

II

DIREITO CONSTITUCIONAL ECONÔMICO

Sumário: 1. Economia e política – 2. Constituição econômica: 2.1. Surgimento; 2.2. Conceito; 2.3. Constituição econômica formal; 2.4. Consequências da positivação constitucional do econômico; 2.5. A constitucionalização do Direito econômico – 3. Ordem econômica: 3.1. Ordem pública econômica – Bibliografia.

1. ECONOMIA E POLÍTICA

É preciso reconhecer que a economia apresenta uma conotação política indelével. A inversão dos termos também parece ser verdadeira, pois a política parece sempre realizar uma leitura (não exclusiva) econômica de suas opções e encaminhamentos. Não se desconhece, como anota Dalla Via (1974: 50), o “evidente protagonismo que tiene la economía en el campo político”. Ademais, como pondera Oscar Dias Corrêa, “[v]erdade é que política e economia se condicionam” (1994: 26).

Consoante lição precisa e valiosa de Bernard Chénot (*apud* Corrêa, 1994: 27): “a realidade de hoje é tal que não é possível estudar os problemas econômicos sem analisar a organização do Estado, nem compreender e apreciar a estrutura e o funcionamento dos órgãos deste sem se debruçar sobre os problemas econômicos”.

É neste sentido que alguns autores empregam a expressão “economia política” ou “política econômica”. Utilizando esta última terminologia, Vincenzo Tosi (1935: 187) considera-a como “l’azione dello Stato e degli Enti politici minori (Province, Comuni) nel campo economico, sia che si esplichino con iniziative dirette, sia che si manifesti mediante una propria ingerenza sull’attività privata”.

Economia política, pois, seria a expressão da atividade do Estado no campo econômico. Toda a ação do Estado, ainda que seja denominada classicamente ou popularmente como política, deve-se encontrar definida e orientada por normas jurídicas, podendo-se falar, quando da atuação econômica do Estado, de uma *política econômica*. Seria a economia pública, como lembra, ainda, Vincenzo Tosi (1935: 21), bastando atentar para a etimologia da palavra “política”, de

polis, ou seja, cidade, Estado. Há uma proximidade, aqui, como se verá, com o conceito de “Direito constitucional econômico”, embora com ele não se confunda por ser extremamente mais ampla a noção de “economia política” e, ainda, por fazer transparecer a qualificação “política” que, atualmente, assume conotação própria nos estudos científicos.

Para Oscar Dias Corrêa (1994: 35): “As ideologias políticas e sistemas econômicos mesclaram-se tanto, na forja da realidade social, que não há *uma* democracia política, como não existe *um* liberalismo econômico, nem *um* autoritarismo ou *um* socialismo, mas formas diversas, variadas, em que fica apenas as características do sistema, o ‘abstractum’ comum a cada um desses tipos fundamentais”. Uma vez mais, portanto, transparece a referida mesclagem, que agora opera igualmente entre os campos político e econômico.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, apoiado em autores como Robert Dahl, conclui que “três seriam as principais condições socioeconômicas da democracia, em função do nível de desenvolvimento: *pluralismo social*, com a *desconcentração e dispersão dos fatores de Poder*, e *ausência de desigualdades extremadas*” (2001: 70-71).

A necessidade de pluralismo social e de distribuição dos fatores de poder e de decisão não pode ocorrer senão no regime econômico do capitalismo. Os elementos políticos interferem e limitam a configuração econômica. A política, pois, como afirmado inicialmente, condiciona o sistema econômico possível.

Como ressalta Oscar Dias Corrêa, ao mencionar uma democracia socialista é preciso observar “a incompatibilidade total e a inconciliabilidade flagrante, a menos nos dispuséssemos a desnaturar o conceito de democracia, ou o de socialismo (ou os dois, certamente)” (1994: 12).

De outra parte, contudo, tem-se que a economia passa a ser politicamente exigida. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, partindo da tipologia de Bertrand de Jouvenel, observa que “os Estados contemporâneos deixaram de ser *nomocracias*, tornaram-se *telocracias*. Aquelas contentam-se com a supremacia da lei, estas reclamam a mais o êxito das medidas destinadas a efetivar a sua política, mormente nos planos econômico e social. O Poder não exitoso neste último campo tende a perder a legitimidade. Ao contrário, o que tem êxito, embora ilegítimo, encontra nisso um elemento de legitimação” (1995: 12). Tem-se, pois, nitidamente, que o econômico condiciona o político.

2. CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA

2.1. Surgimento

Várias são as expressões utilizadas pela doutrina para analisar o fenômeno do Estado (produto do Direito) em face da economia. Assim, tem-se: “Direito público econômico”, expressão esta inicialmente empregada por André de

Laubadère, ou “Direito constitucional econômico”, ou ainda, “Direito administrativo econômico”, “Administração econômica” ou, por fim, “Estado de serviços públicos econômicos”.

“Constituição econômica”, expressão ainda pouco utilizada no Brasil, parece ter surgido, inicialmente, como dá notícia Vital Moreira (1974: 15), em 1771, nos estudos de Baudeau, que com a mesma designou um dos capítulos de sua obra *Première introduction à la philosophie économique*. “Significava aí o conjunto dos preceitos *jurídicos* reguladores da ‘société économique’. E foi na literatura econômica que o termo em primeiro lugar obteve curso, mas com sentido diverso: significando o mesmo que estrutura econômica ou sistema *econômico*, isto é, os elementos estruturais que determinam as leis e condicionam o processo de evolução da economia” (Vital Moreira, 1974: 15). Sobre o assunto, Dalla Via (1999: 49) bem professora que “[e]l concepto de ‘constitución económica’, utilizado durante mucho tiempo en la literatura comparada por los economistas como sinónimo de ‘orden económico’, ‘sistema económico’ o ‘modelo económico’, sin conotaciones jurídicas, fue acunado para el Derecho por la escuela neoliberal de Friburg de W. Eucken y F. Bohm, como ‘decisión global sobre el orden de la vida económica de una comunidad’”.

A prevalência ou a relevância do *jurídico* no conceito de Constituição econômica não é olvidada por Ferreira Filho (1990: 6): “Não se tome, entretanto, a expressão ‘constituição econômica’ num sentido não-jurídico, descritivo. Há, entre os economistas, quem o faça, usando da expressão para descrever a organização básica da economia, sua estrutura fundamental, suas leis (no sentido de relações necessárias) que regem a produção, a distribuição e consumo, ou, mais especificamente, as leis (econômicas) que regem preços, moeda, crédito, câmbio etc.”.

O conceito ou a expressão, dentro do constitucionalismo, contudo, surge apenas mais recentemente. Fixa-se especialmente a partir do fim da primeira grande guerra (cf. Cassese, 2000: 3; Tosi, 1935: 190-191), com o fascismo e o socialismo, as primeiras práticas concretas de uma intervenção estatal (intensa) na economia, ainda que não se pudesse, conforme bem anotou Rossetti (1980: 378-379), considerar as mudanças organizacionais do pós-guerra como as causas únicas da crescente intervenção do Estado na economia. “Tal como na idéia de constituição se continha a representação de uma nova sociedade e de um novo estado, contra a realidade do *ancien régime*, também agora na idéia de constituição econômica se continha negação da ordem econômica liberal a favor da representação de uma nova ordem econômica” (Moreira, 1974: 17).

Percebe-se, portanto, que a terminologia tem início bastante preciso, já que surge para demonstrar o aparecimento de uma nova “concepção” constitucional. A Constituição econômica teria passado a existir quando da conformação consciente e sistemática da ordem econômica por uma decisão política, sendo viável, inclusive, expressá-la pela ideia de política econômica, conforme assinalado anteriormente. Registre-se, aqui, com Ivo Dantas (1999: 53-54) que “[e]

ste fato, evidentemente, modifica o Discurso Constitucional, na medida em que traz para as Constituições conceitos próprios da Ciência Econômica, a qual, diga-se de logo, ainda sofre da mesma flexibilidade terminológica comum às demais Ciências Sociais”.

Portanto, poder-se-ia sustentar o surgimento da Constituição econômica apenas a partir da guerra, quando se perdeu a confiança na autorregulação econômica do mercado.

Contudo, será necessário esclarecer se a terminologia não pode ser aplicada às normas econômicas que existem no Direito desde há muito tempo.

Nesse passo, desde cedo, com o capitalismo liberal, havia aquela conformação consciente da economia pelo Direito. Nesse caso (liberalismo), deixar que o mercado constituísse as suas regras não deixava de ser uma opção – consciente e sistemática (cf. Moreira, 1974: 30). Scheuner anota que: “Em todos os estados uma determinada ordem econômica é expressamente fixada ou pressuposta como imanente pela ordem jurídica, seja diretamente pela constituição, seja por institutos fundamentais do direito privado e administrativo” (*apud* Moreira, 1974: 61). Nesse exato sentido, embora recorrendo a um conceito material de Constituição, anota Chenot, com o qual concorda Laubadère: “uma Constituição econômica existe em qualquer Estado” (*apud* Laubadère, 1985: 66).

Assim, antes mesmo da Primeira Guerra Mundial, é possível constatar a presença econômica do Estado (e sua intervenção). Com Laubadère, “[a]penas se pode dizer que o princípio é o da abstenção do Estado e das coletividades locais; mas ele conhece algumas derrogações a vários títulos.

“No respeitante às atividades econômicas privadas, o Estado exerce um certo número de intervenções com o propósito de policiamento econômico (verificação dos pesos e medidas, repressão das fraudes) ou de proteção econômica (direitos alfandegários); regulamenta determinadas atividades e profissões.

“Por outro lado, o próprio Estado assume funções econômicas (cunha moeda) e ele próprio gera um certo número de empresas de caráter industrial, algumas das quais são vestígios do colbertismo (manufaturas de Sèvres, Beauvais, Gobelins), outras monopólios, sobretudo fiscais (tabaco e fósforos, P.T.T., caminhos de ferro, pólvoras), enquanto que algumas outras ainda assentam em justificações particulares (imprensa nacional, arsenais e manufaturas de armas).

“Por outro lado, as coletividades locais, essencialmente as comunas, asseguram os serviços de distribuição cujo número tende a aumentar devido ao progresso técnico (água, gás, eletricidade) ou de transportes urbanos (elétricos)” (Laubadère, 1985: 2-3).

É exatamente neste ponto que se deve trazer a crítica de Vital Moreira. O autor, partindo dessa análise, conclui que “por aqui mesmo se evidencia como a teoria da CE não se libertou dos seus pressupostos originários. Ela está fundamentalmente ligada ao fim da representação liberal da ordem natural do econômico, e ao desencanto que esse fim provocou. A intervenção do estado,

tornada necessária, quebra aquela representação e faz substituí-la por uma outra em que ao político se vão fazer exigências sobre o econômico. Essas exigências dão entrada no texto constitucional e é sobre esse sistema normativo-programático de uma ordem econômica a realizar que vai erigir-se o conceito de CE” (Moreira, 1974: 30). Assim, o conjunto normativo programático seria, na visão do autor, apenas uma parcela da Constituição econômica, que abarcaria outros elementos, como se analisará adiante.

2.2. Conceito

Com a análise concreta das inúmeras constituições pode-se considerar, definitivamente, que o Direito constitucional está composto por uma verdadeira *Constituição econômica*.

Contudo, a tarefa de conceituar o que se entende por Constituição econômica é extremamente complexa e a própria constatação acima mencionada encontra-se atrelada a uma ideia que merece esclarecimentos. À maior parte da doutrina parece fora de dúvida que o conceito de Constituição econômica traz em si forte carga histórica, refletindo as formas de organização da economia adotadas ao longo de um vasto período e que se consolidam e cristalizam no seio da sociedade, de sua cultura e de suas práticas cotidianas. Nesse sentido anota Vital Moreira (1974: 9) que “desenvolver o conceito de constituição econômica implica necessariamente a consideração da constituição econômica de um determinado sistema social”.

Uma primeira aproximação com a terminologia tende a considerar a *Constituição econômica* como paralela à clássica *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 referida proposta conceitual, que está a demandar uma abordagem mais aprofundada e minuciosa sobre o assunto.

Norbert Reich (1985: 68-72) elenca quatro possíveis abordagens acerca da expressão em análise, cada qual constituindo um núcleo de posicionamento completamente diverso dos demais. Em primeiro, seria possível, consoante Reich, considerar a Constituição econômica como o específico sistema econômico em concreto adotado, independentemente de uma consagração constitucional expressa. Em segundo lugar, poderia ser compreendida como o conjunto de preceitos constitucionais que buscam nortear a intervenção do Estado para uma determinada direção e para a prestação de determinadas funções. Em terceiro lugar, seria o conjunto de instrumentos que a Constituição defere ao Estado para levar a termo a intervenção na economia. Em quarto lugar, seria Constituição econômica não apenas a previsão daqueles instrumentos propensos à intervenção, mas igualmente a contemplação dos limites da intervenção estatal.

Sabino Cassese oferece três possíveis sentidos de “Constituição econômica”. Em primeiro, consoante o autor, poderia ser considerada como fórmula que agrupa as normas da Constituição em sentido formal que disciplinam as relações econômicas e, ainda, normas que, apesar de estarem em leis, seriam de relevância constitucional. Em um segundo sentido, apoiado nas lições de Albert Venn Dicey, Cassese considera “non solo analisi delle norme costituzionali e delle leggi, ma anche analisi dei mutamenti dell’opinione pubblica”. Por fim, em seu terceiro sentido admitido pelo autor, ter-se-ia que a Constituição econômica “non abbraccia soltanto le norme costituzionali (primo significato), le leggi e l’opinione pubblica (secondo significato), ma anche un cerchio più ampio, il ‘diritto vivente’” (2000: 4).

Para Böhm a Constituição econômica consistiria na “decisão global”, consciente e sistemática, “sobre a espécie e a forma do processo de cooperação econômico-social” (*apud* Moreira, 1974: 18). Não seria a Constituição econômica “um conceito abarcando uma ordem econômica efetiva, mas sim uma *tarefa*, uma idéia dirigida ao futuro” (Moreira, 1974: 20).

Na teoria de E. R. Huber, a Constituição econômica seria “um sistema de normas que consciente e intencionalmente regulam, segundo princípios jurídicos unitários, a ordem dos bens, forças e funções econômicas” (*apud* Moreira, 1974: 21). Aqui, a constituição é produto de uma decisão. Nesse sentido, a Constituição econômica “é a resposta a um problema bem demarcado: o da liberdade ou da vinculação econômicas” (Moreira, 1974: 21).

Na concepção de Ballerstedt, a ideia de Constituição econômica advém da comunidade econômica consciente e responsável (responsabilidade social), sendo fundamentada na ideia de justiça. Nesse sentido, a ideia “só pode verossimilmente apontar-se depois da I Guerra Mundial” (*apud* Moreira, 1974: 25). Mas a Constituição econômica, ainda aqui, é concebida como uma *ideia* da economia, um *vir a ser*, cuja essência é a “imperfeição” e “distância”.

Como bem assinala Vital Moreira (1974: 28), nesses termos, o problema conceitual de Constituição econômica deixa de ser teórico-abstrato, que compreenda todas as possíveis constituições econômicas, para se traduzir no problema concreto, de uma específica Constituição econômica, aquela correta, a mais justa. Contudo, assinala ainda o autor, “interdito à *démarche* teórica é que esses juízos ou esses objetivos ideais entrem a constituir o próprio conceito de CE.

“De outro modo, a CE designaria apenas a decisão, constante de uma ordem normativa, por uma *situação desejada*” (Moreira, 1974: 28-29).

Se a Constituição econômica há de referir-se aos preceitos constituintes da ordem econômica, como assinala Vital Moreira, é necessário saber qual o critério para identificar tais preceitos fundamentais. Seria interno à ordem jurídico-econômica ou externo, encontrável na economia? Para o autor, será necessário um critério econômico (do processo social) que defina unitariamente a realidade econômica: “são os princípios, regras ou instituições jurídicos que *traduzem juridicamente* os elementos determinantes do econômico – isto é,

uma determinada estrutura de relações de produção (...) As ‘normas jurídicas portadoras do sistema econômico’ são pois o núcleo fundamental da CE” (Moreira, 1974: 32).

Para Vital Moreira a Constituição econômica não é uma “seção geográfica autônoma” das constituições (políticas), devendo aquela se autonomizar em relação a esta concepção, sem, entretanto, isolar-se dela. Para o autor: “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.

“Assim, da CE de, por exemplo, uma ‘economia capitalista orientada’ fazem parte não só as normas que asseguram a propriedade e disposição privada dos meios de produção e outros direitos fundamentais econômicos (liberdade de empresa, liberdade de trabalho), mas também aquelas que determinam o papel do mercado e do estado na orientação do processo econômico, aquelas que definem os princípios fundamentais da organização econômica *stricto sensu* (associações econômicas), das finanças do estado, sob o ponto de vista da sua relevância econômica (‘constituição financeira’), do estatuto da empresa nos seus aspectos externos e internos (‘constituição da empresa’), da posição do trabalhador (‘constituição do trabalho’)” (Moreira, 1974: 35-36).

É preciso descartar aqueles conceitos que pretendem configurar a Constituição econômica como o conjunto das normas sobre intervenção do Estado na economia (cf. Moreira, 1974: 36), tal como o faz Laubadère (1985: 27-28), o qual usa conceito assaz restrito: “o objeto essencial deste direito é constituído pelas intervenções do Estado (ou outras pessoas públicas) na economia. O direito público econômico é, assim, o direito aplicável às intervenções das pessoas públicas na economia e aos órgãos dessas intervenções”. O termo “intervenção” é extremamente impreciso para funcionar como o critério determinante do conceito que aqui se está a perquirir. O próprio André de Laubadère, que se utiliza da característica intervencionista em seu conceito, admite a “grande diversidade”, e que “nem sempre se distinguem de maneira clara” (Laubadère, 1985: 28). Ademais, quanto menor a “intervenção”, menor seria a Constituição econômica, podendo, inclusive, inexistir, tal como ocorrera anteriormente ao surgimento do Estado interventor. Na realidade, tal critério tem no Estado liberal o seu parâmetro e fundamento, sendo, por isso mesmo, tendencioso. É que a definição tem no Estado liberal pleno o patamar no qual não haveria Constituição econômica (intervenção zero).

De outra parte, a Constituição econômica não pode ser apenas o reflexo ou cópia pura da economia (concreta). Vale a advertência de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1990: 6), pois “a constituição econômica a que se faz referência

é jurídica”. Isso não significa negar que a Constituição econômica “exprime no seu próprio plano, na sua linguagem específica, os pontos que constituem o sistema econômico” (Moreira, 1974: 44). Não se quer uma abstração total da realidade normada.

Consoante José Afonso da Silva (1999: 765), Constituição econômica deve ser compreendida “como a parte da Constituição que interpreta o sistema econômico, ou seja: que dá forma ao sistema econômico”. Vital Moreira (1974: 5) apresenta a seguinte definição: “A constituição econômica” 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. Enquanto José Afonso da Silva coloca a Constituição econômica como parte da Constituição (formal), verifica-se que na compreensão de Vital Moreira a Constituição econômica é formada por preceitos e instituições jurídicas (não necessariamente da Constituição formal). De qualquer sorte, não há dúvida sobre a influência do Direito constitucional (formal) sobre o Direito econômico, já que aquele, nesses termos, como anota Affonso Insuela Pereira (1974: 112): “estabelece os limites do Direito Econômico em determinado Estado”.

Nesse mesmo sentido adotado por Vital Moreira, tem-se a posição de Josaphat Marinho, para quem a Constituição econômica pode ser entendida como “o complexo de normas básicas reguladoras do fato econômico e das relações principais dele decorrentes” (1984: 2).

Stober (*apud* Via, 1999: 49) distingue entre um sentido amplo e um restrito, sendo o primeiro correspondente à definição de Vital Moreira, e o segundo, o restrito, abarcando apenas as normas de cunho constitucional (formalmente constitucionais).

Saber se apenas as normas da Constituição formal podem ser identificadas para fim de se construir a Constituição econômica é, sem dúvida, um dos principais pontos teóricos, e de maior divergência na conceituação desse setor jurídico.

2.3. Constituição econômica formal

Adotar-se-á aqui, vale esclarecer desde cedo, apenas a ideia de Constituição econômica formal, que compreende somente normas de conteúdo econômico incluídas no texto constitucional. Este o objeto de análise na presente obra. É para essa noção que aponta Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1990: 6): “A Constituição econômica formal é o conjunto de normas que, incluídas na Constituição, escrita, formal do Estado, versam o econômico”. Parte da mesma premissa Washington Peluso Albino de Souza (2002: 23), ao declarar que “seguimos a orientação de considerar a Constituição Econômica componente

do conjunto da Constituição Geral. Apresenta-se na tessitura estrutural desta, não importa se na condição de Parte, Título, Capítulo ou em artigos esparsos. Sua caracterização baseia-se tão-somente na presença do ‘econômico’ no texto constitucional”.

Essa pressuposição formal, além de ser aquela adotada por José Afonso da Silva, é igualmente encampada por Pinto Ferreira, para quem a Constituição econômica é parte da Constituição que “condensa e sintetiza os direitos dos sujeitos econômicos, o conteúdo e limites de tais direitos e a responsabilidade advinda do exercício da atividade econômica” (Ferreira, 1991: 498), sendo para Edvaldo Brito “a parte da Constituição Jurídica na qual se agasalha a disciplina normativa da vida econômica privada e da ordem pública econômica” (In Martins, 1997: 264). No mesmo sentido é a lição de Dalla Via, com a qual compartilha Coelho (1995: 3), pois, consoante sua visão, o Direito constitucional econômico é “el conjunto de preceptos de *rango constitucional* sobre la ordenación de la vida económica” (Via, 1999: 49).

Essas concepções apresentam o inconveniente de elevarem à categoria de Constituição econômica todas as normas de cunho econômico, ainda que as mais mezinhas e inexpressivas (justamente por terem sido incorporadas na Constituição).

Pode-se considerar a Constituição econômica formal como a parcela da Constituição que abriga e interpreta o sistema econômico (material), ou seja, que confere forma ao sistema econômico (no caso brasileiro, em sua essência, capitalista). A Constituição econômica formal brasileira consubstancia-se na parte da Constituição Federal que contém os direitos que legitimam a atuação dos sujeitos econômicos, o conteúdo e limites desses direitos e a responsabilidade que são inerentes ao exercício da atividade econômica no país. Consoante Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1990: 8), o Direito constitucional econômico “há de voltar-se para o controle do poder econômico. Ou seja, do poder que decorre da riqueza, seja esta privada, seja pública”.

Não se concorda com a tese sustentada por Vital Moreira, para quem, como visto, a “constitucionalidade da CE não deriva do fato aleatório – aparentemente aleatório – de as suas normas estarem contidas na Constituição (...) estranho que a CE fosse considerada existente apenas e na medida em que tivesse assento na constituição, sendo que nada, *a priori*, obriga a que nesta se encontrem preceitos referentes à economia” (1974: 63-64).

Embora realmente se trate de uma questão crucial para o conceito de Constituição econômica, e não meramente de desvendar o local apropriado para as normas assim caracterizadas, isso não significa que se possa abstrair da *qualidade constitucional* ou não das mesmas.

O argumento de que uma Constituição pode deixar de abarcar o fenômeno econômico é, ao menos parcialmente, falso, como visto, já que há sempre um pressuposto econômico do qual parte a ordem jurídica e, nela, a própria

Constituição, embora isto não signifique a assunção de todas as normas constitucionais como normas econômicas, na trilha de Charles Beard.

Ademais, ao operador jurídico e ao constitucionalista importa tratar da questão em termos jurídicos, o que demanda o respeito à hierarquia própria do sistema normativo. Para designar aquilo que pretende Vital Moreira, poder-se-ia utilizar a expressão “ordem jurídico-econômica fundamental”, nela fazendo incluir tanto a Constituição econômica quanto outras normas que, embora extraconstitucionais, sejam fundamentais para o domínio econômico. Seria solução que evitaria a dificuldade provocada pelo uso do termo “Constituição” em seu sentido material. Assim é que se encontra na obra de André de Laubadère a inclusão de leis escritas e não escritas, e dentre as escritas, de leis constitucionais e leis ordinárias, bem como os regulamentos administrativos, mas com o uso, já indicado, da expressão mais ampla: “Direito público econômico” (1985: 19).

A indicação de um conceito “formal” 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 concreto para a composição de seu conteúdo (embora com referibilidade ao normativo-constitucional). Em outro giro, não se quer emprestar ao conceito aqui encampado – pois a terminologia empregada (Constituição econômica em sentido formal) poderia levar a essa confusão – uma postura exclusivamente normativista (cf. Bercovici, 2005: 12), mas sim preponderantemente – em termos de referibilidade necessária – normativista.

2.3.1. *Críticas à segmentação do texto constitucional*

O princípio da unidade da Constituição, adotado praticamente pela unanimidade dos estudiosos, certamente seria um obstáculo à criação de uma “Constituição econômica” apartada do restante da Constituição.

Mas, como anota Dalla Via (1999: 52): “Esto no impide que por razones pedagógicas, a los efectos de facilitar su estudio o enseñanza, el derecho constitucional no pueda reconocer ‘partes’ o ‘secciones’”.

Só nesses termos, mais didáticos, é que se pode compreender um Direito constitucional tributário, um Direito constitucional civil, um Direito processual constitucional, um Direito constitucional das liberdades e, enfim, um Direito constitucional econômico. Poder-se-ia falar, ainda, em Constituição processual, Constituição social e outras formas.

Dessa maneira, como bem enfatiza Dalla Via, tem-se um Direito constitucional econômico em relação ao Direito constitucional, “dentro del cual se identifica por razones de especialización pero no de método” (1999: 52).

Realmente, as normas metodológicas (e toda a sua problemática) não diferem daquelas referentes à Constituição em sentido clássico, especialmente no que tange à interpretação dessa parcela peculiar da Constituição formal. Só para fins didáticos, pois, é que se pode fazer referência à expressão. Mas as conexões constitucionais que se fazem sentir entre as normas integrantes do Documento Supremo são, evidentemente, inafastáveis. Seria uma abordagem insustentável considerar a Constituição econômica um conjunto isolado de normas na Constituição. Parece não divergir desse entendimento Washington Peluso Albino de Souza (2002: 268-269), o qual, apesar de ponderar que “a sua interpretação [da Constituição econômica] exige a aplicação de metodologia mais consentânea com a sua natureza e bastante diversa da aplicada para as Cartas simplesmente ‘políticas’”, a seguir conclui que “[a] metodologia sistêmica, portanto, é a que melhor atende a tal circunstância”. Dessa maneira, já que a interpretação sistemática, atualmente, é considerada como imprescindível e inafastável na atividade interpretativa das Constituições políticas, o método para a Constituição econômica não guardará maiores particularidades ou especificidades.

2.3.2. Conteúdo mínimo da Constituição econômica

Quando se adota, nos termos acima explicitados, a ideia de *Constituição econômica*, esta há de ser contemplada em seus elementos. Como igualmente se acentuou, esse designativo implica na identificação da base do sistema, identificação dos direitos que legitimam a atuação dos sujeitos econômicos, do conteúdo e limites desses direitos e das responsabilidades que são inerentes ao exercício da atividade econômica no país, bem como da finalidade que se pretende com determinado sistema.

“É essencial, pois, que o regime de mercado de um país esteja contemplado em sua Constituição. E este é apenas um dos fatores da disciplina normativo-constitucional do âmbito econômico” (Tavares, 2002: 579).

Bem constata, nessa linha, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1990: 19) que o “primeiro ponto a definir numa constituição econômica (editada no sentido acima) seria a forma ou o tipo de economia. Ou seja, um modelo de organização econômica, no caso a economia descentralizada, por oposição à economia centralizada. Isto faz a recente Constituição espanhola, que expressamente consagra a economia de mercado (art. 38)”. E acrescenta o autor, adiante, a necessidade de destacar igualmente a finalidade da ordem econômica (Ferreira Filho, 1990: 35).

José Alfredo de Oliveira Baracho, reconhecendo a expressão “Constituição econômica”, entende que a mesma: “– regula a iniciativa privada; – a intervenção da iniciativa pública na economia; – um Estado subsidiário e a primazia da iniciativa privada; – economia social de mercado; – contratação, propriedade e

livre empresa; – aceitação ou eliminação da planificação; – sobredimensionamento do Estado” (2000: 7).

Ademais, “também dentre os principais temas a serem enfrentados, encontra-se a questão do direito de propriedade (especialmente dos meios de produção) e da liberdade em geral (especialmente a empresarial), na busca de definição de seus contornos.

“Além dessa temática extremamente relevante, tem-se que atentar para as relações comerciais travadas individualmente, especialmente dentro de um contexto consumerista. Essa análise preocupa-se com uma espécie de ‘microcosmos econômico’ que, evidentemente, desenvolve-se dentro da estrutura econômica adotada constitucionalmente. Mas também este âmbito tem sido objeto de preocupação das constituições” (Tavares, 2002: 579-580). Fala-se, aqui, de um *Direito constitucional civil*, terminologia esta preferida a “Constituição civil”, tendo em vista que a última apresenta uma inequívoca ambiguidade terminológica.

Como bem enfrenta a questão Maria Celina Tepedino, tem-se como decorrência desta “nova abordagem” do Direito que “qualquer norma ou cláusula negocial, por mais insignificante que pareça, deve se coadunar e exprimir a normativa constitucional. Sob essa ótica, as normas de direito civil necessitam ser interpretadas como reflexo das normas constitucionais. A regulamentação da atividade privada (porque regulamentação da vida cotidiana) deve ser, em todos os seus momentos, expressão da indubitável opção constitucional de privilegiar a dignidade da pessoa humana. Em conseqüência, transforma-se o direito civil: de regulamentação da atividade econômica individual, entre homens livres e iguais, para regulamentação da vida social, na família, nas associações, nos grupos comunitários, onde quer que a personalidade humana melhor se desenvolva e sua dignidade seja mais amplamente tutelada” (Tepedino, 1993: 28).

Em boa parcela de seu campo, o *Direito constitucional civil* comunga dos mesmos princípios e regras da Constituição econômica.

2.4. Consequências da positivação constitucional do econômico

Fixado o conceito de “Constituição econômica” como necessariamente aquela “parcela” da Constituição diretamente relacionada ao econômico, impõe-se, pois, neste passo, dele extrair algumas consequências, raramente exploradas pelos doutrinadores.

É que toda norma jurídica que alcança estatura constitucional, que sofre um processo de positivação constitucional, recebe os influxos da sistemática constitucional.

Nas palavras de Raul Machado Horta (1991: 20): “A Ordem Econômica e Financeira não é ilha normativa apartada da Constituição. É fragmento da Constituição, uma parte do todo constitucional e nele se integra. A interpretação, a aplicação e a execução dos preceitos que a compõem reclamam o ajusta-

mento permanente das regras de Ordem Econômica e Financeira às disposições do texto constitucional que se espraiam nas outras partes da Constituição. A Ordem Econômica e Financeira é indissociável dos princípios fundamentais da República Federativa e do Estado Democrático de Direito. (...) A concretização dos princípios que informam a Ordem Econômica e Financeira é inseparável dos Direitos e Garantias Fundamentais, que asseguram aos Brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Sendo a Constituição, basicamente, um Estatuto do poder, a carta estrutural de um Estado, quando incorpora normas econômicas, acaba por servir de fundamento ou parâmetro de análise para as atuações econômicas do Estado, para as intervenções públicas na economia (cf. Dalla Via, 1999: 50).

Se, por um lado, a normatização constitucional do âmbito econômico era praticamente inevitável, já que a intervenção mais intensa do Estado e sua respectiva disciplina tornaram-se demandas sociais imperativas, por outra parte, dela emergem consequências específicas da sistemática constitucional.

A Constituição econômica é afetada pelas demais normas constitucionais e também as afeta, de certa maneira. É preciso, pois, em toda e qualquer abordagem que se pretenda da Constituição econômica, não olvidar do contexto constitucional, sendo necessário, para tanto, cercar-se de todo o arcabouço fornecido pelo constitucionalismo pátrio.

2.5. A constitucionalização do Direito econômico

Além da positivação constitucional do Direito econômico, acima descrita como a incorporação, pelas constituições, de normas de Direito econômico, existe outro fenômeno, conceitualmente diverso, denominado “constitucionalização do Direito” econômico.

A constitucionalização do Direito consiste na imposição de que os diversos operadores do Direito, incluindo os juízes, promovam uma aplicação das leis e demais atos normativos secundários, a partir de uma leitura constitucionalmente atenta, quer dizer, por meio de uma interpretação sempre e constantemente imbuída das normas constitucionais.

É nesse sentido que, com Favoreu, se fala de uma “Constituição invasora e expansiva”, ou seja, uma Constituição onipresente, que deve ser acatada e apreciada em todas as fases de aplicação do Direito, e relativamente em todos os “segmentos” ou “ramos” do Direito.

Em termos econômicos, isso significa que é preciso atentar para possibilidades e perspectivas de cunho constitucional-econômico mesmo na interpretação de leis e demais atos normativos não diretamente relacionados ao tema, quer dizer, aparentemente fora do espectro de alcance do Direito econômico. Isso porque desde o momento no qual há uma incorporação expressa do econômico

pela Constituição, uma interpretação conforme essas normas, das demais leis, torna-se imperativa.

Isso, contudo, não significa impor uma leitura econômica de toda e qualquer norma jurídica do Ordenamento pátrio, mas apenas atentar para essa perspectiva como uma dimensão importante da Constituição e como um eventual elemento de interpretação constitucionalmente adequada das leis.

Se assim se passa para o Direito em geral, por maior razão a chamada constitucionalização há de ser observada no âmbito das leis econômicas, cuja leitura deve, sempre que possível, colocá-las em fina sintonia com as normas constitucionais, alinhando as leis às diretrizes constitucionalmente estabelecidas.

3. ORDEM ECONÔMICA

A expressão “ordem econômica” tem sido empregada juridicamente para fazer denotar a parcela do sistema normativo voltada para regulação das relações econômicas que ocorrem em um Estado. Seria, pois, *ordem jurídica da economia*, e “ordem”, nesse sentido, denota já a ordenação, ou seja, a dimensão jurídica do econômico.

No Direito brasileiro, a conceituação de *ordem econômica* costuma ser utilizada em diversificados sentidos, o que tem impedido uma definição mais precisa. Assim, a expressão é empregada para descrever, por vezes, o mundo do ser (econômico puro) e, em outras ocasiões, reporta-se exclusivamente ao dever-ser (econômico-jurídico).

Para uma operacionalização inicial, tem-se que a expressão em apreço busca sintetizar a ideia de que a ordem econômica, enquanto manifestação do dever-ser, é a parcela do Direito – e este o sentido que há de interessar ao operador jurídico – que cuida das questões de alcance econômico, institucionalizando (ou pretendendo fazê-lo) uma determinada ordem (ordenação, regulamentação) no mundo do ser (forma econômica).

Mas não é possível ignorar completamente a realidade socioeconômica do país e partir para uma análise enclausurada no âmbito normativo-abstrato. Lembremos, neste passo, da crítica pertinente que fez João Mangabeira (1934: 225): “Substituiu-se o direito que se ia formando, ao impulso da vida e pela força das necessidades econômicas, por uma escolástica jurídica, segundo a qual a substância, a realidade é o conceito abstrato, e o direito consiste mais na aplicação complicada e sutil desses entes de razão do que no reconhecimento de fatos, usos e costumes peculiares a cada povo e a cada civilização”.

“Efetivamente, uma economia concreta não é, em geral, a realização de um único sistema ou forma, antes é a combinação de vários, um dos quais, contudo, é dominante, subordinando os outros. E é nessa medida – enquanto ‘expressão’ de um sistema econômico ou forma econômica – que uma economia

concreta possui uma estrutura ordenadora, uma *ordem econômica*” (Moreira, 1974: 42).

Ordem econômica é a expressão de um certo arranjo econômico, dentro de um específico sistema econômico, preordenado juridicamente. É a sua estrutura ordenadora, composta por um conjunto de elementos que conforma um sistema econômico.

A expressão designa uma parcela da ordem jurídica, conforme aponta Eros Grau (1997: 41): “Ainda que se oponha à ordem jurídica a ordem econômica, a última expressão é usada para referir uma parcela da ordem jurídica. Esta, então – tomada como sistema de princípios e regras jurídicas –, compreenderia uma ordem pública, uma ordem privada, uma ordem econômica, uma ordem social”.

A *ordem econômica constitucional* seria o conjunto de normas que realizam uma determinada ordem econômica no sentido concreto, *dispondo acerca da forma econômica adotada*. “Designando o conjunto de normas e instituições jurídicas que têm por objeto as relações econômicas, ela abrange necessariamente planos jurídicos distintos (direito público, direito privado) e ramos jurídicos diversos (direito comercial, direito civil, direito do trabalho, direito administrativo etc.)” (Moreira, 1974: 58).

Esta concepção, que surpreende o fenômeno da *ordem econômica* com a ótica jurídica do dever-ser, vai se aproximar muito daquele encampado para *Constituição econômica*, razão suficiente para que se pretenda, como Eros Roberto Grau (1997: 71), sustentar a inutilidade da expressão “ordem econômica”.

Contudo, tem-se que considerar a Constituição econômica não coincidente com a ordem econômica, na medida em que, como bem anota Vital Moreira, esta última é bem mais abrangente. A ordem econômica “é constituída por todas as normas ou instituições jurídicas que têm por objeto as relações econômicas. Dentre essas só algumas delas possuem caráter fundamental e constituem a CE” (Moreira, 1974: 59).

Poder-se-ia, a partir da concepção mencionada, vislumbrar – como reconhece o próprio Vital Moreira – que a Constituição econômica surja a partir da ordem econômica, ou seja, que esta constituiria e legitimaria aquela. Isso, contudo, deve ser afastado de imediato, porque implicaria em subverter a verdadeira relação que há entre ambas: é a Constituição econômica que constitui a ordem econômica – assim como ocorre entre a Constituição em geral e a ordem jurídica em geral. Não há novidade aqui: é a Constituição a norma máxima, que determina, delimita e legitima o restante do ordenamento.

3.1. Ordem pública econômica

Observa Vital Moreira (1974: 50) que há duas concepções fundamentais de ordem pública econômica: “para uma, a ordem pública é constituída por um

conjunto de normas imperativas e, como tais, indisponíveis para os contraentes, independentemente dos fins que justificam essa qualidade; para outra, são de ordem pública aquelas disposições jurídicas que têm por objetivo defender certos interesses fundamentais da coletividade”.

No último sentido, a ordem pública designa as instituições jurídicas que conformam a estrutura econômica do Estado. Tem-se, nesse passo, conceito próximo do de Constituição econômica (cf. Moreira, 1974: 50).

Não obstante essa proximidade, é imperativo realizar uma distinção entre ambas as expressões, diferenciando-se a Constituição econômica da ordem pública econômica. O sentido de ordem pública econômica é mais restrito que o de Constituição econômica (cf. Moreira, 1974: 60), já que não incorpora as normas programáticas, justamente por serem normas que não assumem a mesma carga mandamental imediata que as demais normas, no sentido de serem atualmente indisponíveis em qualquer situação.

Além disso, como bem anota Vital Moreira (1974: 61), o conceito de ordem pública econômica “não pode libertar-se da sua base oitocentista, de coloração policial”. De fato, como observava Ripert, seriam medidas destinadas a manter a lealdade dos contratos, ou seja, um intervencionismo clássico “intimamente ligado ao princípio da ‘polícia’, único a justificar a ação do estado no domínio social” (Moreira, 1974: 48, n. 79).

BIBLIOGRAFIA

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BEARD, Charles A. *An economic interpretation of the Constitution of the United States*. New York: The Free Press, 1969.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CASSESE, Sabino. *La nuova Costituzione economica*. Roma-Bari: Laterza, 2000.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro: comentários à Lei 8.884/94*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- CORRÊA, Oscar Dias. *O sistema político-econômico do futuro: o societarismo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.
- DANTAS, Ivo. *Direito constitucional econômico: globalização & constitucionalismo*. Curitiba: Juruá, 1999.
- FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. *Constituição e governabilidade: ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- HORTA, Raul Machado. Constituição e ordem econômica e financeira. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 28, n. 111, p. 5-20, jul./set. 1991.
- LAUBADÈRE, André de. *Direito público econômico*. Tradução de Maria Teresa Costa. Coimbra: Almedina, 1985. Tradução de *Droit public économique*, 1979.
- MANGABEIRA, João. *Em torno da Constituição*. São Paulo: Ed. Nacional, 1934. v. II.
- MARINHO, Josaphat. Constituição econômica. Separata de *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 156, p. 2-15, 1984.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Desafios do século XXI*. São Paulo: Pioneira, 1997.
- MATEO, Ramón Martín. *Derecho público de la economía*. Madrid: Ceura, 1985.
- MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição: para o conceito de Constituição econômica*. Coimbra: Faculdade de Direito, 1974.
- PEREIRA, Affonso Insuela. *O direito econômico na ordem jurídica*. São Paulo: Bushatsky, 1974.
- REICH, Norbert. *Mercado y derecho*. Tradução de Antoni Font. Barcelona: Ariel, 1985. Trad. de *Markt und Recht*, 1985.
- ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à economia*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1980.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da constituição econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- TAVARES, André Ramos. Do princípio da liberdade em face da tutela do consumidor: uma abordagem constitucional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

- TEPEDINO, Maria Celina de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo. v. 17, n. 65, p. 21-32, jul./set. 1993.
- TOSI, Vincenzo. *Economia politica: nozioni fondamentali – produzione e distribuzione*. Milano: Ulrico Hoepli, 1935. v. 1.
- VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.
- VIA, Alberto Ricardo Dalla. *Derecho constitucional económico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.