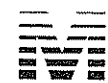


Eros Roberto Grau

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

*9ª edição,
revista e atualizada*

 **MALHEIROS
EDITORES**

relevância específica quando a aplicamos à idéia de *empresa*, sumariada na afirmação de Philomeno Joaquim da Costa (*Autonomia do Direito Comercial*, São Paulo, Ed. RT, 1956, pp. 172-1733, nota): "A empresa, como confluência de capital e trabalho, está sendo instrumento de uma reelaboração do conceito de propriedade; é dono de um bem quem dele se utiliza para fins produtivos".

O que mais releva enfatizar, entretanto, é o fato de que o princípio da *função social da propriedade* impõe ao proprietário — ou a quem detém o poder de controle, na empresa — o dever de *exercê-lo* em benefício de outrem e não, apenas, de *não o exercer* em prejuízo de outrem. Isso significa que a *função social da propriedade* atua como fonte da imposição de comportamentos positivos — prestação de *fazer*, portanto, e não, meramente, de *não fazer* — ao detentor do poder que deflui da propriedade. Vinculação inteiramente distinta, pois, daquela que lhe é imposta mercê de concreção do *poder de polícia*.

A propósito da distinção entre *poder de polícia* e *função social da propriedade*, observa Carlos Ari Sundfeld (ob. cit., p. 11) que — embora equivocada a concepção de que o primeiro só comporta a imposição de prestação de *não fazer* ao titular da propriedade — as prestações de *fazer* a que se sujeita ele, no quadro das limitações decorrentes do *poder de polícia*, constituem "mera condição, cujo implemento abre a oportunidade do exercício de um direito". Tenho como correta a exposição do jovem professor, revendo, em razão dela, entendimento que adotei em meu *Elementos de Direito Econômico*, pp. 67-68, ao opor *intervenção e poder de polícia*; anoto, contudo, que essas condições cujo implemento abre a oportunidade do exercício de um direito constituem *deveres* e não *ônus* (v. meu *Direito, conceitos e normas jurídicas*, cit., pp. 114 e ss.). A exposição de Carlos Ari Sundfeld conclui, objetivamente: "Percebe-se que o fazer, nas duas hipóteses, tem um caráter distinto. No primeiro caso, o das limitações, trata-se de *condição para o exercício de direito*. No segundo (função social), trata-se do *dever de exercitar o mesmo direito*".

Essa a razão pela qual anteriormente afirmei¹¹¹ que a afetação de propriedade — não de todas elas, que algumas, como vimos, são dotadas de função individual — por *função social* importa não apenas o rompimento da concepção, tradicional, de

111. *Direito Urbano*, cit., pp. 66-67.

que a sua garantia reside em um direito natural, mas também a conclusão de que, mais do que meros *direitos residuais*¹¹² (parcelas daquele que em sua totalidade contemplava-se no *utendi fruendi et abutendi*, na *plena in re potestas*), o que atualmente divisamos, nas propriedades impregnadas pelo princípio, são verdadeiras *propriedades-função social* e não apenas, simplesmente, *propriedades*. O princípio da *função social da propriedade*, desta sorte, passa a integrar o conceito jurídico-positivo de *propriedade* (destas propriedades), de modo a determinar profundas alterações estruturais na sua interioridade.

Em razão disso — pontualizo — é que justamente a sua *função* justifica e legitima essa *propriedade*.¹¹³

105. A distinção explicitada, entre *propriedade dotada de função individual* e *propriedade dotada de função social*, permite-nos operar uma primeira precisão, necessária à compreensão do sentido assumido pelo princípio da *função social da propriedade*, que, como vimos, tem como pressuposto necessário a *propriedade privada* — dos bens de produção e de bens que excedam o quanto caracterizável como propriedade afetada por *função individual*.

À *propriedade dotada de função individual* respeita o art. 5º, XXII do texto constitucional; de outra parte, a "propriedade que atenderá a sua função social", a que faz alusão o inciso seguinte — XXIII — só pode ser aquela que exceda o padrão qualificador da propriedade como dotada de *função individual*.

À *propriedade-função social*, que diretamente importa à ordem econômica — propriedade dos bens de produção — respeita o princípio inscrito no art. 170, III.

No mais, quanto à inclusão do princípio da garantia da *propriedade privada dos bens de produção* entre os princípios da ordem econômica, tem o condão de não apenas afetá-los pela *função social* — conúbio entre os incisos II e III do art. 170 — mas, além disso, de subordinar o exercício dessa propriedade aos ditames da justiça social e de transformar esse mesmo exercício em instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna.

112. Giovanni Quadri, *Diritto Pubblico dell'Economia*, Nápoles, SEN, 1977, p. 70.

113. V. item 108.

Aí a observação de José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., 23ª ed., p. 792): "Os conservadores da constituinte, contudo, insistiram para que a propriedade privada figurasse como um dos princípios da ordem econômica, sem perceber que, com isso, estavam relativizando o conceito de propriedade, porque submetendo-o aos ditames da justiça social, de sorte que se pode dizer que ela só é legítima enquanto cumpra uma função dirigida à justiça social".

A consagração do *princípio da função social da propriedade* em si, tomada isoladamente, pouco significa, ao par de instrumentar a implementação de uma aspiração autenticamente capitalista: a de preservação da propriedade privada dos bens de produção — à *função social* está assujeitada porque é *privada*. Sua maior relevância se manifesta em sua concreção nas regras do § 2º do art. 182 — política urbana — e do art. 184 — reforma agrária, está, seguramente, tão indispensável à realização do fim da ordem econômica quanto à integração e modernização do capitalismo nacional.

Não estou, é óbvio, a atribuir desimportância social ao princípio. Pelo contrário, a afetação da propriedade pela *função social* importa o repúdio da concepção da propriedade exclusivamente como fonte de *poder pessoal* — poder que não se exerce apenas sobre coisas, mas sobre as pessoas (v. item 3), razão de ser da liberdade visualizada como atributo exclusivo dos *beati possidetis*. Apenas enfatizo que ela, a *função social da propriedade*, não porta em si relevância mais pronunciada como cláusula transformadora constitucional. V. item 155.

106. Outro dos princípios da ordem econômica — além do atinente à *livre concorrência*, que anteriormente examinei¹¹⁴ — é o da *defesa do consumidor* (art. 170, V). *Princípio constitucional impositivo* (Canotilho), a cumprir dupla função, como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna e objetivo particular a ser alcançado. No último sentido, assume a feição de *diretriz* (Dworkin) — *norma-objetivo* — dotada de caráter *constitucional conformador*, justificando a reivindicação pela realização de políticas públicas.

Ao princípio confere a Constituição, desde logo, concreção nas regras inscritas nos seus arts. 5º, XXXII — "o Estado promo-

114. Itens 87, 91 e 92.

verá, na forma da lei, a defesa do consumidor"¹¹⁵ —, 24, VIII — responsabilidade por dano ao consumidor —, 150, § 5º — "a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços" —, e 48 das Disposições Transitórias — determinação de que o Congresso Nacional elaborasse, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, código de defesa do consumidor. Ademais, o parágrafo único, II do art. 175 introduz entre as matérias sobre as quais deverá dispor a lei que trate da concessão ou permissão de serviço público os direitos dos usuários.

A par de consubstanciar, a *defesa do consumidor*, um modismo modernizante do capitalismo — a ideologia do consumo contemporizada (a regra "acumulai, acumulai" impõe o ditame "consumi, consumi", agora porém sob proteção jurídica de quem consume) — afeta todo o exercício de atividade econômica, inclusive tomada a expressão em sentido amplo,¹¹⁶ como se apura da leitura do parágrafo único, II do art. 175. O caráter constitucional conformador da ordem econômica, deste como dos demais princípios de que tenho cogitado, é inquestionável.

Três aspectos devem, no entanto, ser neste passo considerados.

Primeiro, o atinente ao fato de que, considerando categorias não ortodoxas de interesses — *interesses difusos, interesses coletivos, interesses individuais homogêneos* — a *defesa do consumidor, tal qual outras proteções constitucionais*,¹¹⁷ carrega em si a virtude capitalista de, ao institucionalizá-los, promover a atomização dos interesses do trabalho. Essa perversão, especialmente nas sociedades subdesenvolvidas, não pode ser ignorada.

Vou me valer, uma vez mais, de observações de Fábio Konder Comparato (*Ensaio e pareceres de Direito Empresarial*): "Na verdade, a dialética produtor x consumidor é bem mais complexa e delicada do que a dialética capital x trabalho. Esta comporta definições claras e separações radicais, ao contrário daquela. A rigor, todos nós somos consumidores; o próprio Estado é consumidor, e dos mais importan-

115. Regra, e não princípio (v. Capítulo 3). O art. 5º, XXXII, no entanto, consagra a proteção do consumidor como um direito constitucional fundamental.

116. V. itens 36 a 38.

117. Art. 24, VIII.

tes; e grande parte dos consumidores acha-se, também, inserida no mecanismo da produção, direta ou indiretamente. Eis porque, na arbitragem de conflitos desse tipo, nem sempre nos deparamos com uma nítida distinção entre 'fracos' e 'poderosos' em campos opostos. Os consumidores mais desprotegidos, diante de uma medida administrativa que afete o organismo de produção para o qual trabalham, tenderão a tomar o partido deste e não da 'classe' dos consumidores em geral, como tem sido visto, em episódios recentes" (pp. 474-475). E, adiante: "A consciência de classe é fruto de uma reflexão sobre a situação dos homens no ciclo de produção econômica, não no estágio do consumo de bens ou serviços. Nesta concepção a preocupação com a tutela do consumidor revela-se propriamente alienante" (p. 498).

O segundo aspecto, jungido ao primeiro, respeita ao conceito de consumidor. Propõe Thierry Bourgoignie¹¹⁸ nos seguintes termos se o conceitue: "Le consommateur est une personne physique ou morale qui acquiert, possède ou utilise un bien ou un service placé au sein du système économique par un professionnel sans en poursuivre elle-même la fabrication, la transformation, la distribution ou la prestation dans le cadre d'un commerce ou d'une profession"; considera ainda, no entanto: "Une personne exerçant une activité à caractère professionnel, commercial, financier ou industriel ne peut être considérée comme un consommateur, sauf à établir par elle qu'elle agit en dehors de sa spécialité et qu'elle réalise un chiffre d'affaires global inférieur à ... millions de franc par an". Não se tem aí, na verdade, um conceito, senão uma definição estipulativa¹¹⁹ de consumidor. Devemos, no entanto, buscá-lo.

Esse conceito, penso, há de ser esboçado a partir da verificação de que, adotando, os mercados, formas assimétricas, consumidor é, em regra, aquele que se encontra em uma posição de debilidade e subordinação estrutural em relação ao produtor do bem ou serviço de consumo.¹²⁰ Essa concepção tem a virtude, ademais, de bem apartar as situações de consumo e de fruição, esta como

118. *Éléments pour une théorie du Droit de la Consommation*, pp. 60-61.

119. V. meu *Direito, conceitos e normas jurídicas*, cit., pp. 70-71.

120. Neste sentido, Norbert Reich, *Mercado y Derecho*, cit., pp. 26-27. Note-se que Fábio Konder Comparato (ob. cit., p. 476) o conceitua como, "de modo geral, aquele que se submete ao poder de controle dos titulares dos bens de produção, isto é, os empresários".

aquela na qual se coloca o "usuário" (contemplativo) do patrimônio histórico-artístico-natural.

O terceiro aspecto a referir respeita à não configuração das medidas voltadas à defesa do consumidor como meras expressões da ordem pública. A sua promoção há de ser lograda mediante a implementação de específica normatividade e de medidas dotadas de caráter interventivo.¹²¹ Por isso mesmo é que o caráter eminentemente conformador da ordem econômica, do princípio, é nítido.

Saliente-se o fato de que, no que tange a medidas referidas à defesa do consumidor ordenadas no âmbito do Direito Administrativo, voltam-se contra a estabilidade doutrinária da concepção dele próprio, Direito Administrativo. A tensão entre interesse público, interesse geral e interesses de grupo (grupo de consumidores) promove sensíveis distúrbios naquela concepção.

107. Princípio da ordem econômica constitui também a defesa do meio ambiente (art. 170, VI). Trata-se de princípio constitucional impositivo (Canotilho), que cumpre dupla função, qual os anteriormente referidos. Assume também, assim, a feição de direttriz (Dworkin) — norma-objetivo — dotada de caráter constitucional conformador, justificando a reivindicação pela realização de políticas públicas.

Também a esse princípio a Constituição desde logo, especialmente em seu art. 225 e parágrafos — mas também nos seus arts. 5º, LXXIII; 23, VI e VII; 24, VI e VIII; 129, III; 174, § 3º; 200, VIII e 216, V — confere concreção.

A Constituição, destarte, dá vigorosa resposta às correntes que propõem a exploração predatória dos recursos naturais, abroqueladas sobre o argumento, obscurantista, segundo o qual as preocupações com a defesa do meio ambiente envolvem proposta de "retorno à barbárie". O Capítulo VI do seu Título VIII, embora integrado por um só artigo e seus parágrafos — justamente o art. 225 — é bastante avançado.

Ainda que isso não chegue a ser surpreendente, é notável o fato de ter a sociedade brasileira logrado a obtenção das conquistas

121. V. item 16.

tas sociais — que de conquistas sociais verdadeiramente se trata — ao menos no nível formal, da Constituição, consagrados. Explico-me: embora a crítica da utilização do fator trabalho no processo econômico capitalista seja centenária, ainda não foi desenvolvida, no campo teórico, de modo completo, a crítica da utilização, naquele processo, do fator recursos naturais. Daí porque a efetividade, ainda que formal, dessas conquistas é proporcionalmente maior do que aquelas que se poderia resumir na afirmação da “valorização do trabalho humano”.

O princípio da *defesa do meio ambiente* conforma a ordem econômica (mundo do ser), informando substancialmente os princípios da *garantia do desenvolvimento* e do *pleno emprego*. Além de objetivo, em si, é instrumento necessário — e indispensável — à realização do fim dessa ordem, o de *assegurar a todos existência digna*. Nutre também, ademais, os ditames da *justiça social*. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo — diz o art. 225, *caput*.

O *desenvolvimento nacional* que cumpre realizar, um dos objetivos da República Federativa do Brasil, e o *pleno emprego* que impende assegurar supõem economia auto-sustentada, suficientemente equilibrada para permitir ao homem reencontrar-se consigo próprio, como ser humano e não apenas como um dado ou índice econômico.

Por esta trilha segue a chamada ética ecológica e é experimentada a perspectiva holística da análise ecológica, que, não obstante, permanece a reclamar tratamento crítico científico da utilização econômica do fator recursos naturais.

Saliente-se que o § 1º, III do art. 225 atribui ao Estado, a fim de que se assegure a efetividade do direito ao meio ambiente, os deveres de “*preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético*”. Variedade e fertilidade genética crescem dos Pólos para o Equador, onde a diversidade se multiplica e as transformações se apuram com maior intensidade. Admitida a metáfora, a preservação do patrimônio genético — sua diversidade e integridade — diante do neodilúvio das queimadas e outras formas de destruição ecológica, bem assim da exploração econômica predatória, é uma tarefa de Noé. Cuida-se de preservar patrimônio genético animal e vegetal, este fonte inesgotável de fármacos e nutrientes, cuja comercialização dá conta da

sua extrema relevância, da qual ainda não nos apercebemos. Aí a importância da Amazônia, não como produtora de oxigênio — missão das algas — porém como sítio onde esse patrimônio se encontra localizado e no âmbito do qual intensamente se processa a dinâmica do ecossistema, produzindo novas variedades e eliminando as antigas. Por certo que o preceito também provê a soberania econômica nacional. A propósito, poderia a Constituição ter estabelecido, como emenda construída sobre sugestão do físico Claudio Mammana foi proposto, que o patrimônio genético das espécies nativas pertence à União (v. Albert Sasson, “La conservation des ressources vegetables”, in *La Recherche*, n. 181, out. 1986, pp. 1.282 e ss.).

108. Princípio a seguir enunciado, no elenco daqueles que constituem os princípios da ordem econômica — além da *redução das desigualdades regionais e sociais*, do qual anteriormente cogitei¹²² — é o da *busca do pleno emprego* (art. 170, VIII). Princípio constitucional impositivo (Canotilho), cumpre também dupla função; como objetivo particular a ser alcançado, assume, igualmente, a feição de *diretriz* (Dworkin) — *norma-objetivo* — dotada de caráter *constitucional conformador*, a justificar a reivindicação pela realização de políticas públicas.

Em outros termos — “expansão das oportunidades de emprego produtivo” — esse princípio já fora contemplado entre aqueles da ordem econômica na Emenda Constitucional n. 1/69, no seu art. 160, VI. Em razão de ser esse, o imediatamente acima transcrito, o seu enunciado, tomava-se-o, em regra, como se estivesse referido, exclusivamente, ao pleno emprego do fator trabalho.

“Expansão das oportunidades de emprego produtivo” e, corretamente, “pleno emprego” são expressões que conotam o ideal keynesiano de emprego pleno de todos os recursos e fatores da produção. O princípio informa o conteúdo ativo do princípio da *função social da propriedade*.¹²³ A *propriedade dotada de função social* obriga o proprietário¹²⁴ ou o titular do poder de controle sobre ela

122. V. item 96.

123. V. item 104.

124. “A propriedade obriga. Seu uso deve, ao mesmo tempo, servir o interesse da coletividade”, dizia a Constituição de Weimar (art. 153) e o repete a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (art. 14, 2).

ao exercício desse direito-função (*poder-dever*), até para que se esteja a realizar o *pleno emprego*.

Não obstante, consubstancia também, o princípio da *busca do pleno emprego*, indiretamente, uma garantia para o trabalhador, na medida em que está coligado ao princípio da *valorização do trabalho humano* e reflete efeitos em relação ao *direito social ao trabalho* (art. 6º, *caput*).

Do caráter conformador do princípio decorrem consequências marcantes, qual, entre eles, o de tornar inconstitucional a implementação de políticas públicas recessivas.

A esse respeito, cogitando do art. 160, VI da Emenda Constitucional n. 1/69, Celso Antônio Bandeira de Mello (*Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social*, in RDP 57-58/256) averbou: "Política econômica que conduz, cientemente, à retração na oferta de emprego produtivo implica frontal contradição ao art. 160, V (cuidava-se do inciso VI, em verdade) — que subordina a ordem econômica e social ao princípio da expansão das oportunidades de emprego produtivo. Trabalhador prejudicado por ela pode propor, com base naquele preceptivo, ação anulatória dos atos administrativos que diretamente concorrem para o resultado proibido".

109. O último dos chamados princípios da ordem econômica é o do *tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País* (art. 170, IX, na redação que lhe foi conferida pela Emenda Constitucional n. 6/95). O preceito originariamente referia *tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte*. Trata-se, formalmente, de *princípio constitucional impositivo* (Canotilho), já que a Constituição como *princípio* o tomou; daí o seu caráter *constitucional conformador*. Não consubstancia, no entanto, como os demais princípios da ordem econômica, uma *diretriz* (Dworkin) ou *norma-objetivo*. Ainda assim, fundamenta a reivindicação, por tais empresas, pela realização de políticas públicas. De resto, está parcialmente reproduzido no preceito inscrito no art. 179.¹²⁵

125. A propósito da contemplação desse princípio no elenco dos enunciados pelo art. 170 da Constituição, tive conhecimento, na qualidade de assessor

O princípio estabelece proteção em favor de *empresas de pequeno porte*, desde que tenham sido *constituídas sob as leis brasileiras e tenham sede e administração no País*,¹²⁶ constituindo, em termos relativos, porém, "cláusula transformadora".

110. Ao art. 219 do texto constitucional é extraído o princípio da *integração do mercado interno ao patrimônio nacional*. Cuida-se, aí, de *princípio constitucional impositivo* (Canotilho), dotado de *caráter constitucional conformador*.

Que a Constituição privilegia o *mercado*, isso é indiscutível, ainda que se afirme não ter ela assegurado o seu funcionamento.¹²⁷ Mas o vocábulo "mercado" só aparece, significativamente, no texto constitucional, neste art. 219.¹²⁸

O preceito nele inscrito foi objeto de largos debates na Constituinte. Curiosamente, no entanto, os adeptos da linha do pensamento liberal, que a sua aprovação mais se opuseram, no ressoar desses debates na imprensa, agora se apegam a ele justamente para tentar demonstrar o óbvio, ou seja, que a Constituição adotou um regime de mercado.

Afirmar, como o faz o texto constitucional, que o mercado interno integra o *patrimônio nacional* não significa — isso é nítido — que tenha sido ele integrado ao *domínio público* ou que constitua *bem de uso comum do povo*, como o meio ambiente. Isso somen-

da bancada paulista na Constituinte, que a sua inclusão, ali, deveu-se a negociação travada entre grupos de constituintes, em torno da aprovação da redação adotada para o texto do art. 171 e seus parágrafos. Determinado deputado condicionou a aprovação, na Comissão de Sistematização, daquela redação, por um certo número de outros deputados, à inserção do princípio naquele elenco. Curiosamente, embora o princípio privilegiasse o capital nacional, não despertou qualquer crítica ou repúdio das correntes que — seja na Constituinte, seja fora dela, já na praxis da Constituição — são contrárias à proteção do capital nacional. Deve ser porque não havia empresas estrangeiras e empresas brasileiras, simplesmente (v. art. 171, I, revogado pela Emenda Constitucional n. 6/95), de pequeno porte. Esse repúdio, como se vê, não era — nem parece ser — uma questão de princípio.

126. V. item 113.

127. Geraldo Vidigal (*A Ordem Econômica*, cit., p. 379) afirma: "É curioso. No título VII do Projeto, que rege a Ordem Econômica, não se encontra dispositivo expresso que assegure o funcionamento do mercado, ou que esclareça ser o regime de mercado o que se adota na Constituição".

128. É de passagem referido no art. 6º, XX.