro
Francisco de Assis M. Tavares
Gisele Cittadino
Humberto Dalla Bernardina de Pinho
João Theotonio Mendes de Almeida Jr.
Ricardo Máximo Gomes Ferraz
Sergio Demoro Hamilton
Tárisis Nemeiala Sarlo Jorge
Victor Gameiro Drummond

Minas Gerais

Rua Tenente Brito Mello, 1.233
CEP 30180-070 – Barro Preto
Belo Horizonte - MG
Tel. (31) 3309-4937 / 4934-4931

Bahia

Rua Dr. José Peroba, 349 – Sis 505/506
CEP 41770-235 - Costa Azul
Salvador - BA - Tel. (71) 3341-3646

Rio Grande do Sul

Rua Riachuelo, 1335 - Centro
CEP 90010-271 – Porto Alegre - RS
Tel. (51) 3212-8590

Espírito Santo

Rua Constante Sodré, 322 – Térreo
CEP: 29055-420 – Santa Lúcia
Vitória - ES
Tel. (27) 3235-8628 / 3225-1659

CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO
DANIEL SARMENTO
GUSTAVO BINENBOJM
Coordenadores

VINTE ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

EDITORA LUMEN JURIS
Rio de Janeiro
2009

VI.

CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA,
ADMINISTRAÇÃO E FINANÇAS PÚBLICAS

Estado Intervencionista e Constituição Social no Brasil: O Silêncio Ensurdecedor de um Diálogo entre Ausentes*

Gilberto Bercovici

Vários constitucionalistas costumam afirmar que “só há tanto Estado quanto constitui a constituição” (“*nur so viel Staat, wie die Verfassung konstituiert*”).¹ Isto não é verdade, historicamente, em nenhum lugar, muito menos no Brasil. Esta afirmação costuma estar associada ao suposto fenômeno do “descolamento” ou “desligamento” da constituição em relação ao Estado (“*Ablösung der Verfassung vom Staat*”), inserido no debate sobre a ainda inviabilizada “constituição” europeia.² Na realidade, trata-se de um problema distinto, o de um diálogo entre ausentes, o diálogo entre Estado e constituição. O caso brasileiro de estruturação e institucionalização do Estado social (aqui entendido em sentido amplo, como sinônimo de Estado intervencionista ou, no nosso caso específico, Estado desenvolvimentista)³ e das políticas públicas de implementação de direitos sociais desde a Revolução de 1930 mostra como este diálogo não só se dá entre ausentes, mas também gera um silêncio ensurdecedor de nossa doutrina publicista.

No Brasil, a construção do Estado nacional se dá, essencialmente, no âmbito do poder executivo, com maior ênfase a partir de 1930.⁴ Foi neste período, inclusive, que ocorreu a

* Este título está inspirado no, hoje clássico, livro de Heinrich MEIER, *Carl Schmitt, Leo Strauss und "Der Begriff des Politischen": Zu einem Dialog unter Abwesenden*, reimpr., Stuttgart/Weimar, Metzler, 1998.

1 Defendendo a posição de que só existe “tanto Estado quanto a constituição constitui”, seguindo, em alguns pontos, a teoria da integração de Rudolf Smend, vide Peter HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2ª ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1998, pp. 620-621. Vide, no mesmo sentido, José Joaquim Gomes CANOTILHO, “A Teoria da Constituição e as Insinuações do Hegelianismo Democrático” in J. A. Pinto RIBEIRO (coord.), *O Homem e o Tempo – Liber Amicorum para Miguel Baptista Pereira*, Porto, Fundação Engenheiro António de Almeida, 1999, pp. 415-418.

2 Cf. Anne PETERS, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, pp. 93-94 e 163-166. Vide também José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 2004, pp. 1337-1338 e a crítica de António José Avelãs NUNES, “A Constituição Europeia: A Constitucionalização do Neoliberalismo”, *Boletim de Ciências Económicas*, vol. XLVIII, Coimbra, Universidade de Coimbra, 2005, pp. 323-325 e 352-353.

3 Vide, neste sentido, Manuel GARCÍA-PELAYO, *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*, 2ª ed., Madrid, Alianza Editorial, 1995, p. 14 e Gilberto BERCOVICI, *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*, São Paulo, Max Limonad, 2003, pp. 54-55. Sobre as imprecisões da expressão “Estado Social”, vide Paulo BONAVIDES, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996, pp. 182-183.

4 Vide, por todos, Sônia DRAIBE, *Rumos e Metamorfoses: Um Estudo sobre a Constituição do Estado e as Alternativas da Industrialização no Brasil, 1930-1960*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1985, pp. 42-45, 60-63, 77-80, 82-83, 98-100, 135-136 e 254-259; José Luis FIORI, “Por uma Economia Política do Estado Brasileiro” in *Em Busca do Dissenso Perdido: Ensaios Críticos sobre a Festejada Crise do Estado*, Rio de Janeiro, Insight, 1995, pp. 146-151 e Wanderley Guilherme dos SANTOS, *O Ex-Leviatã Brasileiro: Do Voto Disperso ao Clientelismo Concentrado*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2006, pp. 13-49.

primeira e única reforma verdadeira do Estado no Brasil, que resultou na profissionalização da administração pública com a criação do DASP (Departamento Administrativo do Serviço Público).⁵ No entanto, nenhuma de nossas constituições sociais e democráticas do período (1934 e 1946) tinha um projeto deste Estado que se estava estruturando.

Na realidade, o que ocorre em 1934, fundamentalmente, é a constitucionalização das medidas tomadas pelo Governo Provisório de Getúlio Vargas. Ou seja, uma sistematização constitucional do que já havia sido regulado pelo Poder Executivo revolucionário, como a nacionalização do subsolo, das águas, jazidas minerais e demais fontes energéticas (artigos 118 e 119),⁶ constitucionalizando os princípios do Código de Minas (Decreto nº 24.642, de 10 de julho de 1934)⁷ e do Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934).⁸ Em termos de atuação estatal, o Poder Executivo acaba agindo à margem e apesar da constituição, embora não de forma propriamente inconstitucional, como muitas vezes se deu sob a Constituição de 1891.⁹ A Constituição de 1934, no entanto, não é a referência de atua-

ção do Estado brasileiro. Esta se dá nas esferas do direito administrativo e do direito econômico.¹⁰ A constituição autoriza a intervenção estatal (artigo 116, que concede permissão à União de monopolizar determinado setor ou atividade econômica, desde que agisse segundo o interesse público e autorizada por lei, entre outros), constitucionaliza algumas medidas, como os serviços públicos dos artigos 5º, VII e VIII (correios, telégrafos, comunicações, navegação aérea e vias férreas), as diretrizes da prestação dos serviços públicos (artigos 136, 137 e 142, que dispõem sobre o regime das empresas concessionárias de serviço público e sobre as tarifas), mas não dá, propriamente, direção alguma para a atuação estatal.

Há, ainda, no texto constitucional de 1934, a previsão expressa de direitos sociais, como o artigo 10, II e VI, que dá competência à União e aos Estados para cuidar da saúde e assistência públicas e difundir a instrução pública; a previsão constitucional dos direitos trabalhistas (artigos 120 a 123),¹¹ já implementados pelos decretos do Governo Provisório; e o artigo 138, que prevê as políticas de assistência e higiene sociais e o artigo 149, que proclama a educação como um direito de todos. Neste mesmo capítulo, denominado "Da Família, da Educação e da Cultura" (Título V, artigos 144 a 158), ainda se determina a elaboração de um plano nacional de educação (artigos 5º, XIV, 150, 'a', 150, parágrafo único e 152) e a vinculação de receitas de todos os entes da Federação para o desenvolvimento da educação (artigos 156 e 157). No entanto, desde a criação do Ministério da Educação e Saúde Pública (Decreto nº 19.402, de 14 de novembro de 1930), a própria estruturação dos sistemas públicos de educação¹² e saúde¹³ e os primórdios das

5 Vide Beatriz M. de Souza WAHRLICH, "O Governo Provisório de 1930 e a Reforma Administrativa", *Revista de Administração Pública*, vol. 9, Rio de Janeiro, Ed.FGV, dezembro de 1975, pp. 5-68.

6 A Primeira Guerra Mundial chamou a atenção da importância estratégica dos recursos minerais brasileiros, particularmente o ferro e o petróleo. Foi a produção de aço, concedida ao Industrial Percival Farquhar, da "Companhia de Aços Itabira", e a oposição do Governador de Minas Gerais e, logo depois, Presidente da República Arthur Bernardes a esta concessão, que gerou o principal debate sobre a nacionalização dos recursos minerais brasileiros, culminando na Reforma Constitucional de 1926, que alterou a Constituição de 1891, proibindo a transferência de minas e jazidas minerais necessárias à segurança e defesa nacionais para estrangeiros (nova redação do artigo 72, §17). A nacionalização do subsolo, separando-o da propriedade do solo, deu-se, no entanto, apenas com a Revolução de 1930. Vide John D. WIRTH, *A Política do Desenvolvimento na Era de Vargas*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1973, pp. 59-72.

7 A legislação ordinária será alterada em 1940 (Código de Minas, Decreto-Lei nº 1.985, de 29 de março de 1940) e 1967 (Código de Mineração, Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967, ainda em vigor, embora com várias modificações). A criação da Companhia Siderúrgica Nacional (Decreto-Lei nº 3.002, de 30 de janeiro de 1941), em Volta Redonda (RJ), como parte da aliança do Brasil com os Estados Unidos durante a Segunda Guerra Mundial, a criação do Conselho Nacional do Petróleo (Decreto-Lei nº 395, de 29 de abril de 1938 e Decreto-Lei nº 538, de 7 de julho de 1938), sob a direção do General Júlio Caetano Horta Barbosa, e a criação da Companhia Vale do Rio Doce (Decreto-Lei nº 4.352, de 1º de junho de 1942), iniciaram a construção da infra-estrutura mineral e siderúrgica que possibilitou o processo de industrialização do país. Este processo vai ser consolidado com a campanha popular "O Petróleo é Nosso", no início da década de 1950, que culmina com a criação da Petrobrás e do monopólio estatal do petróleo (Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953) no segundo governo de Getúlio Vargas. Sobre a siderurgia e a mineração, vide John D. WIRTH, *A Política do Desenvolvimento na Era de Vargas cit.*, pp. 73-109; Francisco Magalhães GOMES, *História da Siderurgia no Brasil*, Belo Horizonte/São Paulo, Itatiaia/EDUSP, 1983, pp. 201-285 e Marta Zorzal e SILVA, *A Vale do Rio Doce na Estratégia do Desenvolvimentismo Brasileiro*, Vitória, EDUFES, 2004, pp. 134-223.

8 O projeto do Código de Águas foi elaborado, ainda em 1907, por Alfredo Valladão, mas só foi implementado a partir do Governo Provisório, no início da década de 1930. Sobre a elaboração e conteúdo do Código de Águas, vide Luiz Gustavo Kaercher LOUREIRO, *A Indústria Elétrica e o Código de Águas: O Regime Jurídico das Empresas de Energia entre a Concessão de Serviço Público e a Regulation of Public Utilities*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, pp. 173-206.

9 Sobre a intervenção estatal nas esferas econômica e social durante a vigência da Liberal Constituição de 1891, vide Steven TOPIK, *A Presença do Estado na Economia Política do Brasil de 1889 a 1930*, Rio de Janeiro, Record, 1987 e Ailton Cerqueira Leite SEELAENDER, "Pondo os Pobres no seu Lugar - Igualdade Constitucional e Intervencionismo Segregador na Primeira República" in Jacinto Nelson de Miranda COSTA, THO & Martonio Monti Alverne Barreto LIMA (orgs.), *Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, pp. 1-26.

10 A título de ilustração, vide as obras, hoje clássicas, de Themístocles Brandão CAVALCANTI, *Instituições de Direito Administrativo Brasileiro*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1936 e Alberto VENÂNCIO Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: O Direito Público Econômico no Brasil*, Rio de Janeiro, Ed. FGV, 1968.

11 Para uma análise histórica da legislação trabalhista no Brasil, vide, por todos, John D. FRENCH, *Afogados em Leis: A CLT e a Cultura Política dos Trabalhadores Brasileiros*, São Paulo, Editora Fundação Perseu Abramo, 2001. Sobre a assessoria jurídica do Ministério do Trabalho, particularmente o papel de Joaquim Pimenta e de Evaristo de Moraes na elaboração da legislação trabalhista, vide Joseli Maria Nunes MENDONÇA, *Evaristo de Moraes, Tribuna da República*, Campinas, EdUNICAMP, 2007, pp. 381-436 e Orlando de BARROS, "Os Intelectuais de Esquerda e o Ministério Lindolfo Collor" in Jorge FERREIRA & Daniel Aarão REIS (orgs.), *As Esquerdas no Brasil*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2007, vol. 1, pp. 299-330. Sobre a defesa do modelo adotado para estruturar a Justiça do Trabalho, com textos elaborados em meio a uma polémica, ainda sob o regime constitucional de 1934, com o professor e então deputado federal Waldemar Ferreira, vide Francisco José de Oliveira VIANNA, *Problemas de Direito Corporativo*, Rio de Janeiro, José Olympio, 1938, pp. 73-175. Para uma análise crítica da influência do corporativismo na elaboração da legislação trabalhista brasileira, especialmente a sindical, vide José Francisco SIQUEIRA Neto, *Liberdade Sindical e Representação dos Trabalhadores nos Locais de Trabalho*, São Paulo, LTR, 1999, pp. 300-305.

12 Vide Simon SCHWARTZMAN (org.), *Estado-Novo, Um Auto-Retrato (Arquivo Gustavo Capanema)*, Brasília, EdUnB, 1982, pp. 355-378; Simon SCHWARTZMAN, Helena Bousquet BOMENY & Vanda Ribeiro COSTA, *Tempos de Capanema*, Rio de Janeiro/São Paulo, Paz e Terra/EDUSP, 1984, pp. 173-266; 1938, pp. 73-175. Para uma análise crítica da influência do corporativismo na elaboração da legislação trabalhista brasileira, especialmente a sindical, vide José Francisco SIQUEIRA Neto, *Liberdade Sindical e Representação dos Trabalhadores nos Locais de Trabalho*, São Paulo, LTR, 1999, pp. 300-305.

13 Vide Simon SCHWARTZMAN (org.), *Estado-Novo, Um Auto-Retrato (Arquivo Gustavo Capanema) cit.*, pp. 379-418. Gilberto HOCHMAN & Cristina M. Oliveira FONSECA, "O Que Há de Novo? Políticas de

políticas de cultura¹⁴ e de instituição dos órgãos de previdência social¹⁵ ocorrem durante todo o Primeiro Governo Vargas (1930-1945), sem qualquer vinculação material, durante o período constitucional, ao texto de 1934.

Embora no texto constitucional de 1934 haja esta previsão expressa de direitos sociais como saúde, assistência pública e educação, a doutrina publicista da época não atribuiu valor jurídico a estes direitos.¹⁶ Pontes de Miranda é um caso interessante, pois em uma obra de 1932, denominada *Os Fundamentos Actuaes do Direito Constitucional*, há a defesa explícita do papel ativo do Estado na reestruturação social, devendo este ser o responsável pela "desproletarização" das classes proletárias e pela socialização progressiva dos meios de produção.¹⁷ Os direitos sociais são compreendidos como direitos fundamentais, especialmente o direito à subsistência e o direito à educação:¹⁸ "O coração do direito constitucional de hoje é o direito à subsistência e à educação. (...) As constituições do Seculo XX que não assegurem, como direito irreductivel, o direito à subsistencia e à educação, serão folhas tenues de papel por sobre os Povos: a primeira lufada as rompe, a primeira crise as reduz a poeira".¹⁹ No entanto, o curioso é que, apesar de, em 1932, Pontes de Miranda afirmar categoricamente que: "O que é certo é que a questão social, nos seus aspectos claros, já não pôde ficar fóra das novas Constituições",²⁰ em seus célebres Comentários às Constituições de 1934 e 1946, ele adota a categoria de "norma programática" para definir as normas constitucionais que versam sobre as políticas públicas e os direitos econômicos e sociais, definindo o texto destes artigos como "mera recomendação", por não haver, formalmente, qualquer sanção prevista pelo seu descumprimento.²¹

A Constituição de 1946 herda o Estado construído a partir de 1930. No entanto, o novo texto constitucional retrocede em termos de garantia formal dos direitos sociais

Saúde Pública e Previdência, 1937-1945" in Dulce Chaves PANDOLFI (org.), *Repensando o Estado Novo* cit., pp. 73-77 e 81-93; Gilberto HOCHMAN & Cristina M. Oliveira FONSECA, "A I Conferência Nacional de Saúde: Reformas, Políticas e Saúde Pública em Debate no Estado Novo" in Ângela Maria de Castro GOMES (org.), *Capanema: O Ministro e seu Ministério* cit., pp. 173-193 e, especialmente, Cristina M. Oliveira FONSECA, *Saúde no Governo Vargas (1930-1945): Atualidade Institucional de um Bem Público*, Rio de Janeiro, Editora FIOCRUZ, 2007.

- 14 Vide Simon SCHWARTZMAN, Helena Bousquet BOMENY & Vanda Ribeiro COSTA, *Tempos de Capanema* cit., pp. 79-105; Sergio MICELL, "A Política Cultural" in Dulce Chaves PANDOLFI (org.), *Repensando o Estado Novo* cit., pp. 191-196 e Daryle WILLIAMS, "Gustavo Capanema, Ministro da Cultura" in Ângela Maria de Castro GOMES (org.), *Capanema: O Ministro e seu Ministério* cit., pp. 251-269.
- 15 Vide Amélia COHN, *Previdência Social e Processo Político no Brasil*, São Paulo, Moderna, 1980 e Gilberto HOCHMAN & Cristina M. Oliveira FONSECA, "O Que Há de Novo? Políticas de Saúde Pública e Previdência, 1937-1945" cit., pp. 77-81, 85 e 90-91.
- 16 Por exemplo, vide Araújo CASTRO, *A Nova Constituição Brasileira*, 2ª ed, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1936, pp. 462-463.
- 17 Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA, *Os Fundamentos Actuaes do Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1932, pp. 421-423.
- 18 Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA, *Os Fundamentos Actuaes do Direito Constitucional* cit., pp. 266-272, 277-281, 379-386 e 390-391.
- 19 Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA, *Os Fundamentos Actuaes do Direito Constitucional* cit., p. 423.
- 20 Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA, *Os Fundamentos Actuaes do Direito Constitucional* cit., p. 391.
- 21 Vide Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, Rio de Janeiro, Henrique Cahen Editor, 1947, vol. 1, pp. 84-85, entre outras várias passagens, como, no vol. 4, pp. 6-16, 29-47, 51-53, 80-82, 84, 94, 107, 115-116, 118, etc.

(garante os direitos trabalhistas e previdenciários nos artigos 157 a 159, o direito à educação no artigo 166, mas não menciona, por exemplo, expressamente o direito à saúde) e mantém a praxe: o Estado se desenvolve e atua apesar da constituição.

As empresas estatais são os instrumentos privilegiados desta atuação.²² E, dentre estas empresas, destaca-se a Petrobrás, cuja criação foi autorizada por meio da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, como resultado da intensa campanha popular "O Petróleo é Nosso", que se tornou o grande exemplo de empresa estatal bem sucedida simbólica e economicamente.²³ Um órgão que teria crucial importância para o desenvolvimento nacional foi o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE), instituído pela Lei nº 1.628, de 20 de junho de 1952, que caracterizou-se pela vinculação de recursos públicos específicos, sob a forma de empréstimos, destinados para investimentos nos setores estratégicos da economia nacional. O próprio sucesso do Plano de Metas, durante o Governo Kubitschek (1956-1961), deve-se, segundo Carlos Lessa, ao fato de ter sido implementado por meio de uma combinação de fundos financeiros com empresas e autarquias governamentais, coordenadas pelo BNDE.²⁴

Outras inovações trazidas pela via da legislação ordinária foram a criação da Rede Ferroviária Federal (Lei nº 3.115, de 16 de março de 1957), da Eletrobrás (Lei nº 3.890-A, de 24 de abril de 1961), cujo projeto havia sido enviado ao Congresso Nacional ainda em 1951,²⁵ e da Embratel, juntamente com a estruturação do serviço público de telecomunicações (Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962 - Código Brasileiro de Telecomunicações).

A grande diretriz da política econômica e social da chamada Era Vargas (1930-1964), ou seja, a internalização dos centros de decisão econômica, por meio do processo de industrialização e urbanização, se dá apesar da constituição. A constituição simplesmente não é a referência do projeto nacional-desenvolvimentista, embora seja sob a vigência da Constituição de 1946 que se manifesta a enorme influência do pensamento da CEPAL

- 22 Sobre o debate jurídico em torno das empresas estatais no Brasil durante a vigência da Constituição de 1946, vide especialmente Francisco Bilac PINTO, "O Declínio das Sociedades de Economia Mista e o Advento das Modernas Empresas Públicas" (texto de conferência pronunciada em 28 de agosto de 1952), *Revista de Direito Administrativo: Seleção Histórica*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas/Renovar, 1995, pp. 260-270 e Alberto VENÂNCIO Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico* cit., pp. 373-457.
- 23 Vide, por exemplo, Gabriel COHN, *Petróleo e Nacionalismo*, São Paulo, Difel, 1968, pp. 181-188; John D. WIRTH, *A Política do Desenvolvimento na Era de Vargas* cit., pp. 113-192 e Edelmira del Carmen Alveal CONTRERAS, *Os Desbravadores: A Petrobrás e a Construção do Brasil Industrial*, Rio de Janeiro, Relume- Dumará/ANPOCS, 1994. Sobre a campanha "O Petróleo é Nosso" e a criação da Petrobrás em 1953, vide Angelissa Azevedo e SILVA, "A Campanha do Petróleo: Em Busca da Soberania Nacional" in Jorge FERREIRA & Daniel Aarão REIS (orgs.), *As Esquerdas no Brasil* cit., vol. 2, pp. 311-333.
- 24 Carlos LESSA, *Quinze Anos de Política Econômica*, 4ª ed, São Paulo, Brasiliense, 1983, pp. 104-105 e 111; Alberto VENÂNCIO Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico* cit., pp. 327-329; Nelson Mello e SOUZA, "O Planejamento Econômico no Brasil: Considerações Críticas", *Revista de Administração Pública*, vol. 18, nº 4, Rio de Janeiro, outubro/dezembro de 1984, pp. 37-38 e 46 e Lourdes SOLA, *Ideias Econômicas, Decisões Políticas: Desenvolvimento, Estabilidade e Populismo*, São Paulo, EDUSP/FAPESP, 1998, pp. 115-119.
- 25 Sobre o debate e as resistências em torno da criação da Eletrobrás, vide Medeiros LIMA, *Petróleo, Energia Elétrica, Siderurgia: A Luta pela Emancipação - Um Depoimento de Jesus Soares Pereira sobre a Política de Getúlio Vargas*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1975, pp. 115-139 e Carullo BRANCO, *Energia Elétrica e Capital Estrangeiro no Brasil*, São Paulo, Alfa-Omega, 1975, pp. 111-124.

(Comisión Económica para América Latina) no debate político brasileiro, particularmente, entre 1949 e 1964. As teses da CEPAL tiveram grande receptividade, pois davam fundamentação científica para a tradição intervencionista e industrialista existente no Brasil desde 1930. Especialmente a partir do Segundo Governo Vargas (1951-1954), a doutrina formulada pela CEPAL passou a ser vista como útil e importante para a reelaboração e fundamentação das políticas econômicas e da concepção de desenvolvimento, entendimento consolidado com a criação do Grupo Misto CEPAL-BNDE. A concepção do Estado como promotor do desenvolvimento, coordenado por meio do planejamento, dando ênfase a integração do mercado interno e à internalização dos centros de decisão econômica, bem como o reformismo social, característicos do discurso cepalino, foram plenamente incorporados pelos nacional-desenvolvimentistas brasileiros.²⁶ Com o desenvolvimentismo, o Estado evoluiu de mero prestador de serviços para agente responsável pela transformação das estruturas econômicas, promovendo a industrialização.²⁷

Além disto, incorpora-se o Estado ao pensamento social reformador, especialmente a partir do início da década de 1960, quando o desenvolvimento adquire, cada vez mais, um cunho reformista. A própria CEPAL reviu, parcialmente, suas teses, admitindo que apenas a industrialização não solucionaria os problemas sociais latino-americanos. De acordo com as propostas reformistas, a tarefa da América Latina seria acelerar o ritmo de desenvolvimento econômico e redistribuir renda em favor da população. Ambas as tarefas deveriam ser executadas conjuntamente, ou seja, o desenvolvimento econômico não viria antes do desenvolvimento social, mas seriam interdependentes. As transformações na estrutura social, particularmente a reforma agrária, eram necessárias para o desenvolvimento. A questão, no Brasil, deixou de ser a industrialização em si, que já era um processo irreversível com o Plano de Metas de Juscelino Kubitschek (1956-1961), mas para onde conduzir o desenvolvimento e como solucionar os problemas sociais, notadamente a questão agrária.²⁸

A Constituição de 1946 não consegue se tornar a referência do projeto nacional-desenvolvimentista. A ampliação dos direitos sociais, como a unificação e universalização da previdência social (Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960), o décimo-terceiro salário (Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962) e o Estatuto do Trabalhador Rural (Lei nº 4.214, de 02 de março de 1963), se dá por meio da legislação ordinária, não tendo sido ordenada expressamente por determinações constitucionais.

A doutrina publicista da época reforça este distanciamento entre a Constituição de 1946 e as políticas sociais ou de ampliação de direitos, ao definir, em sua imensa maioria, os direitos sociais como "normas programáticas", ou seja, não como direitos, mas como meras intenções políticas ou ideológicas.²⁹ Embora seja uma concepção presente no debate constitucional desde as constituições do México e de Weimar (e, entre nós, desde 1934), a noção de norma programática foi desenvolvida de maneira mais aprofundada pelo italiano Vezio Crisafulli, a partir das disputas em torno da concretização da Constituição da Itália de 1947.³⁰ A concepção de norma programática teve enorme importância na Itália, ao afirmar que os dispositivos sociais da constituição eram também normas jurídicas, portanto, poderiam ser aplicadas pelos tribunais nos casos concretos. As idéias de Crisafulli tiveram grande repercussão e sucesso no Brasil.³¹ No entanto, sua aplicação prática, tanto na Itália como no Brasil, foi decepcionante. Norma programática passou a ser sinônimo de norma que não tem qualquer valor concreto, contrariando as intenções de alguns de seus divulgadores,³² bloqueando, na prática, a concretização da constituição e, especialmente, dos direitos sociais.

- 26 Octavio IANNI, *Estado e Planejamento Econômico no Brasil*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1991, pp. 124-125, 139-141 e 162; Ricardo BIELSCHOWSKY, *Pensamento Econômico Brasileiro: O Ciclo Ideológico do Desenvolvimentismo*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Contraponto, 1995, pp. 11-29 e Lourdes SOLA, *Idéias Econômicas. Decisões Políticas cit.*, pp. 62-63, 70-71, 83-84, 88-89, 100-101 e 133-140. Sobre a relação entre as propostas da CEPAL e os regimes populistas latino-americanos das décadas de 1950 e 1960, vide Octavio RODRIGUEZ, *La Teoría del Subdesarrollo de la CEPAL*, 8ª ed., México, Siglo Veintiuno Ed., 1993, pp. 288-298.
- 27 Celso FURTADO, "Subdesenvolvimento e Estado Democrático" in *A Pré-Revolução Brasileira*, Rio de Janeiro, Fundo de Cultura, 1962, pp. 73 e 77-78. O desenvolvimentismo é, segundo Ricardo Bielschowsky, a ideologia de superação do subdesenvolvimento pela industrialização planejada e apoiada pelo Estado. "Entendemos por desenvolvimentismo, neste trabalho, a ideologia de transformação da sociedade brasileira definida pelo projeto econômico que se compõe dos seguintes pontos fundamentais: a) a industrialização integral é a via de superação da pobreza e do subdesenvolvimento brasileiro; b) não há meios de alcançar uma industrialização eficiente e racional no Brasil através das forças espontâneas de mercado; por isso, é necessário que o Estado a planeje; c) o planejamento deve definir a expansão desejada dos setores econômicos e os instrumentos dessa expansão; e d) o Estado deve ordenar também a execução da expansão, captando e orientando recursos financeiros, e promovendo investimentos diretos naqueles setores em que a iniciativa privada seria insuficiente" in Ricardo BIELSCHOWSKY, *Pensamento Econômico Brasileiro cit.*, pp. 7 e 431.
- 28 Octavio RODRIGUEZ, *La Teoría del Subdesarrollo de la CEPAL cit.*, pp. 213-225 e Ricardo BIELSCHOWSKY, *Pensamento Econômico Brasileiro cit.*, pp. 420-429 e 433-434. Sobre a irreversibilidade da industrialização após o Plano de Metas, vide Carlos LESSA, *Quinze Anos de Política Econômica* cit., pp. 86-89 e João Manoel Cardoso de MELLO, *O Capitalismo Tardio*, 8ª ed., São Paulo, Brasiliense, 1991, pp. 109-123.

Para a análise clássica do declínio do modelo de industrialização por substituição de importações até então bem-sucedido, vide Maria da Conceição TAVARES, "Auge e Declínio do Processo de Substituição de Importações no Brasil" in *Da Substituição de Importações ao Capitalismo Financeiro - Ensaio sobre a Economia Brasileira*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Zahar, 1973, pp. 115-124. Vide, ainda, Antônio José Avelãs NUNES, *Industrialização e Desenvolvimento: A Economia Política do "Modelo Brasileiro de Desenvolvimento"*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, pp. 280-350. Sobre a Questão Agrária, vide, especialmente, Aspásia de Alcântara CAMARGO, "A Questão Agrária: Crise de Poder e Reformas de Base (1930-1964)" in Boris FAUSTO (coord.), *História Geral da Civilização Brasileira*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 1991, tomo III, volume 10, pp. 121-224. Para uma compilação dos vários projetos de reforma agrária apresentados e discutidos entre 1946 e 1964, vide João Pedro STEDILE, (org.), *A Questão Agrária no Brasil: Programas de Reforma Agrária 1946-2003*, 2ª ed., São Paulo, Expressão Popular, 2005, pp. 17-117.

- 29 Vide, por exemplo, José Horácio Meirelles TEIXEIRA, *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991, pp. 304-305, 319-328 e 331-361 e A. de Sampaio DÓRIA, *Direito Constitucional - Curso e Comentários à Constituição*, 3ª ed., São Paulo, Cia. Ed. Nacional, 1953, vol. 1, pp. 255-259 e vol. 2, pp. 320-340, 354-358 e 420-422.
- 30 Os textos clássicos que tratam do assunto são os artigos "Le Norme 'Programmatiche' della Costituzione" in Vezio CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*, Milano, Giuffrè, 1952, pp. 51-83 e "L'art. 21 della Costituzione e l'Equivoco delle Norme 'Programmatiche'" in *idem*, pp. 99-111.
- 31 Devemos destacar o texto pioneiro de José Horácio Meirelles TEIXEIRA, *Curso de Direito Constitucional cit.*, pp. 295-362, em que Crisafulli é constantemente citado. Parte das idéias do jurista italiano vão ser incorporadas, posteriormente, à tese de José Afonso da Silva sobre a "aplicabilidade das normas constitucionais".
- 32 Particularmente, este é o caso de Vezio Crisafulli, que admitiu expressamente que a concepção de norma programática acabou consistindo em um equívoco, pois, embora tenha sido elaborada para estender o campo da juridicidade, terminou justificando a não concretização das normas constitucionais, notadamente as de cunho social. Cf. Vezio CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio cit.*, pp. 99-111, especialmente p. 101.

Mas uma ressalva deve ser feita: ainda não se tratava de um corpo teórico acabado e sistematizado no sentido da não concretização dos direitos sociais. Isto só irá ocorrer ao final da década de 1960, sob a ditadura militar, com José Afonso da Silva e a sua tese sobre a "aplicabilidade das normas constitucionais", que dá origem à paradoxal e auto-intitulada "Doutrina Brasileira da Efevidade",³³ que impede o avanço da teoria constitucional brasileira até hoje.

No entanto, muito mais importante do que este debate, devemos destacar algo que, sob a vigência da Constituição de 1934, talvez não tenha ocorrido por falta de tempo. Sob a Constituição de 1946, nas poucas ocasiões em que o debate sobre a ampliação ou a concretização de direitos chegou ao nível da discussão constitucional, a constituição serviu como bloqueio das políticas de inclusão. O caso mais notório é o da reforma agrária, impedida pelo artigo 141, § 16, da Constituição de 1946,³⁴ que exigia indenização prévia e em dinheiro para a desapropriação dos latifúndios improdutivos. A constituição, assim, funcionou como um bloqueio à atuação do Estado, não como estipuladora ou incentivadora desta atuação. Ela não foi um projeto de organização política e social, pelo contrário.

O que se pode perceber, então, é que durante o período em que houve uma maior atuação deliberada do Estado no sentido de transformar as estruturas econômicas, políticas e sociais, com efetiva ampliação de direitos fundamentais e de políticas públicas implementadoras, parcial ou totalmente, destes direitos, a constituição ficou à margem deste processo. Esta atuação estatal não se justificou pela estrutura ou pelo programa constitucional. Pelo contrário, conforme se radicaliza a direção inclusiva das políticas do Poder Executivo, como no período das "Reformas de Base", mais o texto constitucional foi levantado pela doutrina constitucionalista e pelos setores políticos conservadores como obstáculo à ampliação da cidadania. Isto ocorreu até o momento em que não era mais suficiente, ou eficaz, o argumento jurídico-constitucional de bloqueio, e, em 1964, se apelou, então, para o golpe militar.

Será que esta situação mudou em 1988? O que realmente mudou foi o modelo de constituição. Ela continua a ser uma constituição democrática e social (ou programática), mas vai um pouco além: é também uma constituição dirigente.³⁵ A Constituição de 1988

33 Vide a tese de José Afonso da SILVA, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 3ª ed. São Paulo, Malheiros, 1998, publicada pela primeira vez em 1967 e, a título de curiosidade, a reconstrução apologética da auto-intitulada "Doutrina Brasileira da Efevidade" escrita por um de seus principais divulgadores em Luis Roberto BARROSO, "A Doutrina Brasileira da Efevidade" in *Temas de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, Tomo III, pp. 61-77.

34 "Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes a vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes: § 16 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, sem assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito e a indenização ulterior" (grifos meus).

35 Para o debate em torno da constituição dirigente, vide José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas* 2ª ed., Coimbra, Coimbra Ed., 2001, pp. 12, 14, 18-24, 27-30 e 69-71; Gilberto BERCOVICI, "A Problemática da Constituição Dirigente: Algumas Considerações sobre o Caso Brasileiro", *Revista de Informação Legislativa* nº 142, Brasília, Senado Federal, abril/junho de 1999, pp. 35-51; José Joaquim Gomes

possui expressamente um plano de transformação da sociedade brasileira,³⁶ com o reforço dos direitos sociais, a proteção ao mercado interno (artigo 219), o desenvolvimento e a erradicação da miséria e das desigualdades sociais e regionais (artigos 3º e 170) como objetivos da República, isto é, com a inclusão do programa nacional-desenvolvimentista no seu texto.³⁷ No entanto, constituição e Estado continuam se estranhando mutuamente.

A Constituição de 1988 recebe o Estado estruturado sob o regime militar (1964-1985), ou seja, o Estado reformado pelo PAEG (Plano de Ação Econômica do Governo) de Roberto Campos e Octavio Gouveia de Bulhões (1964-1967),³⁸ responsáveis pela atual configuração do sistema monetário e financeiro, com a criação do Banco Central do Brasil (Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964),³⁹ do sistema tributário nacional (Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965, e Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966)⁴⁰ e da estrutura administrativa, por meio da reforma implementada pelo Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que exige a gestão "empresarial" dos órgãos administrativos, ressuscitada por Bresser Pereira trinta anos depois.⁴¹

CANOTILHO, "Prefácio" in *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador cit.*, 2ª ed, pp. V-XXX e Gilberto BERCOVICI, "A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição" in Cláudio Pereira de SOUZA Neto; Gilberto BERCOVICI; José Filomeno de MORAES Filho & Martonio Mont'Alverne Barreto LIMA, *Teoria da Constituição: Ensaio sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003, pp. 114-120.

36 Eu defendi este ponto de vista na conclusão de meu livro Gilberto BERCOVICI, *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição cit.*, pp. 312-315 e nos artigos Gilberto BERCOVICI, "Estado, Soberania e Projeto Nacional de Desenvolvimento: Breves Indagações sobre a Constituição de 1988", *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* nº 1, Belo Horizonte, Del Rey, janeiro/junho de 2003, pp. 559-569 e Gilberto BERCOVICI, "O Poder Constituinte do Povo no Brasil: Um Roteiro de Pesquisa sobre a Crise Constituinte" in Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO & Martonio Mont'Alverne Barreto LIMA (orgs.), *Diálogos Constitucionais cit.*, pp. 222-224.

37 Para uma análise sobre o princípio constitucional da soberania econômica e sobre a incorporação do mercado interno ao patrimônio nacional, vide Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, 12ª ed, São Paulo, Malheiros, 2007, pp. 225-231, 254-255 e 273. Sobre a incorporação do ideário nacional-desenvolvimentista (e keynesiano) no texto da Constituição de 1988, vide Gilberto BERCOVICI, *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição cit.*, pp. 35-44, 54-67, 291-302 e 312-315 e Gilberto BERCOVICI, *Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma Leitura a partir da Constituição de 1988*, São Paulo, Malheiros, 2005, pp. 45-68.

38 Sobre o PAEG, vide Celso L. MARTONE, "Análise do Plano de Ação Econômica do Governo (PAEG) (1964-1966)" in Betty Mândim LAFER (org.), *Planejamento no Brasil*, São Paulo, Perspectiva, 1970, pp. 69-89; Estado e Planejamento Econômico no Brasil cit., pp. 229-242 e 261-288.

39 Gilda Portugal GOUVEIA, *Burocracia e Elites Burocráticas no Brasil*, São Paulo, Paulicéia, 1994, pp. 133-148 e José Marcos Nayme NOVELLI, *Instituições, Política e Ideias Econômicas: O Caso do Banco Central do Brasil (1965-1998)*, São Paulo, Annablume, 2001, pp. 129-133.

40 Vide Fabricio Augusto de OLIVEIRA, *A Reforma Tributária de 1966 e a Acumulação de Capital no Brasil*, 2ª ed, Belo Horizonte, Oficina de Livros, 1991, pp. 43-90 e Fabricio Augusto de OLIVEIRA, *Autoritarismo e Crise Fiscal no Brasil (1964-1984)*, São Paulo, Hucitec, 1995, pp. 15-30.

41 Sobre a chamada "Reforma Gerencial", vide Luiz Carlos Bresser PEREIRA, *Reforma do Estado para a Cidadania: A Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional*, reimpr., São Paulo/Brasília, Ed.34/ENAP, 2002., pp. 109-126. Para a crítica da concepção neoliberal de "Reforma do Estado", que conde a reestruturação do Estado com a mera diminuição de tamanho do setor público, vide especialmente José Luis FIORI, "Reforma ou Sucata? O Dilema Estratégico do Setor Público Brasileiro" in *Em Busca do Dissenso Perdido cit.*, pp. 113-116.

As tentativas de mudança no papel do Estado, levadas a cabo pelos governos conservadores eleitos a partir de 1989, muitas vezes optaram pelo caminho das reformas constitucionais, com o intuito deliberado de "blindar" as alterações, impedindo uma mudança de política. Isto quando ditas "reformas" simplesmente não ocorreram à margem, ou até contrariamente, do disposto no texto constitucional, como no caso do Plano Nacional de Desestatização (Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, posteriormente substituída pela Lei nº 10.482, de 9 de setembro de 1997), ou das leis que criaram as "agências" reguladoras.⁴² A chamada "Reforma do Estado" da década de 1990 não reformou o Estado. Afinal, as "agências" foram simplesmente acrescentadas à estrutura administrativa brasileira, não modificaram a Administração Pública, ainda configurada pelo Decreto-Lei nº 200/1967, apenas deram uma aura de modernidade ao tradicional patrimonialismo que caracteriza o Estado brasileiro. A "reforma regulatória" consiste em uma nova forma de "captura" do fundo público, ou seja, a "nova regulação" nada mais é do que um novo patrimonialismo,⁴³ com o agravante de, com o desmonte e privatização do Estado, o direito administrativo e o direito econômico, antes instrumentos essenciais da atuação estatal, terem sido reduzidos à chamada "regulação", quase um direito civil ou comercial.

E, neste contexto, qual é o papel da constituição? Embora ela pretenda ter um papel de consagrar as bases de um projeto nacional, de um plano de transformações, de implementadora de políticas públicas e de estruturadora do Estado, isto não passou da pretensão. A própria doutrina constitucionalista brasileira, o que é outra tradição nossa, contribuiu para isso, com a auto-intitulada "Doutrina Brasileira da Efetividade" e a redução do debate constitucional às questões envolvendo a dicotomia entre regras e princípios ou às questões hermenêuticas e de interpretação, consagrando um deslocamento, que não necessariamente corresponde à realidade política, do centro do sistema constitucional da esfera dos poderes executivo e legislativo para o âmbito do poder judiciário.

Ocorre, no Brasil pós-1988, algo paradoxal: os cientistas políticos e sociólogos buscam, cada vez mais, compreender o funcionamento das instituições e seu regime jurídico-constitucional.⁴⁴ Já os constitucionalistas, por sua vez, refugiam-se nos debates sobre a aplicação judicial das normas e da hermenêutica e interpretação constitucionais, tornan-

do o judiciário praticamente o único setor estatal estudado e analisado por um direito público que se pretende democrático, mas não fala de democracia. O risco de uma teoria constitucional sem preocupações com o Estado é o do abandono, pela política democrática e partidária, da esfera da constituição. Afinal, a constituição se liberta da política, mas a política também acaba se desvinculando dos fins e tarefas previstos no texto constitucional. Como afirma Fioravanti: "*Ad una costituzione libera dalla politica rischia di corrispondere una politica libera dalla costituzione*".⁴⁵

A limitação das questões constitucionais à interpretação, reduz o debate sobre a ordem econômica, por exemplo, a quais são os princípios preferidos, ou não, dos autores.⁴⁶ Ilustrativos são os exemplos de dois recentes manuais, que, ao mencionarem os princípios da ordem econômica, limitam-se a dissertar sobre a propriedade privada, a livre iniciativa e a livre concorrência⁴⁷ ou a função social da propriedade, a livre concorrência e a defesa do consumidor.⁴⁸ Os demais princípios da ordem econômica (soberania, redução das desigualdades sociais e regionais, pleno emprego, tratamento privilegiado às pequenas empresas, etc) sequer são mencionados, assim como parte da doutrina publicista costuma interpretar, sem nenhuma motivação que não a ideológica, a livre iniciativa de forma quase "fundamentalista".⁴⁹

Exemplo paradigmático deste tipo de debate sob o regime constitucional de 1988 é o da polêmica em torno do artigo 192, § 3º, da Constituição, que estipulava o teto da taxa de juros em 12% ao ano,⁵⁰ hoje retirado do texto constitucional pela Emenda nº 40, de 2003. Dois dias após a promulgação da constituição, em 7 de outubro de 1988, foi publicado o Parecer da Consultoria-Geral da República SR nº 70, de 6 de outubro de 1988, que entendia o artigo 192, § 3º, como não auto-aplicável, dependendo, portanto, de legislação regulamentadora. Este parecer foi aprovado pelo Presidente da República de então, adquirindo, assim, caráter normativo. O parecer da Consultoria-Geral da República foi secundado por vários outros de juristas que contestavam a possibilidade de aplicação imediata do referido dispositivo.⁵¹

42 Em relação ao aparente paradoxo "independent agencies are not independent", vide Cass R. SUNSTEIN, "Paradoxes of the Regulatory State" in *Free Markets and Social Justice*, reimpr., Oxford/New York, Oxford University Press, 1999, pp. 285-286 e 293-294. Para outras críticas ao modelo de "agências" implementado no Brasil, vide Eros Roberto GRAU, "As Agências, Essas Repartições Públicas" in Caixoto SALOMÃO Filho (org.), *Regulação e Desenvolvimento*, São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 25-28.

43 Vide Luis Fernando MASSONETTO, "(Des)Regulação: Em Busca do Senso Perdido" in Maria Sylvia Zanella Di Pietro (coord.), *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*, Belo Horizonte, Editora Forum, 2003, pp. 125-136.

44 Por exemplo, vide Rogério Bastos ARANTES, *Judiciário, Judiciário e Política no Brasil*, São Paulo, IDESP/Ed. Sumaré - FAPESP EDUC, 1997; Luiz Werneck VIANNA, Maria Alice Rezende de CARVALHO, Manuel Falgado Cunha MELO & Marcelo Baumann BURGOS, *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*, Rio de Janeiro: Revan, 1999; Argelina Cheibub FIGUEIREDO & Fernando LIMONGI, *Executivo e Legislativo na Nova Ordem Constitucional*, Rio de Janeiro, Ed.FGV, 1999; Marta ARRETCHE, *Estado Federativo e Políticas Sociais. Determinantes da Descentralização*, Rio de Janeiro/São Paulo: Revan - FAPESP, 2000; Luiz Werneck VIANNA (org.), *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*, Belo Horizonte: EdUFMG-UPERI, 2002, entre vários outros.

45 Maurizio FIORAVANTI, *Costituzione e Popolo Sovrano: La Costituzione Italiana nella Storia del Costituzionalismo Moderno*, Bologna, Il Mulino, 1998, p. 20.

46 Para a crítica desta concepção de princípios, entendidos como obrigações *prima facie*, na medida em que poderiam ser superadas por outros princípios colidentes, vide Humberto ÁVILA, *Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*, 8ª ed., São Paulo, Malheiros, 2008, pp. 44-51.

47 Marçal JUSTEN Filho, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 2005, pp. 87-89.

48 Gilmar Ferreira MENDES; Inocêncio Mártires COELHO & Paulo Gustavo Gomes BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 1288-1297.

49 Para a crítica desta interpretação "fundamentalista" da livre iniciativa, vide Cláudio Pereira de SOUZA Neto & José Vicente Santos de MENDONÇA, "Fundamentalização e Fundamentalismo na Interpretação do Princípio Constitucional da Livre Iniciativa" in Cláudio Pereira de SOUZA Neto & Daniel SARMENTO (coords.), *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, pp. 709-741.

50 Art. 192, § 3º: "As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar".

51 Os pareceres de Hely Lopes Meirelles, Caio Tácito, José Frederico Marques, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Celso Bastos e Ives Gandra da Silva Martins foram publicados na *Revista de Direito Público* nº 88.

A matriz teórica de todas as contestações era a da "Doutrina Brasileira da Efetividade", a teoria da aplicabilidade das normas constitucionais de José Afonso da Silva. Embora este autor se manifeste em sentido distinto, afirmando que a tese que defende tornaria impossível a conclusão de que o artigo 192, § 3º, seria de eficácia limitada e de aplicabilidade dependente da lei complementar prevista no *caput* do artigo 192,⁵² o Supremo Tribunal Federal, utilizando-se da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais decidiu, por maioria, no julgamento da ADI nº 4/DF (Relator: Ministro Sidney Sanchez, D. J. 25-06-1993), em 7 de março de 1991, que: "*Tendo a Constituição Federal, no único artigo em que trata do Sistema Financeiro Nacional (art. 192), estabelecido que este será regulado por lei complementar, com observância do que determinou no "caput", nos seus incisos e parágrafos, não é de se admitir a eficácia imediata e isolada do disposto em seu parágrafo 3º, sobre taxa de juros reais (12 por cento ao ano), até porque estes não foram conceituados. Só o tratamento global do Sistema Financeiro Nacional, na futura lei complementar, com a observância de todas as normas do "caput", dos incisos e parágrafos do art. 192, é que permitirá a incidência da referida norma sobre juros reais e desde que estes também sejam conceituados em tal diploma*". A questão, portanto, não é o que desejam ou afirmam que desejam os autores das teorias, mas como elas são implementadas e utilizadas. A razão sobre a "Doutrina Brasileira da Efetividade" e seus fundamentos teóricos está com Vezio Crisafulli, mal compreendido por estes autores, para quem toda norma incômoda é classificada como "programática".⁵³

Outro exemplo é o fracasso da constituição financeira de 1988 em dar suporte para a implementação da constituição econômica.⁵⁴ Um dos motivos disto é a separação que a doutrina constitucional pós-1988 promoveu entre a constituição financeira e a constituição econômica, como se uma não tivesse nenhuma relação com a outra e como se ambas não fizessem parte da mesma Constituição de 1988. A constituição financeira passou a ser interpretada e aplicada como se fosse "neutra", meramente processual,⁵⁵ com diretrizes e

lógica próprias, separada totalmente da ordem econômica e social, esterilizando, assim, a capacidade de intervenção do Estado na economia. Separada da constituição financeira, a constituição econômica de 1988 foi transformada em mera "norma programática".⁵⁶

Qual é o papel, então, que resta para a constituição? O papel de bloqueio, nem sempre bem sucedido. Todo o debate sobre as reformas constitucionais empreendidas desde 1995 é um exemplo de como um tema antes utilizado pelos conservadores, os limites formais e materiais de reforma, passa a ser empregado pelos setores ditos progressistas para tentar impedir a retirada de avanços e conquistas do texto constitucional. E, neste debate sobre os limites da reforma constitucional, surgem todas as posições, inclusive as que ainda afirmam que os direitos sociais geram a "ingovernabilidade"⁵⁷ e, inspirados na metáfora de Elster, "amarram as futuras gerações"⁵⁸ (curiosamente, nunca os direitos individuais, como o direito de propriedade) e que os direitos sociais não são direitos fundamentais.⁵⁹

Neste contexto, persistem, inclusive, ameaças ao regime democrático, com a deslegitimação da representação popular, dos instrumentos de democracia participativa⁶⁰ e do próprio Estado, privado de meios para atuar, com a retirada de extensos setores da economia do debate público e democrático no Parlamento e do poder decisório dos representantes eleitos do povo.⁶¹ No Brasil pós-1988 há, portanto, um "descolamento" entre o

54-58. O próprio equilíbrio orçamentário, embora não esteja previsto expressamente no texto constitucional de 1988, foi alçado a princípio estruturante da constituição financeira. Cf. Ricardo Lobo TORRES, *O Orçamento na Constituição cit.*, pp. 278-290.

56. A expressão "norma programática" é aqui utilizada propositadamente no sentido difundido por José Afonso da Silva, como a norma que depende de regulamentação posterior, portanto, não passível de ser imediatamente concretizada. Cf. José Afonso da SILVA, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais cit.*, pp. 135-164.

57. Vide Diogo de Figueiredo MOREIRA Neto, "Desafios Institucionais Brasileiros" in Ives Gandra MARTINS (org.), *Desafios do Século XXI*, São Paulo, Pioneira/Academia Internacional de Direito e Economia, 1997, pp. 195-198 e Manoel Gonçalves FERREIRA Filho, *Constituição e Governabilidade: Ensaio sobre a (In)Governabilidade Brasileira*, São Paulo, Saraiva, 1995, pp. 5, 21-23 e 142.

58. Cf. José Eduardo FARIA, "Entre a Rigidez e a Mudança: A Constituição no Tempo", *Revista Brasileira de Direito Constitucional* nº 2, São Paulo, julho/dezembro de 2003, pp. 199-207.

59. Vide, por exemplo, Ricardo Lobo TORRES, "O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais", *Revista de Direito Administrativo* nº 177, Rio de Janeiro, julho/setembro de 1989, pp. 32-35 e 44-46; Ricardo Lobo TORRES, "A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos" in Ricardo Lobo TORRES (org.), *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2001, pp. 282-284 e 289-298 e Ricardo Lobo TORRES, "A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial" in Ingo Wolfgang SARLET (org.), *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, pp. 1-3, 15, 21, 23-27, 36 e 38. Para uma concepção muito semelhante a esta que também entende os direitos sociais como não sendo direitos fundamentais em sentido autêntico, vide Carl SCHMITT, *Verfassungslehre*, 8ª ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1993, pp. 169-170 e 181-182.

60. Para a grande imprensa e parcela da opinião pública contemporânea, qualquer referência à ampliação da participação popular por meio de plebiscitos e referendos é tachada de autoritária, "bonapartista", "chavista", etc. Um exemplo da atual ofensiva contra os instrumentos de democracia participativa no país é a contestação da Lei Almino Afonso (Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998) no Supremo Tribunal Federal, após dez anos de vigência, por meio da ADI nº 3908, cujo relator designado é o Ministro Joaquim Barbosa. E o fato irônico é que esta contestação é patrocinada pelo partido político do Presidente da República que sancionou a lei.

61. Para um paralelo entre o atual discurso sobre técnica e reforma do Estado e as propostas dos setores conservadores alemães próximos do fascismo na década de 1920 e início da década de 1930, vide Gilberto BERCOVICI, *Constituição e Estado de Exceção Permanente. Atualidade de Weimar*, Rio de Janeiro, Azougue Editorial, 2004, pp. 93-107.

São Paulo, RT, outubro/dezembro de 1988, pp. 147-189. Sobre esta discussão, vide também Fernando GAS-PARIAN (org.), *A Luta Contra a Usura: O Limite Constitucional dos Juros Anuais de 12% Está em Vigor*, Rio de Janeiro, Graal, 1989 e Carlos Roberto Siqueira CASTRO, "Mandado de Injunção. Limitação da Taxa de Juros. Eficácia das Normas Constitucionais Programáticas. Considerações acerca do Art. 192, § 3º, da Constituição Federal", *Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* nº 26, São Paulo, RT, janeiro/março de 1999, pp. 76-109.

52. Cf. José Afonso da SILVA, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais cit.*, p. 15.

53. Vezio CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio cit.*, p. 105. Para outras críticas à concepção de norma programática e a "Doutrina Brasileira da Efetividade", vide Cláudio Pereira de SOUZA Neto, *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: Um Estudo sobre o Papel do Direito na Garantia das Condições para a Cooperação na Deliberação Democrática*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pp. 260-267 e 280-283. Vide, ainda, a precisa crítica ao "neoconstitucionalismo" defendido pela "Doutrina Brasileira da Efetividade" de Dimitri DIMOULIS, "Uma Visão Crítica do Neoconstitucionalismo" in George Salomão LEITE & Glauco Salomão LEITE (coords.), *Constituição e Efetividade Constitucional*, Salvador, Editora JusPODIVM, 2008, pp. 43-59.

54. Vide para uma análise mais aprofundada, Gilberto BERCOVICI & Luís Fernando MASSONETTO, "A Constituição Dignente Invertida: A Bndagem da Constituição Financeira e a Agonia da Constituição Econômica", *Revista Trimestral de Direito Público* nº 45, São Paulo, 2004, pp. 79-89.

55. Neste sentido vide Ricardo Lobo TORRES, *O Orçamento na Constituição (Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário, vol. V)*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2000, pp. 2-3, 5-6, 25-28 e

Estado, desestruturado, privatizado, patrimonialista e ainda autoritário, e a constituição, meramente normativa, sem meios efetivos de ser concretizada. Mas, falar de Estado, de política e de poder, para a doutrina constitucionalista dominante no país, não é um assunto do direito constitucional. Como afirmei no início, trata-se de um diálogo entre ausentes em meio a um silêncio ensurdecedor de nossos publicistas...

Parâmetros para a Revisão Judicial de Diagnósticos e Prognósticos Regulatórios em Matéria Econômica

Gustavo Binenbojm
André Rodrigues Cyrino

I. O direito à moradia e a penhorabilidade do bem único do fiador em contratos de locação: um estudo de caso esclarecedor

A Emenda Constitucional nº 26/2001 incluiu o *direito à moradia* no elenco de direitos sociais assegurados pelo art. 6º da Constituição brasileira. Essa inclusão provoca inevitáveis questionamentos: qual o sentido e o alcance da nova previsão constitucional? Qual o seu impacto jurídico sobre a legislação ordinária e sobre a conformação das políticas públicas, particularmente no campo da habitação? O quanto pode ser exigido, perante cada um dos Poderes do Estado, em defesa e para a promoção do direito à moradia?

Embora tais indagações representem pontos cruciais a serem equacionados acerca do direito à moradia, o objeto do presente estudo é mais modesto: cinge-se a discutir os limites a serem observados pelo Poder Judiciário no controle de diagnósticos e prognósticos realizados pelo legislador na seara da regulação econômica. No estudo de caso aqui empreendido, o contexto era o de uma política pública voltada à implementação do direito à moradia, cuja constitucionalidade foi examinada pelo Supremo Tribunal Federal.

Confram-se, a seguir, os contornos fáticos e jurídicos do caso.

Animados pela constitucionalização do direito à moradia, fiadores de contratos de locação, proprietários de um único imóvel, passaram a postular, em juízo, o reconhecimento da revogação (isto é, da não-recepção) pela EC nº 26/2001 da norma legal que permitia a penhora do seu imóvel para a satisfação do crédito do locador. Tal norma foi incluída pela Lei nº 8.245/91 (Lei de locações de imóveis urbanos) no art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90 (Lei da impenhorabilidade do bem de família), como mais uma das exceções legais à impenhorabilidade do bem de família.

No julgamento do RE nº 407.688-SP,¹ o Supremo Tribunal Federal proclamou, por maioria, a constitucionalidade da referida exceção legal. O relator do acórdão, Ministro Cezar Peluso, destacou em seu voto que o direito à moradia (art. 6º, CF) pode, sem prejuízo de outras alternativas conformadoras, "reputar-se, em certo sentido, implementado por norma jurídica que estimule ou favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores". Segundo o Ministro, a previsão legal promove o direito à moradia dos locatários, na medida em que o estabelecimento de garantias efetivas àqueles que são proprietários cria

¹ STF, RE nº 407.688/SP, rel. Min. Cezar Peluso, j. 08.02.2006.