

COORDENADOR
FÁBIO NUSDEO

ORGANIZADOR
ALEXANDRE EVARISTO PINTO

A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL

Estudos em celebração ao 1º Centenário da
Constituição de Weimar

Alessandro Octaviani
Alexandre Evaristo Pinto
Alexandre Ditzel Faraco
Ana Maria de Oliveira Nusdeo
Calixto Salomão Filho
Daniel Tobias Athias
Diogo R. Coutinho
Eduardo Molan Gaban
Egon Bockmann Moreira
Eros Roberto Grau
Fábio Nusdeo
Fernando Facury Scaff
Guilherme Galdino
Helena Taveira Torres

Ives Gandra da Silva Martins
Jairo S. Saddi
José Maria Arruda de Andrade
Juliana Oliveira Domingues
Luís Eduardo Schoueri
Maria Paula Bertran
Mario Engler Pinto Junior
Masato Ninomiya
Modesto Carvalhosa
Paula A. Forgioni
Tercio Sampaio Ferraz Junior
Vinicius Marques de Carvalho
Yasuyuki Nagai

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

l.b. *A superação do subdesenvolvimento como desafio teórico e jurídico*

Para fazer frente a tais desafios, como se vê, o modelo de um Estado “abstenionista”, “mínimo” ou “liberal”, não é só plenamente insuficiente: a ideologia liberal é funcional a um dos lados dessa disputa pela melhor posição na divisão social internacional do trabalho, dado que os países e elites que adotarem tais visões desnutridas do papel do Estado estarão fadados à derrota por estruturas muito mais adaptadas e eficazes na luta intrassistêmica pela renda mundial.⁹

9. Sobre a competição intrassistêmica entre os Estados nacionais, cf., entre outros, FIORI, José Luis (org.). *Estados e Moedas no Desenvolvimento das Nações*. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 11-46. FIORI, José Luis (org.). *O Poder Americano*. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 11-64. TAVARES, Maria da Conceição; FIORI, José Luis (orgs.). *Poder e Dinheiro: uma economia política da globalização*. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 87-147. FIORI, José Luis (org.). *Polarização Mundial e Crescimento*. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 269-289. FIORI, José Luis. *Os Moedeiros Falsos*. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 151-60. FIORI, José Luis. *Brasil no Espaço*. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 81-182. FIORI, José Luis. *60 lições dos 90 – uma década de neoliberalismo*. Rio de Janeiro/SP: Record, 2001, p. 217-220. WALLERSTEIN, Immanuel. *El Futuro de la Civilización Capitalista*. Trad. José Tortosa. Barcelona: Icaria/Antrazyt, 1997, p. 29. WALLERSTEIN, Immanuel. “Social development, or development of the World-System?”. In: WALLERSTEIN, Immanuel. *The Essential Wallerstein*. New York: The New Press, 2000, p. 112-128. WALLERSTEIN, Immanuel. “World System analysis”. In: WALLERSTEIN, Immanuel. *The Essential Wallerstein*, op. cit., p. 129-148. WALLERSTEIN, Immanuel. “Hold the Tiller Firm: on method and the unite of analysis”. WALLERSTEIN, Immanuel. *The Essential Wallerstein*, op. cit., p. 149-159. WALLERSTEIN, Immanuel. “What are we bounding, and whom, when bound social research”. WALLERSTEIN, Immanuel. *The Essential Wallerstein*, op. cit., p. 170-184. WALLERSTEIN, Immanuel et. al. *Aprire le Scienze Sociale*. Trad. Germana Gagliotti; Oreste Ventrone. Milão: Franco Angeli, 1997, *passim*. MONIZ BANDEIRA, Luiz Alberto. *Formação do Império Americano: Da guerra contra a Espanha à guerra no Iraque*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, *passim*. MONIZ BANDEIRA, Luiz Alberto. *A Segunda Guerra Fria: Geopolítica e dimensão estratégica dos Estados Unidos – Das rebeliões na Eurásia à África do Norte e ao Oriente Médio*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, *passim*. MONIZ BANDEIRA, Luiz Alberto. *Brasil-Estados Unidos: A rivalidade emergente (1950-1988)*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, *passim*. FIORI, José Luis. “Olhando Para a Esquerda”. *Economia Política Internacional*, v. 9, 2006, p. 20: “[...] o sistema político e econômico mundial não é produto de uma somatória simples e progressiva de territórios, mercados, países e regiões. Do ponto de vista histórico, o sistema mundial foi uma criação do poder, do poder expansivo e conquistador de alguns estados e economias europeias, que se constituíram e se transformaram, durante o século XVII, no pequeno grupo das Grandes Potências. Até o século XIX, o sistema político mundial se restringia quase exclusivamente aos estados europeus, aos que se agregaram, no século XIX, os novos estados independentes americanos. Mas foi só na primeira metade do século XX que o Sistema incorporou, no seu núcleo central, duas potências ‘expansivas’ e extra-europeias, os Estados Unidos e o Japão, um pouco antes que se generalizasse, na segunda metade do século XX, o estado nacional como a forma dominante de organização do poder político territorial

É nessa chave que deve ser entendido o debate sobre o desenvolvimento brasileiro que deságua na contribuição de Furtado e outros – e que veio a tomar vigorosa forma jurídica com a Ordem Econômica da Constituição de 1988.

A evidente insuficiência do diagnóstico e das proposições liberais para resolver os dilemas do capitalismo contemporâneo são ainda mais marcantes quando se trata da periferia ou semiperiferia do sistema, sendo essa uma fonte de energia social propulsora de diversas e distintas teorias, de autores como François Perroux (dando centralidade aos “polos de desenvolvimento”, por meio dos quais seria possível a modificação do espaço e integração à economia nacional), Gunnar Myrdal (tonificando os movimentos circulares, em cadeia, onde a decisão econômica seria o ponto de partida para modificação do ciclo, causando efeitos em sentido regressivo ou propulsor – *backward* ou *spread effects*) ou Albert Hirschman (atento às cadeias produtivas e seus efeitos de arrasto ou propulsão – *backward* e *forward linkage* –, capazes de impulsionar os setores a montante ou a jusante da economia).¹⁰

A contribuição de Furtado – um ponto privilegiado do pensamento econômico sobre desenvolvimento – tem o condão de internalizar o poder como variável econômica, e, portanto, renutrir a economia com a política, na melhor tradição da economia política. A origem e a distribuição do excedente, mais do que a heurística da escassez, dão o tom de sua obra, em que identifica, na difusão desigual da civilização industrial, o processo de forja das alianças entre elites centrais (e produtoras de inovação tecnológica) com elites periféricas (simultaneamente consumidoras de inovação tecnológica e produtoras de matérias-primas), equação que pressionará tais elites periféricas a manter as classes sociais a si submetidas em um constante regime de pesada e violenta exploração, tendencialmente produtor de arranjos políticos autoritários e pouco inclusivos, bem como formas culturais colonizadas.

Essa divisão social internacional do trabalho assenta-se no desigual acesso e domínio de alguns recursos, dentre os quais guarda centralidade a capacidade de produção da inovação tecnológica: “Dentre os recursos de poder em que assenta

através do mundo. [...] o sistema mundial não existiria na sua forma atual caso não tivesse ocorrido, na Europa, o casamento entre os estados e as economias nacionais. É, a partir desse momento, o que se chama muitas vezes de globalização, é o processo e o resultado de uma competição secular entre estados-economias nacionais.”

10. Cf., entre outros, PERROUX, François. “Consideraciones en torno a la noción de polo de crecimiento”. *Revista Cuadernos de la Sociedad Venezolana de Planificación*, vol. II, n. 3-4, Caracas, 1963, *passim*. MYRDAL, Gunnar. *Teoria Econômica e Regiões Subdesenvolvidas*. Trad. Ewaldo Corrêa Lima. Rio de Janeiro: Instituto Superior de Estudos Brasileiros, 1960, p. 31-57. HIRSCHMAN, Albert. *Estratégia do Desenvolvimento Econômico*. Trad. Laura Schlaepfer. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961, p. 152-183. Cf. tb. BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 62-67.

a chamada ordem econômica internacional, têm particular relevância: a) o controle da tecnologia; b) o controle das finanças; c) o controle dos mercados; d) o controle do acesso às fontes de recursos não renováveis; e e) o controle do acesso à mão-de-obra barata. Esses recursos, reunidos em quantidades ponderáveis e/ou combinados em doses diversas, originam posições de força que ocupam os Estados ou os grandes grupos econômicos na luta pela apropriação do excedente pela economia internacional. [...] Dos recursos de poder referidos, o primeiro – o controle da tecnologia – constitui atualmente a trava mestra da estrutura de poder internacional. Reduzida a suas últimas consequências, a luta contra a dependência vem a ser um esforço para anular os efeitos do monopólio desse recurso detido pelos países centrais.”¹¹

Assim, a transformação do passado colonial e suas manifestações presentes passa pela formação de estruturas institucionais capazes de, simultaneamente, garantirem a endogeneização dos centros decisórios e a homogeneização social.¹²

A Ordem Econômica Constitucional pretende ser a estrutura normativa propulsora de tais objetivos.

1.c. Os comandos Constitucionais para a superação do subdesenvolvimento

A Ordem Econômica Constitucional está organizada em um verdadeiro sistema, articulado entre si, no qual o artigo art. 3º estabelece os “objetivos fundamentais da República”: “I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as

11. FURTADO, Celso. *Criatividade e Dependência na Civilização Industrial*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 150-151.
12. FURTADO, Celso. *Brasil – A Construção Interrompida*. São Paulo: Paz e Terra, 1992, p. 52: “As experiências referidas nos ensinam que a homogeneização social é condição necessária mas não suficiente para superar o subdesenvolvimento. Segunda condição necessária é a criação de um sistema produtivo eficaz, dotado de relativa autonomia tecnológica [...]”. Sobre homogeneização social, cf. a série de medidas propostas em FURTADO, Celso. *Em Busca de Novo Modelo – Reflexões Sobre a Crise Contemporânea*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002, p. 11-26. FURTADO, Celso. *O Capitalismo Global*. São Paulo: Paz e Terra, 1998, p. 48-50: “A superação do subdesenvolvimento implica a tentativa de encontrar resposta para essas múltiplas questões. O que se tem em vista é descobrir o caminho da criatividade com respeito aos fins, lançando mão dos recursos da tecnologia moderna, na medida em que isso é compatível com a preservação da autonomia na definição dos valores substantivos. Em outras palavras: como efetivamente desenvolver-se a partir de um nível relativamente baixo de acumulação, tidos em conta as malformações sociais incentivadas pela divisão internacional do trabalho e os constrangimentos impostos pela mundialização dos mercados? Como ter acesso à tecnologia moderna sem deslizar em formas de dependência que limitam a autonomia de decisão e frustram o objetivo de homogeneização social.” Cf. tb. FURTADO, Celso. *Cultura e Desenvolvimento em Época de Crise*. São Paulo: Paz e Terra, 1984, p. 116-124.

desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Há comandos referentes à endogeneização dos centros decisórios e à homeogeneização social, encarnados nas instituições da soberania econômica e soberania popular. O art. 6º define quais são os direitos sociais: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” Tais direitos, empiricamente organizados e vivenciados, devem ser a ossatura material da ordem cogente, nos termos do art. 193: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.”

A pauta *distributiva* de tais comandos articula-se à pauta *produtiva* encarnada, entre outros, no art. 219, que visam à construção de um ambiente capaz de responder ao enclausuramento, nos países centrais e suas corporações, da tecnologia como recurso de poder, supraidentificado por Furtado: “O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal. Parágrafo único. O Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos ou privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia.”

A pauta *distributiva* e a pauta *produtiva* estão protegidas pelo exercício da *soberania*: a vida econômica brasileira deve servir aos interesses de nosso povo, e não ao de outros povos, por mais sedutores ou poderosos que pareçam aos governantes do turno ou às elites brasileiras como um todo. O art. 1º, define a República Federativa do Brasil como Estado democrático de direito, com fundamento na soberania (inciso I), em que “todo poder emana do povo”, e o art. 4º, por sua vez, ao definir os princípios a reger as relações internacionais, enumera, no inciso I, a “independência nacional” e no, inciso V, a “igualdade entre os Estados”, sendo absolutamente coerente a presença da soberania nacional como inciso I do art. 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional.”

II. A caça aos artigos 171 e 192: Sem Tecnologia Nacional, sob o Controle dos Bancos

Esse sistema finalístico também dispunha de meios, instrumentos, para que viesse a ser concretizado, dentre os quais (i) uma adequada definição de tipos societário-empresariais capazes de serem invólucros de desenvolvimento tecnológico e (ii) um sistema financeiro vertido ao financiamento do desenvolvimento,

e não à sua
Essas eram
aos artigos

A sor
passado de
O resulta
da própr

ll.a. A

O ar
-empres

(ii) a tiv
poder de

leis bras

de capita

titularid

ou de en

empres

direito,

empres

tempo

nacion

que co

nal, en

no inc

entenc

absorv

domic

aquisi

termo

e não à sua autoperpetuação ou endividamento dos demais atores econômicos. Essas eram as funções previstas, no texto constitucional promulgado em 1988, aos artigos 171 e 192.

A sorte dos dois artigos será semelhante: instrumentos de luta contra um passado de atraso, foram identificados como inimigos, bloqueados ou dilacerados. O resultado final, entretanto, ainda não foi a eliminação de seu núcleo de comando da própria Ordem Econômica brasileira.

II.a. A caça ao artigo 171

O artigo 171 da Constituição visava à criação de distintos tipos societário-empresariais, trazendo no núcleo de suas distinções (i) a nacionalidade do capital, (ii) a atividade vertida ao desenvolvimento tecnológico e (iii) a noção realista de poder de controle: "São consideradas: I – empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País; II – empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidade de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades. § 1º A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional: I – conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País. II – estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos: a) a exigência de que o controle referido no inciso II do 'caput' se estenda às atividades tecnológicas da empresa, assim entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia; b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou entidades de direito público interno. § 2º Na aquisição de bens ou serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional."¹³

13. Cf. GRAU, Eros. "Ordem Econômica na Constituição Brasileira de 1988". *Revista de Direito Público*, n. 93, ano 23, jan.-mar./1990, p. 273: "Como se percebe, a noção técnica de poder de controle faz sua entrada solene no quadro constitucional. A definição contida no art. 171, II pouco difere da que consta do art. 116 da lei de sociedades por ações (Lei 6.404, de 15.12.76). Há duas diferenças menores. Enquanto a lei acionária fala em titularidade de 'direitos de sócio' – correspondentes à noção de *Mitgliedschaftsrechte* do direito alemão –, o texto constitucional emprega a expressão 'capital votante'; o que, a rigor, não é a mesma coisa, pois pode haver separação entre a nua-propriedade e o usufruto (com direito de voto) das ações. E onde a Constituição se utiliza da noção genérica de 'poder decisório', a lei de sociedades por ações precisa que se trate do direito de eleger a maioria dos administradores. Observa-se, no entanto, que o controlador

Tal política jurídica de distinção de tipos societário-empresariais quanto à nacionalidade, comprometido com desenvolvimento tecnológico e identificação realista do controlador remonta à história da política nacional de informática¹⁴, reproduzindo em nível constitucional a definição de empresa de capital nacional contida na Lei n. 7.232/1984, que se tornara um desdobramento dos princípios de soberania econômica e da superação do subdesenvolvimento.¹⁵

Durante a ditadura militar, foi criada pelo Decreto 70.370/1972 (com reestruturação futura pelo Decreto 77.118/1976) a Comissão de Coordenação das Atividades de Processamento de Dados – Capre, que modelou uma política de geração de mini e microcomputadores, por meio da Resolução n. 1 de 1976. Essa experiência brasileira de criação de capacidade autóctone em geração de computadores, política de autonomia tecnológica avaliada por Peter Evans como bem-sucedida, especialmente em comparação a outros países na corrida por ganho de complexidade econômica hoje bem posicionados em diversos setores, como Coreia do Sul ou Índia, culminou na Lei n. 7.232/1984 e, futuramente, no artigo 171. Mas, principalmente, entre um e outro, gerou a reação norte-americana de proteção de suas empresas: o Brasil não poderia ter autonomia tecnológica em setores de ponta, capazes de ameaçar os interesses norte-americanos.

O presidente norte-americano Ronald Reagan encarregou-se diretamente de anunciar a intensidade da batalha, em discurso no rádio, cruelmente escolhido para ser pronunciado no dia 7 de setembro, dia de nossa independência, de ma-

ou controladores de uma empresa brasileira de capital nacional não precisam ser de nacionalidade brasileira. Basta que tenham fixado seu domicílio residencial no Brasil; isto é, segundo o conceito estabelecido no art. 31 do Código Civil, hajam estabelecido no País sua residência com ânimo definitivo, o que se prova, para os estrangeiros, pelo visto de entrada permanente.” Cf. tb. BERCOVICI, Gilberto. “Ciência e Inovação sob a Constituição de 1988”, op. cit., p. 276: “A distinção entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional está fundada na concepção de poder de controle, proveniente do direito societário, não mais na organização segundo as leis brasileiras. Esta última definição, aliás, consistia em uma mera formalidade, pois as companhias estrangeiras estruturavam filiais brasileiras, mas continuavam exercendo seu poder de controle. Deste modo, a Constituição de 1988 buscou viabilizar as empresas brasileiras de capital nacional como agentes preferenciais no desenvolvimento das atividades imprescindíveis ao desenvolvimento tecnológico nacional (art. 171, § 1.º, II, CF), propiciando a possibilidade de concessão de proteção, incentivos e benefícios temporários, além da preferência na aquisição de bens e serviços pelo Estado (art. 171, § 2.º, CF).”

14. BERCOVICI, Gilberto. “Ciência e Inovação sob a Constituição de 1988”. *Revista dos Tribunais*, n. 916, fevereiro de 2012, p. 273: “A política nacional de informática se caracterizou pela disputa em torno da autonomia tecnológica e da definição de empresa nacional.”

15. GRAU, Eros Roberto. “Breve Nota sobre o Artigo 171 da Constituição de 1988”. *Revista de Informação Legislativa*, n. 179, ano 45, Brasília, jul./set. 2008, p. 243.

neira a lembrar que ainda não somos independentes: "I am directing the U.S. trade representative to start proceedings... against a Brazilian law that has restricted U.S. exports of computers and related products and squeezed out some American computer firms operating there".¹⁶ As sutilezas falam, muitas vezes, mais do que as palavras...

Recorrendo a seu arsenal de direito econômico de proteção às suas empresas e de destruição de possíveis concorrentes, os EUA acionaram, após uma consulta ao GATT que restou inconclusiva (porque não houve provas de que a política de informática brasileira trouxesse prejuízos comerciais efetivos), a temida Seção 301.¹⁷ Frente a um brutal arsenal de ameaças jurídicas que poderiam levar a uma profunda crise na economia brasileira, que, entre outras fragilidades, padecia de excesso de vulnerabilidade externa aos compradores de matérias-primas e, especialmente, em relação aos EUA, o Brasil foi cedendo às pressões dos EUA e retirou a proteção sobre o mercado de softwares e hardwares ("Lei de Software", Lei 7.646/1987), o que levou o governo dos EUA a encerrar a investigação sobre o setor de informática em 1989.¹⁸

Entretanto, a cerrada defesa dos interesses norte-americanos em relação à possibilidade de eles explorarem os ramos mais rentáveis do comércio de tecno-

-
16. White House press release of President Reagan's radio address of 7 September 1985. Cf. EVANS, Peter. 1989. *Declining Hegemony and Assertive Industrialization: U.S. Brazilian Conflict in the Computer Industry*. *International Organization* 43, 2 (Spring), p. 207-238.
17. A Seção 301, instituída pela Lei de Comércio e Tarifas de 1974, organiza a política coercitiva dos Estados Unidos para garantir a expansão de suas exportações. Cf. ARSLANIAN, Regis P. *O Recurso à Seção 301 da Legislação de Comércio Norte-Americana e a Aplicação de seus Dispositivos contra o Brasil*, op. cit., p. 31.
18. ARSLANIAN, Regis P. *O Recurso à Seção 301 da Legislação de Comércio Norte-Americana e a Aplicação de seus Dispositivos contra o Brasil*, op. cit., p. 9: "O contencioso de informática, gerado pela Abertura, em 1985, de uma investigação, sob a seção 301, que se prolongou por mais de quatro anos, decorreu da reserva de mercado de informática e de suas restrições, alegadas pelo Governo norte-americano, em matéria de investimentos, de acesso a mercado e de propriedade intelectual, assim como da administração da Lei de Informática por parte da antiga Secretaria de Informática (SEI). Ainda que os EUA não tenham chegado, no caso da informática, a efetivamente impor sanções contra produtos brasileiros de exportação para os EUA, previamente selecionados, os fatores inibidores de comércio, decorrentes da mera ameaça de sua aplicação, vieram a significar elevados prejuízos para as vendas daqueles produtos no mercado norte-americano." Cf. tb. *Ibidem*, p. 36-54. Cf. Para mais detalhes sobre as negociações e ameaças dos EUA, BASTOS, Maria Ines. 1992. *The Interplay of Domestic and International Constraints on the Informatics Policy of Brazil*. UNU/INTECH Working Paper no. 6. EVANS, Peter. 1989. *Paths to Participation in 'Hi-Tech' Industry: A Comparative Analysis of Computers in Brazil and Korea*. *Asian Perspective* 13, 1 (Spring/Summer), p. 5-35. EVANS, Peter. *Embedded Autonomy: States and industrial*

logia, financiando com dinheiro estatal suas empresas privadas ou perseguindo juridicamente possíveis concorrentes, encontrou um poderoso aliado: o presidente brasileiro eleito em 1994, Fernando Henrique Cardoso. Dava-se o encontro perfeito entre o imperialismo, de um lado, e o entreguismo, de outro.

Em 16 de fevereiro de 1995, os então Ministros Nelson Jobim (Ministro da Justiça), Pedro Malan (Ministro da Fazenda), José Serra (Ministro do Planejamento), Reinhold Stephanes (Ministro da Previdência e Assistência Social), Luís Carlos Bresser Pereira (Ministro da Administração e Reforma do Estado) e Raimundo Brito (Ministro de Minas e Energia) apresentaram a Proposta de Emenda à Constituição n. 5, com o objetivo de retirar da Constituição qualquer diferenciação entre empresa nacional e empresa de capital nacional. Na Exposição de Motivos n. 37 de 1995, os ministros argumentaram que a “discriminação” feita ao capital estrangeiro perdeu sentido frente à “eliminação das reservas de mercados”. Segundo tal diagnóstico, a Administração Pública deveria ater-se, somente, a saber se a produção do bem ou serviço contratado foi realizada no Brasil, pouco importando a composição acionária e o poder de controle da empresa produtora.¹⁹ Como se verá adiante, no último capítulo desse texto, isso não era verdade à época (pois os EUA e a China, ao momento protegiam ferozmente suas empresas e mercados), e tampouco é verdade hoje em dia, quando as duas principais economias do mundo travam uma guerra comercial e tecnológica repleta de armas protecionistas.²⁰ Mas, para as elites

19. Brasil. Poder Executivo. “Exposição de Motivos n. 37, de 16 de fevereiro de 1995”. *Diário do Congresso Nacional*, seção I, Brasília, 15.03.1995, p. 3245: “A proposta tem a intenção de eliminar a distinção entre empresa (sic) brasileira e empresa brasileira de capital nacional e o tratamento preferencial concedido a esta última. Para tanto, firma-se o conceito da empresa brasileira como aquela constituída sob as leis brasileiras e com sede e administração no País. A discriminação ao capital estrangeiro perdeu sentido no contexto de eliminação das reservas de mercado, maior interrelação entre as economias e necessidades de atrair capitais estrangeiros para complementar a poupança interna. Com relação ao tratamento preferencial nas aquisições de bens e serviços por parte do Poder Público, a proposta corrige imperfeição do texto constitucional, passando a favorecer os produtos produzidos e serviços prestados no País, ao invés de empresas classificadas segundo a origem do capital. Com isto, pretende-se restabelecer o importante instrumento de compra do Estado para estimular a produção, emprego e renda no País. É digno de nota que a proposta vincula o tratamento preferencial conferido aos produtos e serviços produzidos internamente à igualdade de condições (preços, qualidade, prazos etc.) entre os concorrentes.”

20. OCTAVIANI, Alessandro. “Donald Trump em Pequim”, op. cit. OCTAVIANI, Alessandro. “A guerra dos CFIUS e a defesa da soberania econômica norte-americana”. *Jota*. Publicado em 22.05.2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-guerra-dos-cfius-e-a-defesa-da-soberania-economica-norte-americana-22052018>>, acesso em 04.12.2018. OCTAVIANI, Alessandro. “Estatais: é possível um debate sem ‘lacrção?’”. *Jota*. Publicado em 04.03.2019. Disponível em: <www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/estatais-e-possivel-um-debate-sem-lacracao-04032019>, acesso em

brasileiras, sempre foi mais atrativo ver o mundo como gostariam que fosse, e não como de fato é, em sua característica mistura de ignorância e má-fé.

Segundo o otimismo dos propugnadores da revogação, a remoção de tais distinções geraria como consequência novos investimentos em tecnologia, mais empregos e mais renda.²¹ Da mesma maneira que a aprovação da Lei de Patentes em 1996 nos tornaria uma potência tecnológica, atraindo investimentos em desenvolvimento tecnológico da indústria farmacêutica mundial, tais promessas da revogação do art. 171 também não foram cumpridas.²²

A ausência da distinção de tipos societário-empresariais com base no critério da nacionalidade, poder de controle realista e desenvolvimento tecnológico, como política econômica prioritária e com base Constitucional, teve outros efeitos, como a desnacionalização em diversos setores, como a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica, em níveis não permitidos por países como os EUA ou a China, na década de 1990 e atualmente.²³

26.04.2019. OCTAVIANI, Alessandro e NOHARA, Irene. "Estatais", op. cit., p. 21-27. OCTAVIANI, Alessandro. "The Brazilian Food Value Chain and Competition Policy: An Overview of CADE's role – centrality and inadequacy". No prelo.

21. Pronunciamento de Paulo Cordeiro (Bloco/PTB-PR), disponível em Imprensa Nacional. Proposta de Emenda à Constituição n. 5-B, de 1995. *Diário do Congresso Nacional*, seção I, 11.05.1995, p. 9595: "A aprovação desta emenda vai fazer com que tenhamos, sem dúvida condições de atender ao nosso maior compromisso com a população: capacidade de oferta de empregos. Os recursos não têm bandeira, não têm pátria, mas podem traduzir-se em geração de empregos, em novos investimentos para a indústria e sua modernização, o que vai trazer, sem dúvida, a satisfação daqueles que ajudaram a eleger Fernando Henrique Cardoso e da maioria dos Parlamentares, que apoiam o Governo de S. Ex^a. [...] a partir da votação dessas reformas, teremos um novo modelo de Estado, um Estado enxuto, que poderá fazer com que os investimentos do Tesouro nacional (sic) se voltem para as questões sociais, hoje tão abandonadas, e que a iniciativa privada possa promover o desenvolvimento econômico em parceria com o Governo da União."
22. Para um panorama introdutório sobre o assunto, cf. CORREA, Carlos. *Acuerdo TRIPs – Régimen Internacional de la Propiedad Intelectual*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996, *passim*. GANDELMAN, Marisa. *Poder e Conhecimento na Economia Global – o Regime Internacional de Propriedade Intelectual: da sua formação às regras de comércio atuais*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004, *passim*. Cf. também REMICHE, Bernard. "Revolução tecnológica, globalização e direito das patentes". In: VARELLA, Marcelo (org.). *Propriedade Intelectual e Desenvolvimento*. São Paulo: Aduaneiras, 2005, p. 82-89. BARBOSA, Denis Borges. "Trips e a experiência brasileira". In: VARELLA, Marcelo (org.). *Propriedade Intelectual e Desenvolvimento*, op. cit., p. 148-159. Sobre o TRIPs e saúde pública, GUISE, Mônica. *Comércio Internacional, Patentes e Saúde Pública*. Curitiba: Juruá, 2007, *passim*. GUISE, Mônica. *TRIPs e Saúde Pública: por uma interpretação mais humana do Acordo*. São Paulo: mimeo, 2006, p. 7-14.
23. BERCOVICI, Gilberto. *Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais*. op. cit., p. 247-248: "A Emenda Constitucional n. 6/1995 modificou a orientação nacionalista do texto original da Constituição de 1998, opondo-se, inclusive, à orientação constitucional

A revogação do artigo 171 da Constituição, como afirma corretamente Berco-
vici, não foi o fim da possibilidade de distinção entre tipos societário-empresariais
vertidos ao desenvolvimento nacional, tendo ocorrido apenas a retirada do dever
constitucional de exercê-la.²⁴ Mas demonstra o implacável cerco, externo e interno,
à construção da institucionalidade necessária à superação do subdesenvolvimento

brasileira firmada desde 1934. O artigo 171, que diferenciava a empresa brasileira da
empresa brasileira de capital nacional, foi revogado. A defesa da constituição de um setor
empresarial autônomo financeira e tecnologicamente em relação às grandes empresas
multinacionais foi retirada do texto constitucional. O artigo 170, IX foi modificado para
garantir tratamento diferenciado às empresas brasileiras de pequeno porte constituídas
sob as leis brasileiras de capital nacional de pequeno porte. Com esta decisão, alterou-se
também a redação do art. 176, §1º, eliminando-se a restrição da exploração dos recursos
minerais brasileiros para as empresas multinacionais, bastando que constituam uma
filial sob as leis brasileiras e com sede e administração no país. A Lei n. 9.314, de 17 de
janeiro de 1997, regulamenta a participação do capital estrangeiro na mineração, per-
mitida após a Emenda Constitucional n. 6/1995." SENADO FEDERAL. *Relatório Final:*
Emendas Constitucionais nos 5, 6, 7, 8 e 9. Rel. Sen. Bernardo Cabral, p. 14-15: "Cabe
ressaltar que o ponto fundamental em questão é a participação de *empresas estrangeiras*
nas atividades econômicas no País, especialmente, no que se refere à *atividade estraté-*
gica, que é a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais
de energia hidráulica. Nesse sentido, a presente emenda elimina quaisquer restrições à
participação estrangeira nessas atividades. A verdade é que a participação estrangeira
nessas atividades sempre foram dominantes, ao longo do tempo, no País, enquanto a
legislação americana chega ao ponto de determinar percentuais para a conservação
de reservas minerais; prevendo até o pagamento de lucros cessantes para as empresas
titulares de jazidas bloqueadas para fins conservacionistas. O que ocorreu foi que o
nilil obstat constitucional abriu caminho para a desnacionalização progressiva do setor
mineral brasileiro. O resultado reflete-se na insignificante participação da mineração
no PIB, em face das exportações serem efetuadas a preços administrados. Cabe refletir,
sem conotação xenofóbica, sobre a acumulação de nióbio no território brasileiro. Metal
de recente aplicação o nióbio é usado em siderurgia, sob a forma de liga ferro-nióbio,
para a produção de aço HSLA. Também compõe com o níquel e o cobalto as superligas
indispensáveis a indústria aeroespacial (turbina a gás) e em outras ligas supracondutoras.
Detemos 94% das reservas mundiais, fora uma outra concentração em São Gabriel da
Cachoeira (AM), praticamente igual àquelas já tituladas. Poderíamos formar sozinhos
a OPEN – Organização dos Produtores e Exportadores de Nióbio, para ditar os preços
do mercado internacional. Entretanto, duas empresas estrangeiras detêm sua concessão.
Finalizando, quanto às sugestões oportunas do Sr. Wanderlino Teixeira de Carvalho, seria
prudente que fosse ouvido o DNPM para opinar a respeito, em face da sua competência
para executar o Código de Mineração e os diplomas legais complementares."

24. BERCOVICI, Gilberto. *Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais*, op. cit.,
p. 248-249: "A revogação do artigo 171 significa apenas que não há mais o dever cons-
titucional de se diferenciar as empresas brasileiras das empresas brasileiras de capital
nacional. A preferência às empresas brasileiras de capital nacional era obrigatória pelo
disposto no artigo 171 da Constituição. Esta preferência simplesmente deixou de ter
obrigatoriedade constitucional, sendo mantida ou incorporada de acordo com a vontade

brasileiro. Este cerco também se mobilizaria contra a tentativa de colocar o sistema financeiro a serviço da coletividade e do desenvolvimento nacional.

11.2. Caça ao artigo 192

O art. 192 foi um dos instrumentos idealizados para compor um tecido econômico voltado à superação do subdesenvolvimento brasileiro, dado que as finanças devem servir ao desenvolvimento dos povos, e não o inverso.

Sua redação original privilegiava expressamente, entre outros, “o desenvolvimento equilibrado do País”, os “interesses da coletividade”, os “interesses nacionais”, “proteger a economia popular”, “programas e projetos de caráter regional”.²⁵

política do legislador ordinário de estabelecer distinções entre determinadas situações e conceder tratamentos jurídicos distintos.”

25. A redação original era a seguinte: “Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre: I – a autorização para o funcionamento das instituições financeiras, assegurado às instituições bancárias oficiais e privadas acesso a todos os instrumentos do mercado financeiro bancário, sendo vedada a essas instituições a participação em atividades não previstas na autorização de que trata este inciso; II – autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador e do órgão oficial ressegurador; III – autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, resseguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador III as condições para a participação do capital estrangeiro nas instituições a que se referem os incisos anteriores, tendo em vista, especialmente: a) os interesses nacionais; b) os acordos internacionais; IV – a organização, o funcionamento e as atribuições do Banco Central e demais instituições financeiras públicas e privadas; V – os requisitos para a designação de membros da diretoria do Banco Central e demais instituições financeiras, bem como seus impedimentos após o exercício do cargo; VI – a criação de fundo ou seguro, com o objetivo de proteger a economia popular, garantindo créditos, aplicações e depósitos até determinado valor, vedada a participação de recursos da União; VII – os critérios restritivos da transferência de poupança de regiões com renda inferior à média nacional para outras de maior desenvolvimento; VIII – o funcionamento das cooperativas de crédito e os requisitos para que possam ter condições de operacionalidade e estruturação próprias das instituições financeiras. § 1º A autorização a que se referem os incisos I e II será inegociável e intransferível, permitida a transmissão do controle da pessoa jurídica titular, e concedida sem ônus, na forma da lei do sistema financeiro nacional, a pessoa jurídica cujos diretores tenham capacidade técnica e reputação ilibada, e que comprove capacidade econômica compatível com o empreendimento. § 2º Os recursos financeiros relativos a programas e projetos de caráter regional, de responsabilidade da União, serão depositados em suas instituições regionais de crédito e por elas aplicados. § 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

Esse artigo foi promulgado após um período de ampliação do poder econômico do setor bancário, que, no longo prazo, modulou dois dos fatores estruturais na atual conformação da economia brasileira: (a) concentração bancária e (b) controle exercido pelos grupos econômicos financeiros sobre a dívida pública interna brasileira. Os obstáculos que se colocaram frente a tais objetivos foram cerradamente combatidos, com chantagem econômica, captura política e mistificação ideológica.

Os planos de austeridade da ditadura militar aumentaram a concentração bancária: entre 1967 a 1973, a quantidade de bancos foi de 262 para 114, com mais de 148 bancos deixando de existir.²⁶ O Decreto-Lei 1.182/71 criou a Comissão para Fusão e Aquisição de Empresas – COFIE, que tinha como objetivo incentivar incorporações, aquisições e abertura de capital em setores considerados de interesse nacional. Tal incentivo baseava-se na isenção de imposto de renda decorrente da reavaliação de bens integrantes do ativo imobilizado acima dos limites da correção monetária. Em dezembro de 1988, logo após a promulgação do artigo 192, que tentava subordinar o sistema financeiro aos desígnios políticos do desenvolvimento, havia 104 bancos comerciais e 5 caixas econômicas em funcionamento; do total de bancos, 49 eram bancos privados (controlavam 56,85% dos ativos), 26 bancos sob controle estrangeiro (9,62% dos ativos) e 29 bancos públicos (33,53% dos ativos).²⁷

Um dia antes da promulgação da Constituição, alguns dos mais poderosos representantes desse seleto grupo de donos do dinheiro foram ao Gabinete da Presidência da República demonstrar seu poder ao Consultor Geral da República, Saulo Ramos. A solução para o grande problema representado pela limitação constitucional dos juros foi que o “[...] ministro Maílson da Nóbrega faria uma consulta oficial ao Presidente, que a encaminharia ao consultor-geral da República. Proferido o parecer [...], o presidente da República o aprovaria e, assim municiado, o Banco Central, obrigado a obedecer aos atos normativos da Presidência da República, distribuiria instruções para todo o sistema financeiro, e continuariam as regras vigentes”.²⁸

No dia seguinte à promulgação da Constituição, a encomenda foi entregue: o Parecer SR-70 foi publicado, restou cogente para toda a Administração Pública Federal, o Banco Central publicou a Circular n. 1.365/1988 reiterando que, enquan-

26. TAVARES, Martus A.R. “Concentração bancária no Brasil: uma evidência empírica”. *Revista de Administração de Empresas*, n. 25 (4), p. 55-63, out./dez. 1985, p. 56-57.

27. Banco Central do Brasil. *Bancos Brasileiros após a Resolução 1524, de 21.09.88*. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/acesoinformacao/legado?url=https:%2F%2Fwww.bcb.gov.br%2Fhtms%2Fdeorf%2Fe88-2000%2Ftexto.asp%3Fidpai%3Drelsfn19882000>>, acesso em 27.04.2019.

28. RAMOS, Saulo. “FHC, juros e restaurante”. *Folha de S. Paulo*. Publicado em 03.10.1998. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/especial/fj03109810.htm>>, acesso em 10.04.2019.

to não houvesse lei complementar disciplinando o Sistema Financeiro Nacional, seriam aplicadas as regras previstas antes da Constituição, e a letra expressa da Constituição ficou morta no papel. O § 3º do art. 192 que previa a fixação máxima dos juros reais em 12% ao ano foi considerado “norma de eficácia limitada e condicionada”, “norma programática”.²⁹ Citando Canotilho, afirma que teria ocorrido “reenvio constitucional”, com a Constituição transferindo às leis a concretização de seus preceitos, que se caracterizariam por “abertos”, “incompletos” ou “indeterminados”.³⁰

O encomendado Parecer SR-70 foi inquirido judicialmente por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT, questionando-se a normatividade adquirida pelo Parecer a partir da aprovação pelo Presidente da República: a ADI foi julgada improcedente em 07 de março de 1991.

Bloqueado o mais ameaçador dos dispositivos, o que limitava a remuneração dos juros, passou-se à fase da “operação tartaruga”, com a manipulação do “mito da Lei única”, segundo o qual todo o Sistema Financeiro Nacional deveria

29. RAMOS, Saulo. Parecer: SR-70. In: CGR. *Pareceres da CGR*. Vol. 99, p. 225-253, Brasília, jun./dez.88, p. 252-253: “É, pois, o artigo 192, por inteiro, norma de eficácia limitada e condicionada, dependente de intervenção legislativa infraconstitucional para entrar em vigência. Cumpre, portanto, respeitar a vontade do constituinte e, através dos dois Poderes que compõem o processo legislativo brasileiro, agilizar o previsto projeto de lei complementar, que dará efetiva concreção ao novo mandamento constitucional.”

30. *Ibidem*, p. 242-243: “A questão sugerida pelo debate do tema conduz, por sua íntima conexão, necessariamente, ao problema do *reenvio* constitucional. No magistério de J.J. Gomes Canotilho [...]. ‘A constituição remete ou reenvia para as leis, em virtude da abertura, incompletude ou indeterminabilidade das suas normas, a concretização dos preceitos constitucionais. Trata-se, fundamentalmente, de um reenvio dinâmico, pois o legislador coopera na determinação e conformação material [...] do objeto de reenvio’. Note-se, portanto, que a integração normativa do preceito constitucional em questão, a decorrer de atividade desenvolvida pelo legislador, não mais significa do que ‘a abertura a concretização da constituição segundo às leis.’” Sobre tal concepção: FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. “Os princípios do direito constitucional e o art. 192 da Carta Magna”. In: BARROSO, Luis Roberto e CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Direito Constitucional: constituição financeira, econômica e social*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais; v. 6), p. 722-723. Cf. tb. TÁCITO, Caio. “Juros Reais”. In: BARROSO, Luis Roberto e CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Direito Constitucional: constituição financeira, econômica e social*, op. cit., p. 257-269. José Afonso da Silva é um dos responsáveis pela difusão da doutrina das normas programáticas entre nós, com efeitos em tudo semelhantes a Manoel Gonçalves Ferreira Filho, como demonstra BERCOVICI, Gilberto. “Estado Intervencionista e Constituição Social no Brasil: O Silêncio Ensurdecedor de um Diálogo entre Ausentes”. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio De Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 725-737.

ser regulado por uma única e global lei complementar, certamente tornando sua aprovação mais difícil.³¹

Além da ADI n. 4, devem ser citados dois Mandados de Injunção³² protocolados no STF, com a finalidade de obrigar o Poder Legislativo a sair da inércia e editar a Lei Complementar regulamentando o Sistema Financeiro Nacional. Enquanto os efeitos da letra expressa da Constituição não valiam porque não havia lei, e o Congresso não aprovava tais leis, a Constituição, de fato, não vigorava. Esse foi o terreno em que se operou a detenção do artigo 192, até sua sutura, patrocinada pelos irmãos PSDB e PT: (i) a Emenda Constitucional n. 13 de 1996 visou à eliminação monopólio Constitucional sobre o resseguro e (ii) a Emenda Constitucional n. 40 de 2003 arrancou do texto todos os incisos e parágrafos do artigo 192.³³

Essa manifestação de poder político formal do setor financeiro foi parelha ao seu aumento de poder material, que, estimulado e protegido pela ditadura militar atingiu o paroxismo com os governos do PSDB e PT. No contexto do Plano Real, foram criados o Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional – Proer e o Programa de Incentivo à Redução do Setor Público Estadual na Atividade Bancária – Proes. O Proes resultou na privatização de 9 instituições, gerando um gasto de R\$ 61,4 bilhões para sanear os bancos privatizados; dos 64 bancos existentes, 41 foram privatizados, extintos ou transformados

31. Veja-se o item 6 da ementa do julgado do STF: “[...] 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 concedidos em tal diploma”. Cf., entre outros, FRANCO, Gustavo H. B. “A Sinuca do 192”. *Veja*. Publicado em 02.08.2000. Disponível em: <<http://www.economia.puc-rio.br/gfranco/veja23.htm>>, acesso em 24.05.2019. PEREIRA JÚNIOR, Ademir Antonio. *Sistema Financeiro, Desenvolvimento Regional e Estado: A regulação jurídica do crédito financeiro*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 159-177.
32. STF Mandado de Injunção n. 470-6 RJ. Rel. Min. Celso de Melo. Dj. 15.02.1995. STF Mandado de Injunção n. 542-7 SP. Rel. Min. Celso de Melo. Dj. 29.08.2001. Além dos mandados de injunção, outros Recursos Extraordinários foram interpostos, com o objetivo de tornar a regra estipulada no §3º do art. 192 vinculante. Cf., entre outros, STF Recurso Extraordinário n. 237.472-7 RS. Min. Rel. Sydney Sanches. Dj. 05.02.1999. STF Recurso Extraordinário n. 157.897-1 RS. Min. Rel. Carlos Velloso. Dj. 03.08.1993. STF Recurso Extraordinário n. 237.952-9 MS. Min. Rel. Octavio Gallotti. Dj. 25.06.1999. STF Recurso Extraordinário n. 0184837-5. Min. Rel. Néri da Silveira. Dj. 06.12.1994. STF Recurso Extraordinário n. 186594-6 RS. Min. Rel. Celso de Mello. 15.09.1995.
33. Após a reforma, o art. 192 ficou com a seguinte redação: “O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.”

em agências de fomento³⁴. Outro fator de incentivo à concentração foi o aumento das barreiras à entrada, com requisitos mais rígidos de imobilização de capital, exigindo-se para abertura patrimônio líquido de 32%, enquanto dos bancos já existentes era exigido somente 8%. Este processo evoluiu de um quadro em que, dos bancos que existiam em 1988, às voltas com a promulgação da Constituição e o temido artigo 192, somente 40% sobreviveu até 2000. Em 2000, o sistema bancário brasileiro era composto por 191 bancos e 1 caixa econômica, sendo 16 bancos públicos (24,33% dos ativos), 104 bancos privados nacionais (42,56% dos ativos) e 71 bancos sob controle estrangeiro (33,11% dos ativos).³⁵ Desde o ano 2000, entretanto, a longa marcha para o aumento pleno do poder dos bancos foi ainda mais intensificada, tendo o Partido dos Trabalhadores – PT auxiliado na consolidação do projeto abraçado com ânimo por seu aparente arquirrival, o Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB: a concentração bancária aumentou de 50,4%³⁶ para 82%³⁷; os cinco maiores bancos do país passaram a deter, em 2018, 82% dos ativos totais do setor, o que é o dobro do que o insuspeito FMI pontuou ser a média mundial, em torno de 40%.³⁸ A outra perna do aumento do poder do sistema financeiro é, como afirmado, a tomada do Estado pelo setor financeiro por meio do aumento da Dívida Pública Interna, tendo a Dívida Bruta do Governo Geral (DBGG) atingido, em 2019, 77,3% do PIB. Apenas para se ter uma breve ideia do que isso pode significar de rendimento aos detentores, operadores e especuladores dos títulos, a variação da Dívida Pública Federal, entre 2017 e 2018, foi de 8,9%, ocasionando apropriação de juros de R\$ 342,7 bilhões.³⁹

Da mesma maneira que a retaliação e a caça ao artigo 171, como ressaltou corretamente Bercovici, não elimina a possibilidade jurídica de realizar distinções entre tipos societário-empresariais para fins de política de desenvolvimento, a Constituição

34. Cf. MATIAS, Alberto Borges e METZNER, Talita Dayane. *O Setor Bancário Brasileiro de 1990 a 2010*. Barueri: Manole, 2015, p. 158 e 180. VENTURINI, Lilian. "O que foi o Proer, caso dos anos 90 agora desarquivado pelo Supremo". *Nexo*. Publicado em 29.03.2016. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/03/29/O-que-foi-o-Proer-caso-dos-anos-90-agora-desarquivado-pelo-Supremo>>, acesso em 24.04.2019.
35. BANCO CENTRAL. *Bancos Brasileiros após a Resolução 1524*, de 21.09.1988, op. cit.
36. TAKAR, Téo. "Bancos nas Mãos de Poucos", op. cit.
37. BRASIL. Banco Central. *Relatório de Economia Bancária (2017)*. Brasília: Banco Central do Brasil, 2018, p. 90-91. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pec/depep/spread/REB_2017.pdf>, acesso em 24.04.2019.
38. TAKAR, Téo. "Bancos nas Mãos de Poucos", op. cit.
39. Ministério da Economia, Secretaria Especial da Fazenda, Secretaria do Tesouro Nacional. *Dívida Pública Federal: Relatório anual 2018*. N. 16. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2019, p. 8-9, 19-20 e 24. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/269444/RAD_2019.pdf/85c6fb46-144a-4c26-88f2-6b15e4098744>, acesso em 24.04.2019.

continua a projetar no Sistema Financeiro Nacional, como apontado acertadamente por Lea Vidigal, um instrumento para superação do subdesenvolvimento.⁴⁰

III. China e Estados Unidos confirmam: a Constituição Brasileira de 1988 estava certa; seus reformadores estavam errados

A Ordem Econômica consagrada em 1988 trouxe, além de objetivos e finalidades, alguns comandos jurídicos sobre instrumentos e meios, dentre os quais a distinção de (i) tipos societário-empresariais submetidos a políticas nacionais de desenvolvimento e (ii) a estruturação de um modelo de controle e subordinação do sistema financeiro vertido à finalidade do desenvolvimento nacional.

Tais pretensões encontraram no imperialismo e nas elites internas, econômicas, políticas e jurídicas, adversários poderosos, que realizaram uma monumental e incansável perseguição aos ditames constitucionais.

Essa perseguição sempre se baseou em uma imagem ideológica: os artigos 171 e 192 deveriam ser esquartejados porque seriam a imagem de nosso atraso, porque não haveria país sério e competitivo no mundo que apresentava tais preocupações,

40. MEDEIROS, Lea Vidigal. *Direito Econômico e Superação do Subdesenvolvimento: BNDES e planejamento*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 211-212: “Não custa lembrar que ‘promover o desenvolvimento equilibrado do País’, tal qual previsto no artigo 192, exige planejar essa transformação (art. 174, art. 21, IX e outros), ou seja: o sistema financeiro nacional está a serviço do desenvolvimento do país e dos interesses da coletividade, e, para tal, deve ser compatível e integrado ao planejamento global da economia.” Ver também BERCOVICI, Gilberto. “Seguro e Constituição Federal”. In: *Instituto Brasileiro de Direito do Seguro* (org.). VII Fórum de Direito do Seguro – IBDS. São Paulo: Roncarati, 2018, p. 75-76: “O antigo inciso II do artigo 192 da Constituição, na redação original, dizia que sistema financeiro nacional era estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado no país e a servir os interesses da coletividade, e seria regulado por lei complementar que disporia, inclusive, sobre autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização bem como sobre o órgão oficial fiscalizador e órgão oficial ressegurador. Esse artigo foi reformado várias vezes pelas Emendas Constitucionais n. 13, de 1996, e de n. 40, de 2003. Inclusive se excluiu o monopólio do resseguro com a Emenda n. 13, de 1996, mas os princípios que devem reger o sistema financeiro nacional permaneceram na sua essência. Ou seja, o artigo 192 não perdeu sua importância como vínculo entre o sistema financeiro, o sistema de seguros e o projeto constitucional, que é um projeto de desenvolvimento do país. Ao cuidar do crédito e do sistema financeiro, pode-se dizer que o atual artigo 192 da Constituição é a projeção da ordem econômica constitucional no tempo, seria uma espécie de programa para o futuro ao projetar o conflito no tempo e diferir a escassez temporalmente, definindo assim como os recursos vão ser distribuídos, quem os receberá no futuro e quem não receberá recurso algum. Essa importância do setor financeiro deve ser destacada, porque ele vai estruturar a regulamentação de toda a atividade seguradora. Afinal, a atividade seguradora, como todos sabemos, tem importância fundamental para o processo econômico.”

instituições ou disposições semelhantes. Preocupar-se com critérios de nacionalidade em relação à atividade empresária ou em subordinar o sistema financeiro a critérios de racionalidade coletiva e políticas públicas seriam pensamento de gente ignorante, que não sabe como atrair o capital estrangeiro, de mentalidade chinfrim...

Entretanto, essa arma na caça aos artigos 171 e 219 – a demonização ideológica – sempre se baseou em uma mentira, pura e simples. EUA e China operam seus potentes ordenamentos de direito econômico exatamente com esses critérios, em inúmeras e variadas manifestações, das quais trazemos a seguir apenas alguns pouquíssimos exemplos.

Nos EUA, o *Committee on Foreign Investment in the United States – CFIUS*, órgão diretamente vinculado à Presidência da República, vem barrando a entrada de capital estrangeiro que busque poder de controle de empresas norte-americanas com base, justamente, no critério jurídico do interesse nacional e nacionalidade norte-americana, voltando-se ao desenvolvimento tecnológico nacional.

Com a função de regular as transações internacionais que envolvem empresas nacionais, além de servir como filtro para barrar possíveis vulnerabilidades que o capital externo possa introduzir no país, o órgão (que surgiu das tensões advindas para a soberania econômica norte-americana com as movimentações da OPEP, na década de 1970) ganhou, a partir de 1988, com a “Emenda Exon-Florio”, diversos e enormes poderes: à Presidência da República foi dada a prerrogativa de proibir operações de alienação de controle a partir de recomendações do CFIUS, atuando quando estão envolvidas (i) infraestruturas críticas à economia norte-americana, (ii) recursos-chave, (iii) setores críticos e (iv) alienação do poder de controle. Em 2012, suas atividades se intensificam visando a restringir e proteger o mercado americano dos agressivos investimentos chineses. A partir de 2018, em razão do *Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018 – FIRRMA*⁴¹, ampliou-se sua competência, estendendo-a à análise da regulação sobre propriedade industrial, de *Joint Ventures*, Contratos de Licenciamento e outras modalidades de alienação de tecnologia, numa nítida preocupação do Estado em manter a independência tecnológica e sob seu domínio a inovação. Pelas inovações do FIRRMA Act, vê-se a extensão das competências do órgão: (i) alienação ou locação de propriedades próximas a instalações militares ou qualquer instalação ou propriedade do governo norte-americano que seja sensível à segurança nacional; (ii) qualquer investimento realizado por um estrangeiro em uma empresa de tecnologia ou infraestrutura considerada estratégica; (iii) qualquer alteração nos direitos do investidor estrangeiro dentro de uma empresa de tecnologia ou infraestrutura considerada estratégica

41. United States of America. *Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018*. Disponível em: <https://home.treasury.gov/sites/default/files/2018-08/The-Foreign-Investment-Risk-Review-Modernization-Act-of-2018-FIRRMA_0.pdf>, acesso em 29.04.2019.

que resulte em poder de controle ou em investimento ativo (ou seja, que conceda poder decisório ou acesso as atividades vitais da empresa); (iv) quando uma empresa estratégica na área de tecnologia norte-americana estabelecer relações que têm como objeto propriedade intelectual ou qualquer suporte a pessoas estrangeiras, independentemente do tipo contratual, como *Joint Ventures* e Contratos de Licenciamento de Propriedade Industrial; (v) qualquer *covered transaction* que resulte em falência ou outros procedimentos que resultem na falta do pagamento dos débitos da empresa; (vi) qualquer outra transação, transferência, acordo ou disposição contratual com o objetivo de contornar ou evadir da regulação do CFIUS.

O CFIUS é uma versão hiper-turbinada do nosso revogado artigo 171.

Não é de se espantar que Ronald Reagan tenha comandado a guerra contra o núcleo do artigo 171: ele guardava a racionalidade que os EUA sabem ser correta, e por isso tinha que ser eliminado de nosso ordenamento jurídico, para o bem dos norte-americanos.

Da mesma maneira, a China tem inúmeros dispositivos em seu arsenal de direito econômico referente à distinção societário-empresarial para fins de desenvolvimento nacional.

Em primeiro lugar, deve-se fazer menção às suas cerca de 150.000 (cento e cinquenta mil) empresas estatais, das quais um terço são ligadas diretamente ao governo central. A dimensão e importância dessas empresas é tamanha que abrange operações em 185 países, inclusive nos EUA, onde a China tem estratégia agressiva de aquisições de empresas visando ao controle sobre tecnologias-chave⁴². No ano de 2018, 48 das 500 maiores empresas do mundo eram estatais chinesas, que juntas chegaram a um lucro de US\$ 217,5 bilhões⁴³. Quatro delas, CNPC,

42. De acordo com a USTR, somente entre 2010 e 2016 foram adquiridas 1395 empresas nos EUA por investimentos chineses, aproximadamente um quarto delas por empresas estatais. O estudo aponta ainda que 92,4% dos investimentos chineses nos EUA foram utilizados para aquisição de empresas. United States of America. United States Trade Representative Executive Office Of The President. *Findings Of The Investigation Into China's Acts, Policies, And Practices Related To Technology Transfer, Intellectual Property, And Innovation Under Section 301 Of The Trade Act Of 1974*. Washington: 2018. P. 98-100. Disponível em <<https://ustr.gov/sites/default/files/enforcement/301Investigations/301%20Report%20Update.pdf>>, acesso em 27.04.2019.

43. Cf. CHINA DAILY. "Chinese firms ascend global rankings". *China Daily*, Beijing, 25.07.2017. Disponível em: <www.chinadaily.com.cn/business/2017-07/25/content30233589.htm>, acesso em 04.12.2018. PAKISTAN OBSERVER. "115 Firms on Fortune Global 500 List 2017". *Pakistan Observer*, Beijing. Publicado em 24.07.2017. Disponível em: <<https://pakobserver.net/115-chinese-firms-fortune-global-500-list-2017/>>, acesso em 04.12.2018. REUTERS. "China Central Government-Owned Enterprises' 2017 profit 15.2 percent: State media". *Reuters*. Beijing. Publicado em 15.01.2018. Disponível em: <<https://www.reuters.com/article/us-china-economy-state-firms/china>>

PetroChina, Sinopec e Cnooc, são estatais cujo objetivo é proteger o mercado interno das oscilações do preço do petróleo e das "guerras do petróleo" dos Estados Unidos. A estratégia chinesa em relação à tecnologia, executada por meio de suas estatais, é ascender na escala global de inovação por intermédio de aquisição de empresas líderes, como foi o caso da compra da Syngenta, pela ChemChina, no setor de biotecnologia e produtos agrícolas⁴⁴. Além disso, reconhecendo a importância da autonomia em inovação tecnológica, o 13º Plano Quinquenal Chinês (o atual, 2016 a 2020) objetiva desenvolver e deter ciência e tecnologia mediante investimentos em recursos humanos de altíssima qualidade, criação de *startups* públicas, investimentos na ordem de US\$ 300 bilhões com vistas a tornar a China líder mundial, entre outros setores, em TI, robótica, biotecnologia, novas energias.

Como é financiado esse esforço? Como se assegura uma direção coerente aos ditames do Plano? Como se estabilizam as expectativas para as decisões econômicas politicamente orientadas?

A China tem uma versão hiper-turbinada do nosso mutilado artigo 192, tendo criado um sistema financeiro funcional aos desígnios de seu desenvolvimento nacional: os estatais ICBC (ativos na ordem de US\$ 4,2 trilhões), *China Construction Bank* (ativos na ordem de US\$ 3,6 trilhões), *China Agricultural Bank* (ativos na ordem de US\$ 3,4 trilhões) e o *Bank of China* (ativos na ordem de US\$ 3,2 trilhões), citadas anteriormente, para mencionar alguns.

Perante tais equívocos de nossas elites econômicas, políticas e jurídicas, que nós sejamos capazes de fazer valer a pertinente lição de nosso Professor Fábio Nusdeo: "Adaptação institucional – Esta talvez uma das tarefas mais importantes e mais difíceis, pois envolve a delicada meta de remover uma estrutura jurídico-institucional arcaica e muitas vezes impeditiva do próprio desenvolvimento, para substituí-la por outra a ele mais afeiçoada."⁴⁵ Como se viu, não basta a promulgação da Constituição formal, substituindo o arcaísmo. Este pode continuar renhido nos corações, mentes e interesses. A Grande Obra do desenvolvimento e da emancipação nacional ainda está por se fazer.

-central-government-owned-enterprises-2017-profit-15-2-percent-state-mediaidUSKBN1F419Y>, acesso em 05.12.2018.

44. Cf. OCTAVIANI, Alessandro. "A guerra dos CFIUS e a defesa da soberania econômica norte-americana", op. cit. SHIELDS, Micheal. "ChemChina clinches landmark \$43 billion takeover of Syngenta". *Reuters*, Zurich, 05/05/2017. Disponível em: <<https://www.reuters.com/article/us-syngenta-ag-m-a-chemchina/chemchina-clinches-landmark-43-billion-takeover-of-syngenta-idUSKBN1810CU>>, acesso em 04.12.2018. EL PAÍS. "Por que o governo chinês decidiu comprar a Syngenta?". *El País*. Publicado em 04.02.2016. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2016/02/03/economia/1454504746_043900.html>, acesso em 04.12.2018.
45. NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico*. São Paulo: RT, 1997, p. 408.