

GILBERTO BERCOVICI

DIREITO ECONOMICO  
E FINANCEIRO  
BIBLIOTECA

**CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA  
E DESENVOLVIMENTO**

*uma leitura a partir  
da Constituição de 1988*

 **MALHEIROS  
EDITORES**

nômica e internacional completamente adversa, em que o estado de exceção econômico é a regra. Neste contexto, a Constituição de 1988 pode ser a última possibilidade que temos para a construção de um Estado nacional republicano e democrático. E talvez seja por isso que ela é tão combatida e criticada pelos setores que nunca se conformaram com a vitória de boa parte das propostas emancipatórias na Constituinte, mais do que em nenhum outro momento de nossa história. Esta é, portanto, uma obra que faz um balanço do passado e do presente e que busca, fundamentalmente, as possibilidades ainda abertas para o futuro.

## Capítulo 1

### A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA

*1.1 Algumas premissas para o entendimento da Constituição Econômica. 1.2 Breve panorama histórico de algumas experiências internacionais de Constituição Econômica. 1.3 A experiência brasileira de Constituição Econômica. 1.4 A Constituição Econômica: novidade do século XX?. 1.5 A Constituição Econômica e a Constituição Dirigente. 1.6 A batalha pela Constituição Econômica.*

#### **1.1 Algumas premissas para o entendimento da Constituição Econômica**

As Constituições elaboradas após o final da Primeira Guerra Mundial têm algumas características comuns – particularmente, a declaração, ao lado dos tradicionais direitos individuais, dos chamados direitos sociais ou direitos de prestação, ligados ao princípio da igualdade material que dependem de prestações diretas ou indiretas do Estado para serem usufruídos pelos cidadãos. Estas novas Constituições são consideradas parte do novo “constitucionalismo social” que se estabelece em boa parte dos Estados europeus e em alguns americanos.<sup>1</sup> Em torno destas Constituições, adjetivadas de sociais, programáticas ou econômicas, vai se dar um intenso debate teórico e ideológico.

Para entender o debate em torno destas Constituições, especialmente em relação à noção de Constituição Econômica,<sup>2</sup> precisamos

1. Boris Mirkine-Guetzévitch, *Les Nouvelles Tendances du Droit Constitutionnel*, pp. 38-43 e 88-90; Paulo Bonavides e Paes de Andrade, *História Constitucional do Brasil*, pp. 319-327; Antônio Carlos Wolkmer, *Constitucionalismo e Direitos Sociais no Brasil*, pp. 17-22; e Carlo Amirante, “Il Modello Costituzionale Weimariano: Fra Razionalizzazione, Leadership Carismatica e Democrazia”, in *Democrazia e Forma di Governo: Modelli Stranieri e Riforma Costituzionale*, pp. 362-365.

2. Para um debate sobre as várias concepções de Constituição Econômica, vide Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e*

estabelecer, antes, alguns critérios. Temos plena consciência de que as definições exclusivamente normativas de Constituição não definem seu conceito, sua essência, que inclui (embora não se limite a eles), na definição Ferdinand Lassalle, os célebres fatores reais de poder, ou seja, forças ativas que conformam as instituições jurídicas —, que, quando colocados em uma folha de papel (*blatt papier*), erigem-se em direito.<sup>3</sup> A grande contribuição de Lassalle foi chamar a atenção para o fato de que as questões constitucionais são, também, questões políticas, questões de poder.<sup>4</sup> Apesar disso, não adotaremos neste estudo a perspectiva de Lassalle, bem como a Charles Beard, em obra clássica escrita em 1913,<sup>5</sup> sobre a interpretação econômica da Constituição dos Estados Unidos. Beard entende a Constituição norte-americana como expressão dos interesses econômicos de seus criadores.

Embora consideremos este tipo de análise fundamental para a compreensão da Constituição Econômica, não nos limitaremos a este enfoque.

Ainda em torno destas premissas, não utilizaremos a visão, a nosso ver equivocada, dos autores da escola ordo-liberal de Freiburg. Estes teóricos entendem que existe uma dualidade entre Constituição da Economia e Constituição do Estado.<sup>6</sup> A Constituição Econômica é entendida como autônoma à Constituição Política do Estado. Além da dualidade da Constituição, os ordo-liberais, em um sentido muito próximo do de Carl Schmitt,<sup>7</sup> ainda defendem a necessidade de a Constituição Econômica fundar-se na decisão da forma pura e fundamental da economia, cujas alternativas se reduzem, para eles, à economia de mercado ou à economia planejada e dirigida.

*Crítica*, pp. 68-76, e André Ramos Tavares, *Direito Constitucional Econômico*, pp. 71-86.

3. Cf. Ferdinand Lassalle, "Über Verfassungswesen", in *Gesamtwerte: Politische Reden und Schriften*, pp. 41-42, 45-46 e 51.

4. Ferdinand Lassalle, "Über Verfassungswesen", in *Gesamtwerte: Politische Reden und Schriften*, cit., p. 68. Em sentido contrário, afirmando que as questões constitucionais são questões do poder, não de poder, vide Konrad Hesse, *Die normative Kraft der Verfassung*, p. 19.

5. Charles Austin Beard, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*.

6. Vide, por exemplo, Franz Böhm, *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*, pp. 5-8, 39 e 64-70.

7. Sobre esta semelhança nas concepções de Carl Schmitt e da Escola Ordo-Liberal, vide Gilberto Bercovici, *Entre o Estado Total e o Estado Social: Atualidade do Debate sobre Direito, Estado e Economia na República de Weimar*, pp. 87-88.

Para entendermos a Constituição Econômica, segundo Natalino Irti, não devemos romper com a unidade da Constituição e decompô-la em uma pluralidade de núcleos isolados e autônomos, como propuseram os ordo-liberais. Devemos, sim, concentrar-nos em aplicar a Constituição como uma unidade nos vários campos e áreas específicos, inclusive a economia. As decisões econômicas devem estar nela enquadradas. A Constituição Econômica, para Irti, é a Constituição política estatal aplicada às relações econômicas.<sup>8</sup> Nesta mesma linha, podemos adotar algumas das premissas expostas por Washington Peluso Albino de Souza, principalmente a de entender, assim como Irti e vários outros, a Constituição Econômica como parte integrante, não autônoma ou estanque, da Constituição total. Na sua visão, as Constituições Econômicas caracterizar-se-iam pela presença do econômico no texto constitucional, integrado na ideologia constitucional. E seria a partir dessa presença do econômico no texto constitucional e da ideologia constitucionalmente adotada que se elaboraria a política econômica do Estado.<sup>9</sup>

## 1.2 Breve panorama histórico de algumas experiências internacionais de Constituição Econômica

Feitas estas considerações iniciais, podemos passar para uma breve análise histórica de algumas experiências modelares de Constituição Econômica, todas do século XX, inseridas no contexto do chamado "constitucionalismo social". Desde a célebre Constituição Mexicana, de 5 de fevereiro 1917, elaborada em Querétaro, incorporou-se ao debate constitucional as questões e os conflitos referentes aos direitos sociais e à função social da propriedade. A Constituição do México deu amplo destaque aos direitos dos trabalhadores,<sup>10</sup> pela primeira vez posi-

8. Natalino Irti, *L'Ordine Giuridico del Mercato*, pp. 15-18. Vide, também, Franz Neumann, "Über die Voraussetzungen und den Rechtsbegriff einer Wirtschaftsverfassung", in *Wirtschaft, Staat, Demokratie: Aufsätze 1930-1954*, pp. 85-88. Contra a separação entre Constituição Econômica e Constituição Política, defendendo a totalidade da idéia de Constituição, vide, também, Washington Peluso Albino de Souza, *Teoria da Constituição Econômica*, pp. 23-24; Vital Moreira, *Economia e Constituição: Para o Conceito de Constituição Econômica*, pp. 173-185; Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, cit., pp. 74-76, e André Ramos Tavares, *Direito Constitucional Econômico*, cit., pp. 82-83.

9. Washington Peluso Albino de Souza, *Teoria da Constituição Econômica*, cit., pp. 22-24.

10. Jorge Carpizo, *La Constitución Mexicana de 1917*, pp. 109-125 e 194-197, e Jorge Sayeg Helú, *El Constitucionalismo Social Mexicano: La Integración Constitucional de México (1808-1988)*, pp. 630-638 e 697-699.

tivados em nível constitucional, e, em virtude das reivindicações da Revolução Mexicana que se iniciou em 1910, deteve-se com muita atenção sobre a função social da propriedade e a reforma agrária.<sup>11</sup> Apesar de sua importância, sua projeção internacional foi mais intensa na América Latina.<sup>12</sup>

A mais célebre destas novas Constituições, que influenciou as elaboradas posteriormente, foi a Constituição de Weimar, de 1919. A Constituição alemã era dividida em duas partes, uma sobre a Organização do Estado e a outra sobre os Direitos e Deveres dos Alemães. Nesta segunda parte estavam prescritos, ao lado dos direitos individuais, os direitos sociais, com seções dedicadas à educação e cultura (*Bildung und Schule*, arts. 142 a 150)<sup>13</sup> e à vida econômica (*Das Wirtschaftsleben*, arts. 151 a 165).<sup>14</sup>

Carlos Miguel Herrera defende a existência de três níveis na ordem econômica da Constituição de Weimar. O primeiro nível seria o dos direitos fundamentais sociais e econômicos, como o direito ao trabalho (art. 163), a proteção ao trabalho (art. 157), o direito à assistência social (art. 161) e o direito de sindicalização (art. 159). Outro nível seria o do controle da ordem econômica capitalista por meio da função social da propriedade (art. 153) e da possibilidade de socialização (art. 156). Finalmente, o terceiro nível seria o do mecanismo de colaboração entre trabalhadores e empregadores por meio dos conselhos (art. 165). Com esta organização, a ordem econômica de Weimar tinha o claro propósito de buscar a transformação social, dando um papel central aos sindicatos para a execução desta tarefa.<sup>15</sup> Neste mesmo sentido, Neumann afirmava que os artigos da ordem econômica que trata-

11. Jorge Carpizo, *La Constitución Mexicana de 1917*, cit., pp. 131-145, e Jorge Sayeg Helú, *El Constitucionalismo Social Mexicano*, cit., pp. 639-648, 662-663 e 665-666.

12. Vide Jorge Carpizo, *La Constitución Mexicana de 1917*, cit., pp. 369-375.

13. Vide Gerhard Anshütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, pp. 658-696, e Christoph Gusy, *Die Weimarer Reichsverfassung*, pp. 331-342.

14. Sobre a ordem econômica na Constituição de Weimar, vide Gerhard Anshütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, cit., pp. 697-750; René Brunet, *La Constitution Allemande du 11 Août 1919*, pp. 265-318; Boris Mirkin-Guctzévitch, *Les Nouvelles Tendances du Droit Constitutionnel*, cit., pp. 41-42 e 90-95; Christoph Gusy, *Die Weimarer Reichsverfassung*, cit., pp. 342-369, e Gilberto Bercovici, *Entre o Estado Total e o Estado Social*, cit., pp. 24-35.

15. Carlos Miguel Herrera, "Constitution et Social-Démocratie à Weimar: Pour une Périodisation", in *Les Juristes de Gauche sous la République de Weimar*, pp. 34-35.

vam de reforma agrária (art. 155), socialização (art. 156), direito de sindicalização (art. 159), previdência e assistência sociais (art. 161) e democracia econômica (art. 165) representavam a base para a construção do Estado Social de Direito, cujo fim último era a realização da liberdade social. Esta, por sua vez, significava a liberdade de os trabalhadores decidirem por si mesmos o destino de seu próprio trabalho.<sup>16</sup>

Já o debate em torno da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, foi diverso.<sup>17</sup> Autores, como Herbert Krüger, defenderam a posição de que a Lei Fundamental não tinha, em seu texto, nenhuma decisão econômica. Esta visão foi firmada, também, pelo Tribunal Constitucional alemão em uma decisão de 1954, em que a Corte afirmava entender a Lei Fundamental, em termos econômicos, como aberta e neutra, cabendo ao legislador ordinário a tomada de decisões econômicas.<sup>18</sup> Por sua vez, os autores da escola ordo-liberal (e alguns juristas, como Carl Nipperdey) sustentaram que a Lei Fundamental previa a chamada "economia social de mercado" (*soziale Marktwirtschaft*), entendendo como tarefa precípua do Estado alemão a garantia da livre concorrência.<sup>19</sup>

Ainda sobre a Lei Fundamental, outros autores tentaram reforçar o viés social do texto, com a afirmação do "Estado de prestações" (*Leistungsstaat*) a partir dos artigos que prevêm a função social da propriedade (art. 14, 2), a possibilidade de socialização (art. 15) e a chamada "cláusula do Estado Social" (*Sozialstaatsprinzip*, dos arts. 20, 1 e 28, 1).<sup>20</sup> Esta interpretação procura afirmar os direitos sociais e os

16. Franz Neumann, "Die soziale Bedeutung der Grundrechte, in der Weimarer Verfassung", in *Wirtschaft, Staat, Demokratie*, cit., pp. 69-73.

17. Vide Norbert Reich, *Mercado y Derecho (Teoría y Praxis del Derecho Económico en la República Federal Alemana)*, pp. 67-107; Vital Moreira, *Economia e Constituição*, cit., pp. 101-116, e Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, cit., pp. 71-74.

18. Herbert Krüger, *Allgemeine Staatslehre*, pp. 575-578; Norbert Reich, *Mercado y Derecho*, cit., pp. 74-75 e 78-79, e Carlo Amirante, *Diritti Fondamentali e Sistema Costituzionale nella Repubblica Federale Tedesca: Il Regime delle Libertà fra Ordinamento Giuridico e Sistema dei Partiti*, pp. 274-276.

19. Norbert Reich, *Mercado y Derecho*, cit., pp. 75-78 e 81-83, e Carlo Amirante, *Diritti Fondamentali e Sistema Costituzionale nella Repubblica Federale Tedesca*, cit., pp. 15-19. Sobre a "economia social de mercado", defendida pelo ordo-liberalismo, vide Peter Häberle, *Europäische Verfassungslehre*, pp. 537-548, bem como a narrativa histórica desenvolvida em A. J. Nicholls, *Freedom with Responsibility: The Social Market Economy in Germany, 1918-1963*. Ainda sobre o ordo-liberalismo, vide Calisto Salomão Filho, "Direito Empresarial Público", *Revista de Direito Mercantil* 112/9-18, esp. pp. 11-13.

20. Sobre o *Sozialstaatsprinzip*, vide Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, pp. 91-95 e 118-121. O debate

direitos de prestação,<sup>21</sup> inclusive desenvolvendo a idéia do “mínimo existencial” com base no princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>22</sup>

A reserva da Lei Fundamental alemã em explicitar uma Constituição Econômica talvez se deva à tentativa de evitar a repetição do ocorrido em torno da Constituição de Weimar, que incorporava os direitos sociais e as disposições relativas à ordem econômica de maneira bem clara,<sup>23</sup> como vimos, e do seu próprio caráter de “Constituição provisória”, que deveria vigorar até a reunificação do povo alemão (art. 146). Embora, mesmo com a reunificação da Alemanha, a Lei Fundamental tenha permanecido como Constituição alemã, a sua Constituição Econômica permaneceu implícita. O que há na atualidade é, em virtude do processo de integração europeia, uma maior liberalização das políticas econômicas alemãs.<sup>24</sup>

em torno da idéia de Estado Social na Alemanha foi muito intenso na década de 1950, com autores defendendo a incompatibilidade entre Estado Social e Estado de Direito em uma mesma Constituição (Ernst Forsthoff) e outros afirmando a integração possível e necessária do Estado Social de Direito (Wolfgang Abendroth). Vide a coletânea dos principais artigos deste debate em Ernst Forsthoff (org.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit: Aufsätze und Essays*, e, ainda, Gilberto Bercovici, *Entre o Estado Total e o Estado Social*, cit., pp. 136-139.

21. Peter Häberle, “Leistungsrecht’ im sozialen Rechtsstaat”, in *Verfassung als öffentlicher Prozeß – Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, pp. 445-466. Vide, também, Norbert Reich, *Mercado y Derecho*, cit., pp. 79-80 e 83-84.

22. Vide Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, pp. 308 e ss.

23. Sobre a interpretação da Lei Fundamental como uma “negação” da Constituição de Weimar e para a crítica a esta posição, vide Carlo Amirante, *Diritti Fondamentali e Sistema Costituzionale nella Repubblica Federale Tedesca*, cit., pp. 70 e 200-208, e “Il Modello Costituzionale Weimariano: Fra Razionalizzazione, Leadership Carismatica e Democrazia”, *Democrazia e Forma di Governo: Modelli Stranieri e Riforma Costituzionale*, cit., pp. 368-369.

24. Sobre as mudanças institucionais recentes da União Européia e seus reflexos nas concepções de soberania, vide Enrique Ricardo Lewandowski, *Globalização, Regionalização e Soberania*, pp. 165-193, 261-271 e 273-292. Para uma análise do “Direito Constitucional Econômico Europeu”, fundado expressamente na economia de mercado, vide Peter Häberle, *Europäische Verfassungslehre*, cit., pp. 535-559. A esta opção explícita pela economia de mercado e pela livre concorrência tem gerado problemas nas relações entre a União Européia e as Constituições Econômicas nacionais. Em virtude disso, segundo Natalino Irti, há a constante desaplicação das Constituições Econômicas nacionais, embora isto não transforme as diretivas comunitárias em nova Constituição Econômica dos países-membros da União Européia. Irti defende a reforma constitucional como meio de superar este impasse. Cf. Natalino Irti, *L’Ordine Giuridico del Mercato*, cit., pp. 21-31 e 97-103. Ainda sobre as mutações das Consti-

### 1.3 A experiência brasileira de Constituição Econômica<sup>25</sup>

Seguindo o exemplo da Constituição de Weimar,<sup>26</sup> a grande inovação da nossa Constituição de 1934 foi, justamente, a inclusão de um capítulo referente à Ordem Econômica e Social (Título IV, arts. 115 a 140).<sup>27</sup> A ordem econômica deveria ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional (art. 115). Era permitido à União monopolizar determinado setor ou atividade econômica, desde que agisse segundo o interesse público e autorizada por lei (art. 116). Há no texto constitucional, também, a preocupação com o fomento da economia popular (art. 117), sendo este o motivo que justificaria a proteção da concorrência entre as empresas, pois se buscava a garantia de melhores preços, de desenvolvimento tecnológico e assegurar o abastecimento normalizado dos vários produtos.<sup>28</sup> A propriedade do subsolo era separada da propriedade do solo e as minas e jazidas deveriam ser nacionalizadas (arts. 118 e 119). Podemos considerar, portanto, a Constituição de 1934 como a primeira “Constituição Econômica” do Brasil.

A Constituição de 1934 procurou, também, uma nova estruturação para o federalismo brasileiro, que podemos denominar cooperativo, de acordo com seu art. 9º.<sup>29</sup> O art. 10 dessa Constituição fixou, pela primeira vez na história constitucional brasileira, a repartição das compe-

tições Econômicas na Europa geradas pelo processo de unificação comunitária, com uma posição de defesa da Constituição nacional como fator de integração política, vide Miguel Herrero de Miñón, “La Constitución Económica: Desde la Ambigüedad a la Integración”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 57/11-32, esp. pp. 25-33.

25. Para um estudo detalhado e comparativo das Constituições brasileiras, vide Washington Peluso Albino de Souza, “A Experiência Brasileira de Constituição Econômica”, in *Teoria da Constituição Econômica*, cit., pp. 101-142.

26. Também exerceram influência sobre os autores da nossa Constituição de 1934, embora em menor escala, a Constituição do México, de 1917, e a Constituição da República Espanhola, de 1931. Para uma comparação entre a ordem econômica da Constituição de Weimar e a ordem econômica da Constituição de 1934, vide Marco Aurelio Peri Guedes, *Estado e Ordem Econômica e Social: A Experiência Constitucional da República de Weimar e a Constituição Brasileira de 1934*, pp. 113-138.

27. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, vol. 1, pp. 16-20, e Alberto Venâncio Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: O Direito Público Econômico no Brasil*, pp. 31-32 e 40-43.

28. Isabel Vaz, *Direito Econômico da Concorrência*, pp. 243-244.

29. “Art. 9º É facultado à União e aos Estados celebrar acordos para a melhor coordenação e desenvolvimento dos respectivos serviços, e, especialmente, para a uniformização de leis, regras ou práticas, arrecadação de impostos, prevenção e repressão da criminalidade e permuta de informações”.

tências concorrentes, dando ênfase à solidariedade entre a União e os entes federados. Já a cooperação propriamente dita foi inaugurada com os arts. 140 e 177, que tratavam do combate às endemias e às secas no Nordeste.

Todas as Constituições brasileiras posteriores passaram a incluir um capítulo sobre a Ordem Econômica e Social, em que se tratava da intervenção do Estado na economia e dos direitos trabalhistas. A primeira a romper com essa sistemática foi a Constituição de 1988, ao incluir os direitos trabalhistas em capítulo diverso ao dos Direitos Sociais. Os direitos trabalhistas, no fundo, foram o principal enfoque das inovações da Constituição de 1934, que buscou solucionar a chamada "Questão Social".

A chamada "Questão Social" não surge em 1930. A Revolução, inclusive, não significa o início da legislação trabalhista no Brasil. No entanto, é só a partir de 1930 que ocorre a aceleração e a sistematicidade das leis trabalhistas, encaradas, desde então, como uma política de Estado.<sup>30</sup> A quase totalidade desta legislação foi editada durante o Governo Provisório, tendo sido elaborada pela assessoria jurídica do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (Oliveira Vianna, Joaquim Pimenta e Evaristo de Moraes Filho), criado, por sua vez, pelo Decreto n. 19.433, de 26 de novembro de 1930. É durante a passagem de Salgado Filho pelo Ministério (entre 1932 e 1934) que o Estado assume a primazia da elaboração da legislação social. O Estado Novo, praticamente, apenas sistematizou a legislação trabalhista existente com a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) em 1943.<sup>31</sup>

30. Sobre as primeiras leis trabalhistas, as iniciativas de elaboração de uma legislação trabalhista mais abrangente e o movimento dos trabalhadores durante a República Velha, vide, especialmente, Luiz Werneck Vianna, *Liberalismo e Sindicato no Brasil*, pp. 57-62 e 68-94 e a primeira parte do livro Ângela Maria de Castro Gomes, *A Invenção do Trabalhismo*, pp. 11-14 e 19-146. Vide, também, Evaristo de Moraes Filho, "Sindicato e Sindicalismo no Brasil desde 1930", in *As Tendências Atuais do Direito Público: Estudos em Homenagem ao Professor Afonso Arinos de Melo Franco*, pp. 191-193; Antônio Carlos Wolkmer, *Constitucionalismo e Direitos Sociais no Brasil*, cit., pp. 44-52; e José Rodrigo Rodríguez, *Dogmática da Liberdade Sindical: Direito, Política, Globalização*, pp. 13-15.

31. Ângela Maria de Castro Gomes, *A Invenção do Trabalhismo*, cit., pp. 146-152, e John D. French, *Afogados em Leis: A CLT e a Cultura Política dos Trabalhadores Brasileiros*, p. 80. Vide, também, Luiz Werneck Vianna, *Liberalismo e Sindicato no Brasil*, cit., pp. 184-188 e 278-301. Sobre a legislação sindical do período, o Decreto n. 19.770, de 19 de março de 1931 (primeira lei de sindicalização), que determinou o sindicato único por categoria em cada base territorial e a necessidade do seu reconhe-

Já a constitucionalização dos direitos trabalhistas ocorre, pela primeira vez, na década de 1930, com a Constituição de 1934 (arts. 120 a 123).<sup>32</sup> A Carta de 1937 os manteve (arts. 136 a 139), embora proibisse expressamente a greve, atitude classificada como "anti-social" (art. 139). A tradição de 1934 foi retomada também pela Constituição de 1946 (arts. 157 a 159),<sup>33</sup> que restaurou o direito de greve (art. 158), embora mantivesse praticamente toda a legislação trabalhista aprovada durante o Estado Novo, em especial a CLT (que, em boa parte, continua em vigor até hoje).

A interpretação dominante dos cientistas sociais brasileiros, elaborada a partir da década de 1970,<sup>34</sup> vê o período entre 1930 e 1964 como uma época em que prevaleciam o clientelismo e a manipulação e cooptação das massas trabalhadoras pelo Estado. Este, por sua vez, teria interrompido o desenvolvimento da luta da classe trabalhadora, que vinha desde a República Velha, subordinando-a aos seus interesses. O corporativismo estatal teria estabelecido um sistema trabalhista repressivo, influenciado pelo fascismo italiano.<sup>35</sup>

De acordo com John D. French, os adeptos desta corrente interpretativa acabam acreditando na efetivação concreta das intenções au-

cimento pelo Estado, e o Decreto n. 24.694, de 12 de julho de 1934, que permitia uma pluralidade sindical limitada, seguindo o art. 120 da Constituição de 1934, mas que também mantinha o reconhecimento do sindicato pelo Ministério do Trabalho, vide Evaristo de Moraes Filho, "Sindicato e Sindicalismo no Brasil desde 1930", in *As Tendências Atuais do Direito Público: Estudos em Homenagem ao Professor Afonso Arinos de Melo Franco*, cit., pp. 194-201, e José Rodrigo Rodríguez, *Dogmática da Liberdade Sindical*, cit., pp. 13-14 e 16-17. Outra criação do Estado Novo é a Justiça do Trabalho, regulamentada (pois já era prevista na Constituição de 1934 e na Carta de 1937) em 1939.

32. Para a discussão dos direitos trabalhistas na Assembléia Constituinte e sua incorporação à Constituição de 1934, vide Luiz Werneck Vianna, *Liberalismo e Sindicato no Brasil*, cit., pp. 235-247. A título de comparação, sobre os direitos trabalhistas da Constituição de Weimar, vide Gerhard Anschutz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, cit., pp. 729-739, e Christoph Gusy, *Die Weimarer Reichsverfassung*, cit., pp. 353-366.

33. Para a discussão na Assembléia Constituinte de 1946, vide Luiz Werneck Vianna, *Liberalismo e Sindicato no Brasil*, cit., pp. 323-336.

34. Os trabalhos clássicos desta corrente são os de Francisco Weffort, posteriormente reunidos no livro *O Populismo na Política Brasileira*.

35. Cf. Ângela Maria de Castro Gomes, *A Invenção do Trabalhismo*, cit., pp. 7-8; Jorge Ferreira, *Trabalhadores do Brasil: O Imaginário Popular*, pp. 14-17; Fernando Teixeira da Silva e Hélio da Costa, "Trabalhadores Urbanos e Populismo: Um Balanço dos Estudos Recentes", in *O Populismo e sua História: Debate e Crítica*, pp. 218-225 e 267, e John D. French, *Afogados em Leis*, cit., pp. 31-32.

toritárias dos promulgadores da legislação trabalhista durante a ditadura do Estado Novo. Desse modo, limitam-se a qualificar a legislação de "fascista" e entendem que a propaganda e a repressão estatal criaram trabalhadores domesticados e dependentes do Estado. Esta análise não leva em consideração a complexidade e a ambigüidade que marcam a adoção da legislação trabalhista e seu impacto nas relações políticas e sociais da classe trabalhadora.<sup>36</sup>

Devemos ressaltar, também, que o Estado Novo não foi um Estado fascista, embora o fascismo houvesse influenciado a Carta de 1937 e o regime ditatorial. Foi uma ditadura latino-americana, um Estado autoritário, não um totalitarismo.<sup>37</sup> A grande influência ideológica na

36. John D. French, *Afogados em Leis*, cit., pp. 77-80. Esta interpretação também acaba justificando o mito da "outorga" das leis trabalhistas, criado pelo próprio Estado Novo, segundo o qual o Estado (mais precisamente, Getúlio Vargas) deu as leis trabalhistas em troca do apoio político dos trabalhadores. Outro mito que acaba se reforçando é o da "artificialidade da legislação trabalhista": os direitos sociais foram criados por um governo populista e demagógico para manipular e cooptar o povo, sem haver qualquer possibilidade fática de um país como o Brasil poder garantir tais direitos. Cf. Ângela Maria de Castro Gomes, *A Invenção do Trabalhismo*, cit., pp. 162-166, e John D. French, *Afogados em Leis*, cit., pp. 82-91. Sobre outros mitos políticos criados durante o Estado Novo, vide o capítulo "O Redescobrimto do Brasil", in *A Invenção do Trabalhismo*, cit., pp. 173-194.

37. Neste sentido, vide a argumentação feita durante a vigência do Estado Novo, pelo constitucionalista alemão, exilado pelo nazismo nos Estados Unidos, Karl Loewenstein, *Brazil Under Vargas*, pp. 369-373. Ainda sobre o suposto caráter fascista do Estado Novo, destacamos as afirmações do historiador José Luiz Werneck da Silva: "Certamente que a inspiração e as intenções explícitas da Carta 'polaca' de 1937, acaso concretizadas, resultariam por hipótese, num Estado totalitário, no limite fascista mesmo, corporativo até. Mas o Estado Novo não foi uma República Corporativa, o que não nos impede de constatar que ele ativou práticas corporativistas que hão de permanecer, até a atualidade, no nosso imaginário e em algumas de nossas instituições. Também não foi um Estado fascista, visto que, por exemplo, rejeitou compromisso político com um movimento genuinamente fascista, como o Integralismo, o que não nos impede de constatar que muitos de seus princípios estavam assentes nas ações governamentais. Sabemos que a efetivação integral da Carta 'polaca' de 1937 sempre foi postergada pelo Chefe da Nação e do Estado, o qual, na verdade, governou apoiado na 'legalidade ilegítima' de alguns artigos, particularmente o de número 180, das Disposições Transitórias. Aliás, o arbítrio das nossas Cartas autoritárias sempre se baseou 'legalmente' nas Disposições Gerais e/ou Transitórias, como se comprova, também, nas Cartas de 1967 e 1969. É simples: 1937, 1964-1965, 1967 e 1969 estão doutrinarmente ligados entre si pela genealogia de juristas de filiação autoritária que sempre estiveram de plantão" ("O Feixe do Autoritarismo e o Prisma do Estado Novo", in *O Feixe e o Prisma: Uma Revisão do Estado Novo*, vol. 1, p. 24, grifos nossos. Para uma posição diversa, vide Luiz Werneck Vianna, *Liberalismo e Sindicato no Brasil*, cit., pp. 264-278).

elaboração das leis trabalhistas que pode ser detectada foi a do positivismo de Auguste Comte, adaptado ao Rio Grande do Sul pelo líder republicano Júlio de Castilhos, fundador do Partido Republicano Rio-grandense (PRR, o partido de Getúlio Vargas durante a Primeira República). A proposta do positivismo castilhistas era a de uma política de eliminação do conflito de classes pela mediação do Estado, com o objetivo de integração dos trabalhadores à sociedade moderna.<sup>38</sup> Proposta implícita na elaboração das leis trabalhistas durante o Governo Provisório e, especialmente, durante o Estado Novo.<sup>39</sup>

Hoje, as pesquisas realizadas vem desmontando estes mitos, arraigados em vários setores do pensamento social brasileiro, inclusive no pensamento jurídico.<sup>40</sup> A adesão dos trabalhadores ao populismo e à legislação trabalhista é também entendida como uma espécie de atuação pragmática, visando consolidar conquistas alcançadas e obter novos benefícios.<sup>41</sup> A legislação trabalhista permitiu a imposição de concessões e deveres ao Estado e aos empregadores. A sua utilização é apropriada de modos diferentes de acordo com os vários interesses em conflito. Os direitos trabalhistas não foram entendidos como dádiva, mas como conquista.<sup>42</sup>

38. Vide, neste sentido, especialmente, Alfredo Bosi, *Dialética da Colonização*, pp. 294-300. Vide, também, Evaristo de Moraes Filho, "Sindicato e Sindicalismo no Brasil desde 1930", in *As Tendências Atuais do Direito Público: Estudos em Homagem ao Professor Afonso Arinos de Melo Franco*, cit., pp. 193-194.

39. O texto escrito por Gustavo Capanema, por volta de 1943, para descrever as realizações do Governo Vargas, nunca publicado, e recuperado por Simon Schwartzman, demonstra como esta política anticonto de classes fazia parte do discurso oficial do Estado, conforme podemos depreender da transcrição do seguinte trecho: "A organização do trabalho no Brasil obedece a uma política, baseada num aparelhamento jurídico-social, que harmoniza perfeitamente os interesses capitalistas e proletários. (...) Empregadores e empregados, embora constituam classes distintas na organização econômica do país, não alimentam, porém, ódios recíprocos nem se defrontam em lutas nocivas à integridade nacional" (Simon Schwartzman (org.), *Estado-Novo, Um Auto-Retrato (Arquivo Gustavo Capanema)*, p. 353. Vide, também, José Rodrigo Rodriguez, *Dogmática da Liberdade Sindical*, cit., pp. 19-22).

40. Para a crítica deste pensamento nos domínios do Direito do Trabalho, vide José Rodrigo Rodriguez, *Dogmática da Liberdade Sindical*, cit., pp. 3-6.

41. Sobre a atuação dos trabalhadores visando obter benefícios do Estado durante o Primeiro Governo Vargas, vide o estudo de Jorge Ferreira, *Trabalhadores do Brasil*, cit.

42. Fernando Teixeira da Silva e Hélio da Costa, "Trabalhadores Urbanos e Populismo: Um Balanço dos Estudos Recentes", in *O Populismo e sua História: Debate e Crítica*, cit., pp. 225-228.

O ponto-chave a ser entendido sobre a legislação trabalhista é a sua vinculação com a cidadania no Brasil. Os direitos trabalhistas, pela intervenção do Estado, deram acesso à cidadania aos trabalhadores, que foram incorporados à política a partir da década de 1930. Deste modo, a cidadania dos trabalhadores, no Brasil, foi alcançada não pelos direitos políticos, mas pelos direitos sociais, definidos por lei.<sup>43</sup> É, nas palavras de Wanderley Guilherme dos Santos, uma "cidadania regulada". Isto significa que, a partir da década de 1930, os direitos dos cidadãos são decorrentes dos direitos vinculados à uma ocupação profissional, que, por sua vez, só existem pela regulamentação estatal. O instrumento jurídico que comprova o vínculo do indivíduo com a cidadania é a carteira de trabalho. A extensão da cidadania ocorre pela regulamentação de novas profissões e pela ampliação dos direitos associados ao exercício profissional, ou seja, os direitos trabalhistas.<sup>44</sup>

Esta ampliação, ainda que limitada, da cidadania não foi absolutamente desinteressada. Na realidade, a elaboração da legislação trabalhista e a abertura do espaço político aos trabalhadores devem ser entendidos no contexto de um Estado nacional fraco, com inúmeras divergências e conflitos entre os setores dominantes, que busca, segundo French e Rowland, construir uma base social para firmar o seu poder. Este é um ponto crucial: as leis trabalhistas não foram elaboradas em benefício da burguesia industrial ascendente, embora pudessem atender aos seus interesses, mas para promover, com relativo controle do Estado, a organização e a estruturação da classe trabalhadora nos centros urbanos. Com o apoio dos trabalhadores, o Governo Provisório, sustentado por uma aliança frágil e dividida, poderia superar seus adversários internos. Do mesmo modo que os trabalhadores precisavam do Estado para garantir seus direitos, o Estado necessitava do apoio político dos trabalhadores.<sup>45</sup>

Em vários setores, a legislação trabalhista e sindical favoreceu ou facilitou a mobilização e organização dos trabalhadores, pois a inter-

43. Ângela Maria de Castro Gomes, *A Invenção do Trabalhismo*, cit., pp. 6-7 e 10-11.

44. Wanderley Guilherme dos Santos, "A Práxis Liberal e a Cidadania Regulada", in *Décadas de Espanto e Uma Apologia Democrática*, pp. 103-109.

45. Cf. John D. French, *Afogados em Leis*, cit., pp. 91-92. No mesmo sentido, vide Robert Rowland, "Classe Operária e Estado de Compromisso (Origens Estruturais da Legislação Trabalhista e Sindical)", *Estudos Cebrap* 8/5-40, esp. pp. 23-26, 28-30 e, especialmente, 33-37. Neste sentido, destacamos o seguinte trecho de Jorge Ferreira:

venção estatal contrapôs-se ao poder patronal, que passou a ser limitada por lei. O Estado acabou favorecendo, de forma não intencional, o surgimento de um espaço que poderia ser utilizado (e o foi, muitas vezes) para a organização dos trabalhadores.<sup>46</sup> O que não significa que este espaço foi conquistado sem lutas. O atrelamento dos sindicatos ao Ministério do Trabalho (que durou até a Constituição de 1988) e a legislação sindical, elaborada, ainda, durante o Estado Novo,<sup>47</sup> prejudicaram a organização dos trabalhadores, mas não a impediram.

A questão fundamental, na realidade, passa a ser a da efetividade da CLT e o seu cumprimento pelo Estado, por patrões e pela Justiça do Trabalho. A legislação trabalhista teve (e tem) este importante papel: o de criar uma cultura "jurídica" ou "legal" dos trabalhadores. Com a CLT, muitas vezes, o Estado foi utilizado para coibir violações de direitos por parte dos empregadores. Afinal, os trabalhadores não reivindicam nada mais do que o cumprimento da lei. A conquista dos direitos trabalhistas, em última instância, está ligada ao reconhecimento da dignidade dos trabalhadores.<sup>48</sup>

"Antes de defender a tese, insustentável, de que o Estado varguista teve a espantosa capacidade de suprimir todo o conjunto de idéias e valores que circulavam entre os trabalhadores e, pelos meios artificiais de propaganda, imposto a eles crenças alheias às suas vivências, mais profícuo é entender o sucesso do trabalhismo como uma apropriação das mesmas idéias, crenças, valores e expectativas políticas e culturais presentes entre os próprios trabalhadores ainda na Primeira República. Sem uma ampla base de legitimidade, sem os ganhos materiais e simbólicos obtidos por operários e assalariados, a conjugação repressão-propaganda não bastaria para sustentar o reconhecimento dos trabalhadores a Getúlio Vargas em seu primeiro governo e, após a queda do Estado Novo, pouco restaria do prestígio do líder, do trabalhismo e do próprio PTB. Portanto, reconhecimento de valores, identificação de interesses e cumplicidade certamente explicam melhor as relações entre Estado e classe trabalhadora após 1930 do que tão-somente vitimizá-los e lamentar seus supostos 'desvios'" (*Trabalhadores do Brasil*, cit., pp. 126-127).

46. John D. French, *Afogados em Leis*, cit., pp. 32-33.

47. Sobre esta legislação, especialmente o Decreto-Lei n. 1.402, de 5 de julho de 1939, vide Evaristo de Moraes Filho, "Sindicato e Sindicalismo no Brasil desde 1930", in *As Tendências Atuais do Direito Público: Estudos em Homenagem ao Professor Afonso Arinos de Melo Franco*, cit., pp. 201-207, e José Rodrigo Rodríguez, *Dogmática da Liberdade Sindical*, cit., pp. 18-19.

48. Fernando Teixeira da Silva e Hélio da Costa, "Trabalhadores Urbanos e Populismo: Um Balanço dos Estudos Recentes", in *O Populismo e sua História: Debate e Crítica*, cit., pp. 231-240 e 271, e John D. French, *Afogados em Leis*, cit., pp. 57-69 e 72. Sobre o freqüente descumprimento da CLT por parte dos empregadores, vide John D. French, *Afogados em Leis*, cit., pp. 16-23.

Ainda sobre o capítulo da Ordem Econômica (arts. 135 a 155), a Carta de 1937 determinou que o Estado intervinha na economia para cuidar "dos interesses da nação" (art. 135). A sua inovação foi a criação, nos arts. 57 a 63, do Conselho da Economia Nacional, formado por representantes do governo, industriais, comerciantes, produtores e trabalhadores. Caberia a este Conselho a regulamentação e a organização da economia nacional, bem como a análise das condições de trabalho e da produção nacional.

A Carta de 1937 também buscou fomentar a economia popular, tratando mais enfaticamente da repressão aos crimes contra a economia popular, ao equipará-los aos crimes contra o Estado (art. 141). Este dispositivo foi regulado pelo Decreto-Lei n. 869, de 18 de novembro de 1938, elaborado por Néelson Hungria, inspirado nas legislações italiana, alemã, argentina e norte-americana. Sua feição era criminalizante, com a tipificação dos crimes contra a economia popular. A configuração e o julgamento desses crimes foram regulados pelo Decreto-Lei n. 1.716, de 28 de outubro de 1939. No Brasil, portanto, o direito concorrencial não nasce como consequência do liberalismo econômico, mas como repressão ao abuso do poder econômico, buscando proteger a população em geral e o consumidor em particular. Com este decreto-lei, pela primeira vez, proibem-se práticas abusivas, como manipulação de oferta e de procura, fixação de preços mediante acordo de empresas, venda abaixo do preço de custo etc. A preocupação principal era com relação aos preços, mais do que com a concorrência em si.<sup>49</sup>

O grande passo na elaboração de uma disciplina legal do direito da concorrência deu-se, ainda no Estado Novo, com a promulgação, patrocinada pelo Ministro Agamemnon Magalhães, do Decreto-Lei n. 7.666, de 22 de junho de 1945, chamado de "Lei Malaia". Essa norma, de forte cunho nacionalista, definiu as mais importantes formas de abuso do poder econômico, tais como: entendimentos, ajustes ou acordos, visando elevar preços de venda, restringir, cercear ou suprimir a liberdade econômica de outras empresas e influenciar o mercado no sentido do estabelecimento de monopólio etc. Era estabelecido um regime de autorização prévia para formação, incorporação, transformação e agrupamento de determinadas empresas, além do registro de outros ajustes e acordos, com interferência no processo de produção e circulação de

49. Paula A. Forgioni, *Os Fundamentos do Antitruste*, pp. 105-108.

riquezas. A execução da "Lei Malaia" era levada a cabo pela Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE), subordinada ao Presidente da República. A CADE era composta pelo Ministro da Justiça, que a presidia, pelo Procurador-Geral da República, pelo Diretor-Geral da CADE, pelos representantes dos Ministérios do Trabalho e da Fazenda, pelos representantes das classes produtoras e por um técnico em economia e finanças. As funções da CADE eram verificar a existência dos atos contrários aos interesses da economia nacional, notificar as empresas para a cessação dos atos ilícitos apontados e, em caso de não cumprimento das suas determinações, aplicar a intervenção nas mesmas. A sanção aos atos lesivos ao interesse público era a desapropriação das empresas. Esse decreto-lei não durou muito, sendo revogado, curiosamente, poucos dias após a deposição de Getúlio Vargas pelo Exército, ocorrida em 29 de outubro de 1945, pelo Decreto-Lei n. 8.162, de 9 de novembro de 1945.<sup>50</sup>

A Constituição de 1946 consolidou a estrutura cooperativa no federalismo brasileiro, prevista já em 1934, com grande ênfase na redução dos desequilíbrios regionais, favorecendo, apesar de reforçar o poder federal, a cooperação e integração nacional. Foi sob a vigência desta Constituição, na década de 1950, que a "Questão Regional" ganhou importância no debate político nacional, com a concepção de que a atuação estatal e o planejamento eram elementos essenciais para o desenvolvimento, de acordo com as diretrizes elaboradas pela recém-criada CEPAL (Comisión Económica para América Latina). Desde então, todas as Constituições brasileiras têm a preocupação de tentar consagrar instrumentos para a superação das desigualdades regionais.

A Ordem Econômica e Social (arts. 145 a 162)<sup>51</sup> consagrou a intervenção estatal na economia como forma de corrigir os desequilíbrios causados pelo mercado e como alternativa para desenvolver os setores que não interessassem à iniciativa privada. O fundamento da ordem econômica da Constituição de 1946 passou a ser a justiça social, con-

50. Alberto Venâncio Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico*, cit., pp. 290-291, e Octavio Ianni, *Estado e Planejamento Econômico no Brasil*, pp. 72-73. Vide, também, Paula A. Forgioni, *Os Fundamentos do Antitruste*, cit., pp. 111-114.

51. Sobre a ordem econômica da Constituição de 1946, vide Themístocles Brandão Cavalcanti, "Intervenção da União no Domínio Econômico", in *Estudos sobre a Constituição Brasileira*, pp. 21-39, e Alberto Venâncio Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico*, cit., pp. 45-60.

sagrando-se a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano (art. 145). A continuidade do "constitucionalismo social" é garantida pela Constituição de 1946, embora com recuos,<sup>52</sup> como foi o caso da reforma agrária. Nas palavras de Hermes Lima: "É oportuno salientar nada haver mais parecido com a Constituição de 1934 que a Carta de 1946. Nas linhas fundamentais do espírito político que impregnou na elaboração dessas constituições, elas são praticamente idênticas".<sup>53</sup>

A defesa da concorrência, no art. 148 da Constituição de 1946, deu início a uma nova fase no direito antitruste brasileiro, cuja ênfase deixou de ser simplesmente a defesa da "economia popular" para ser enriquecido pelo compromisso com a ordem econômica e pela noção de defesa do consumidor. Os objetivos da legislação deixariam de ser meramente repressivos para adquirir caráter preventivo e de orientação da conduta dos agentes econômicos de acordo com os princípios da Ordem Econômica e Social.<sup>54</sup> A regulamentação do art. 148 da Constituição de 1946 também foi proposta por Agamenon Magalhães. O seu projeto teve tramitação longa e demorada.<sup>55</sup> Na década de 1950, chegou-se a considerá-lo dispensável, tendo em vista as Leis n. 1.521 e 1.522, de 26 de dezembro de 1951. Essas leis, para muitos, já regula-

52. Alberto Venâncio Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico*, cit., p. 59, e Paulo Bonavides e Paes de Andrade, *História Constitucional do Brasil*, cit., pp. 411-415. Para uma comparação entre as semelhanças das Constituições de 1934 e de 1946, vide Hermes Lima, "Espírito da Constituição de 1946", in *Estudos sobre a Constituição Brasileira*, pp. 14-16, e Alberto Venâncio Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico*, cit., pp. 33-34, 40, 42 e 44-45. Apesar dos recuos, o sentido da ordem econômica e social da Constituição de 1946 foi assim definido por Pontes de Miranda: "Nunca nos esqueça que a Constituição de 1946, na parte econômica, é de inspiração social-democrática. Assim é que deve ser interpretada" (*apud* Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, cit., vol. 4, p. 13).

53. Hermes Lima, "Espírito da Constituição de 1946", in *Estudos sobre a Constituição Brasileira*, cit., p. 14.

54. Alberto Venâncio Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico*, cit., pp. 57 e 291-293; Tércio Sampaio Ferraz Jr., "Lei de Defesa da Concorrência, Origem Histórica e Base Constitucional", *Arquivos do Ministério da Justiça* 180/175-185, esp. pp. 176-177, e Isabel Vaz, *Direito Econômico da Concorrência*, cit., pp. 249-250.

55. Sobre a tramitação do Projeto de Lei n. 122/48, de autoria de Agamenon Magalhães, que se tornaria a Lei n. 4.137/62, vide José Inácio Gonzaga Franceschini e José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, *Poder Econômico: Exercício e Abuso - Direito Antitruste Brasileiro*, pp. 10-14.

vam a contento o dispositivo constitucional, ao qualificar os crimes contra a economia popular e ao criar a Comissão Federal de Abastecimento e Preços (COFAP)<sup>56</sup> para executar os seus preceitos.

O projeto foi aprovado somente em 1962, convertendo-se na Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962, e previa para a prática de abuso do poder econômico a utilização da empresa (toda e qualquer entidade de natureza civil ou mercantil, desde que explore atividades com fins lucrativos) pelo seu titular, pessoa física ou jurídica, como instrumento de obtenção do fim ilícito previsto em seu art. 2º. A lei enumerou todas as formas de abuso do poder econômico de forma taxativa, tornando o seu âmbito de aplicação o mais amplo possível, controlando até mesmo o setor público (art. 18).<sup>57</sup> Foi criado, então, para apurar e reprimir os abusos do poder econômico, o, agora, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).<sup>58</sup>

É, ainda, sob a vigência da Constituição de 1946 que se manifesta a enorme influência do pensamento da CEPAL no debate político brasileiro, particularmente, entre 1949 e 1964. Com o desenvolvimentismo, o Estado evolui de mero prestador de serviços para agente responsável pela transformação das estruturas econômicas, promovendo a industrialização. Além disso, incorpora-se o Estado ao pensamento social reformador, especialmente a partir do início da década de 1960, quando o desenvolvimento adquire, cada vez mais, um cunho reformista. A própria CEPAL reviu, parcialmente, suas teses, admitindo que apenas a industrialização não solucionaria os problemas sociais latino-americanos. De acordo com as propostas reformistas, a tarefa da América Latina seria acelerar o ritmo de desenvolvimento econômico e redistribuir renda em favor da população. Ambas as tarefas deveriam ser executadas conjuntamente, ou seja, o desenvolvimento econômico não viria antes do desenvolvimento social, mas seriam interdependentes. As transformações na estrutura social, particularmente a reforma agrária, eram necessárias para o desenvolvimento. A questão, no Brasil, deixou de ser a industrialização em si, que já era um processo irreversível com o Plano de Metas de Juscelino Kubitschek (1956-1961), mas para onde

56. Sobre a origem, estrutura e funções da COFAP, vide Alberto Venâncio Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico*, cit., pp. 234-239.

57. Sobre a fiscalização das empresas públicas realizada pelo CADE conforme a Lei n. 4.137/62, vide Alberto Venâncio Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico*, cit., pp. 451-453.

58. Alberto Venâncio Filho, *A Intervenção do Estado*, cit., pp. 293-298.

conduzir o desenvolvimento e como solucionar os problemas sociais, notadamente a questão agrária.<sup>59</sup>

O desvirtuamento deste modelo de desenvolvimento, centrado no Estado, que objetivava a formação de um sistema econômico nacional, cujo centro dinâmico e unificador fosse o mercado interno, teve início com o golpe militar de 1964, que depôs João Goulart. Apesar de as Cartas outorgadas de 1967 e de 1969 (esta intitulada de Emenda Constitucional n. 1 Constituição de 1967), em seus capítulos “Da Ordem Econômica e Social” (arts. 157 a 166 da Carta de 1967 e arts. 160 a 174 da Emenda n. 1, de 1969),<sup>60</sup> previrem o desenvolvimento como fim da ordem econômica constitucional,<sup>61</sup> a preocupação principal dos novos “donos do poder”, ancorados pelos poderes de exceção propiciados pela “Doutrina da Segurança Nacional”,<sup>62</sup> era aperfeiçoar as condições de funcionamento e expansão da empresa privada nacional e internacional. Os grandes beneficiados foram as empresas, transnacionais e os grandes grupos empresariais brasileiros a elas ligados.<sup>63</sup>

A política econômica do Marechal Castello Branco, capitaneada por Roberto Campos e Octávio Gouveia de Bulhões, causou a concentração ainda maior do capital. Os salários foram congelados e provo-

59. Octavio Rodríguez, *La Teoría del Subdesarrollo de la CEPAL*, pp. 213-225, e Ricardo Bielschowsky, *Pensamento Econômico Brasileiro: O Ciclo Ideológico do Desenvolvimentismo*, pp. 420-429 e 433-434. Vide, também, os capítulos 2 e 5 deste livro.

60. Para uma análise da ordem econômica da Carta de 1969 (que introduziu poucas alterações, geralmente de forma, à ordem econômica constitucional de 1967), vide Modesto Carvalhosa, *A Ordem Econômica na Constituição de 1969*, pp. 1-45.

61. Vide, especialmente, Modesto Carvalhosa, *A Ordem Econômica na Constituição de 1969*, cit., pp. 69-106.

62. A “Doutrina da Segurança Nacional” dava às Forças Armadas um papel fundamental na estruturação do Estado brasileiro de acordo com os imperativos internos e externos da segurança nacional. Esta foi a expressão máxima do poder militar, que, para assegurar a manutenção ou conquista dos seus objetivos nacionais não hesitou em utilizar a ameaça e a violência contra seus opositores. Essa concepção ampla e abrangente de segurança nacional institucionalizou o chamado “processo revolucionário”, transformando a segurança do Estado em insegurança da sociedade. O Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968, realçou o papel desempenhado pelos “órgãos de segurança”, que obtiveram considerável autonomia, sem maior controle. Eles mesmos definiram suas regras e objetivos, cuidando da preservação da segurança nacional e estipulando para cada situação o grau de repressão e coerção para eles necessário. Cf. Celso Lafer, *O Sistema Político Brasileiro: Estrutura e Processo*, pp. 117-119.

63. Octavio Ianni, *Estado e Planejamento Econômico no Brasil*, cit., pp. 229-242, e Celso Furtado, *O Brasil Pós-“Milagre”*, p. 39.

cou-se a maior recessão até então vista no Brasil. A política de crédito sacrificou as pequenas, médias e até parte das grandes empresas brasileiras. A maioria das empresas nacionais associou-se ou foi absorvida/incorporada pelos grandes grupos nacionais ou transnacionais. A outra alternativa para grande parte das restantes era a falência.<sup>64</sup>

A chamada “modernização” passava pela condenação da “democracia clássica” e a hegemonia da tecnocracia.<sup>65</sup> O Estado interferiu de modo cada vez mais crescente na economia, principalmente para proporcionar as condições favoráveis ao crescimento e florescimento do setor privado,<sup>66</sup> particularmente estrangeiro, que obteve inúmeras facilidades de acesso ao crédito para se expandir. A estrutura empresarial do Brasil mudou durante a ditadura militar, com o seu controle nas mãos dos grandes grupos transnacionais, reforçando ainda mais a dependência estrutural da economia brasileira.<sup>67</sup> Os centros de decisão econômica foram, em grande parte, novamente internacionalizados. A maior contradição do regime ocorria entre a política econômica de favorecimento das empresas transnacionais e os arroubos “nacionalistas” ligados à soberania e à segurança nacional. A grande caracterização dessa retórica nacionalista e prática internacionalizante ocorreu durante o período expansionista do “Brasil Potência”, configurando-se na elaboração dos Planos Nacionais de Desenvolvimento.<sup>68</sup>

As Cartas de 1967 e de 1969 receberam formalmente a Lei n. 4.137/62. Nesses diplomas legais, a repressão ao abuso do poder econômico passou a ter a natureza de princípio da Ordem Econômica e Social (arts. 157, VI, da Carta de 1967 e 160, V, da Emenda Constitucional n. 1/1969). Mas, na prática, a Lei n. 4.137/1962 nunca teve eficácia. De 1963 a 1990, o CADE analisou poucos processos (somente

64. Octavio Ianni, *Estado e Planejamento Econômico no Brasil*, cit., pp. 259-276. Sobre o favorecimento às empresas multinacionais pelo regime militar; vide, também, Modesto Carvalhosa, *A Nova Lei das Sociedades Anônimas – Seu Modelo Econômico*, pp. 40-51, 63-65 e 150-158.

65. Octavio Ianni, *Estado e Planejamento Econômico no Brasil*, cit., p. 249.

66. Diz José Afonso da Silva que a estatização no Brasil destes tempos “foi uma espécie de estatização no nível dos interesses das chamadas classes produtoras, o empresariado, os capitalistas” (grifo do autor – José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 781).

67. Octavio Ianni, *Estado e Planejamento Econômico no Brasil*, cit., p. 297.

68. Idem, *ibidem*, pp. 288-297. Sobre o planejamento durante o regime militar, vide Modesto Carvalhosa, *A Ordem Econômica na Constituição de 1969*, cit., pp. 40-44, e o Capítulo 3 deste livro.

onze até 1975, tendo detectado abuso de poder econômico em apenas um deles).<sup>69</sup> A razão da pouca importância dada ao CADE e à legislação antitruste no Brasil nas décadas de 1960 e 1970 é simples: a política econômica do regime militar era francamente favorável à concentração empresarial e à formação de conglomerados.<sup>70</sup>

Em função dos interesses das empresas transnacionais, todos os investimentos e a poupança foram canalizados para o financiamento do consumo de grupos de renda alta e média. Os salários foram rebaixados para diminuir os custos e atrair mais empresas estrangeiras produtoras de bens duráveis. Concentrou-se mais a renda para estimular a poupança, o que não deu certo, pelo contrário, causando o aumento do consumo. As empresas públicas e privadas foram estimuladas a captar recursos no exterior, com o Estado assumindo a responsabilidade cambial. Boa parte das deformações atuais do Estado brasileiro são consequência da sua subordinação a um desenvolvimento que patrocinou transnacionais e serviu a uma minoria, reforçando a exclusão da maioria da população.<sup>71</sup>

A Constituição de 1988 tem expressamente uma Constituição Econômica voltada para a transformação das estruturas sociais, como veremos adiante. O capítulo da ordem econômica (arts. 170 a 192) tenta sistematizar os dispositivos relativos à configuração jurídica da economia e à atuação do Estado no domínio econômico, embora estes temas não estejam restritos a este capítulo do texto constitucional.<sup>72</sup> Em sua estrutura, o capítulo da ordem econômica engloba, no art. 170, os princípios fundamentais da ordem econômica brasileira, fundada na valori-

69. Paula A. Forgioni, *Os Fundamentos do Antitruste*, cit., pp. 126-131, e Otávio Yazbek, "Política Econômica, Legislação Societária e Aplicação do Direito da Concorrência no Brasil", *Revista de Direito Mercantil* 117/136-149, esp. pp. 138-139.

70. Modesto Carvalhosa, *A Nova Lei das Sociedades Anônimas - Seu Modelo Econômico*, cit., pp. 66-71 e 144-148. Vide, também, Otávio Yazbek, "Política Econômica, Legislação Societária e Aplicação do Direito da Concorrência no Brasil", *Revista de Direito Mercantil* 117/136-149, esp. pp. 140-145.

71. Celso Furtado, *O Brasil Pós-"Milagre"*, cit., pp. 21-89.

72. Concordamos com as afirmações de Eros Grau, para quem a "ordem econômica" não é um conceito jurídico. Ela apenas indica, topologicamente, as disposições que, em seu conjunto, institucionalizam as relações econômicas no texto constitucional, ressaltando-se que nem todas estas disposições estão abrangidas sob o capítulo da "ordem econômica", mas espalhadas por todo o texto. Cf. Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, cit., pp. 49-65 e 76-80. Para uma análise global da ordem econômica da Constituição de 1988, vide José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., pp. 765-807, especialmente pp. 765-791.

zação do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos uma existência digna de acordo com a justiça social. Entre esses princípios, podemos destacar, por exemplo, a soberania nacional, a função social da propriedade, a livre concorrência, a redução das desigualdades sociais e regionais e a busca do pleno emprego.<sup>73</sup> Os arts. 171 (hoje revogado) a 181 versam sobre a estruturação da ordem econômica e sobre o papel do Estado no domínio econômico, instituindo, segundo Eros Grau, uma ordem econômica aberta para a construção de uma sociedade de bem-estar.<sup>74</sup>

Além destes princípios estruturantes, a Constituição de 1988 engloba dispositivos que tratam da ordem econômica no espaço e no tempo. A projeção da ordem econômica e seus conflitos no espaço estão configurados nas disposições sobre política urbana (arts. 182 e 183) e sobre política agrícola e fundiária e reforma agrária (arts. 184 a 191). A projeção da ordem econômica no tempo está disposta no art. 192, que dispõe sobre 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" e inclusive "sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram". O conflito projeta-se no tempo, diferindo a escassez no tempo, pois se define, pelo crédito, como os recursos serão distribuídos, em suma, quem irá receber recursos no momento presente e quem não irá ou quando outros setores terão (ou não) estes recursos.<sup>75</sup>

#### 1.4 A Constituição Econômica: novidade do século XX?

Após esta análise histórica de algumas Constituições Econômicas, a dúvida que permanece é se a Constituição Econômica, que gerou

73. Para uma classificação dos princípios da ordem econômica constitucional, estabelecendo uma distinção entre princípios de funcionamento da ordem econômica e princípios-fim da ordem econômica, vide Luís Roberto Barroso, "A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços", *Revista de Direito Administrativo* 226/189-198.

74. Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, cit., pp. 264-269.

75. Esta visão estrutural do capítulo da ordem econômica, dividido entre os princípios estruturantes e a ordem econômica no espaço e no tempo, sem perder de vista, obviamente, sua sistematicidade, foi desenvolvida por Luís Fernando Massonetto, a quem agradeço por chamar a minha atenção para estas questões. Vide, ainda, Luís

tantos debates na doutrina publicista, é uma novidade do século XX. E a resposta à esta indagação só pode ser negativa. A Constituição Econômica não é uma inovação do "constitucionalismo social" do século XX, mas está presente em todas as Constituições, inclusive nas liberais dos séculos XVIII e XIX.

Durante o liberalismo, a visão predominante era a da existência de uma ordem econômica natural, fora das esferas jurídica e política, que, em tese, não precisaria ser garantida pela Constituição. No entanto, todas as Constituições liberais possuíam disposições econômicas em seus textos. A Constituição Econômica liberal existia para sancionar o existente, garantindo os fundamentos do sistema econômico liberal, ao prever dispositivos que preservavam a liberdade de comércio, a liberdade de indústria, a liberdade contratual e, fundamentalmente, o direito de propriedade.<sup>76</sup>

A existência de uma Constituição Econômica nas Constituições liberais pode, ainda, ser demonstrada a partir das disputas travadas na elaboração da primeira Constituição moderna e última Constituição de modelo liberal que ainda permanece em vigor nos dias de hoje: a Constituição norte-americana de 1787. Segundo o relato do historiador Forrest McDonald, durante os trabalhos da Convenção da Filadélfia de 1787, travou-se uma grande polêmica em torno da proposta de cláusula que garantiria a liberdade contratual. Esta cláusula não foi aprovada pelos convencionais. No entanto, Alexander Hamilton conseguiu inseri-la no texto constitucional norte-americano (em que figura no art. I, seção 10<sup>77</sup>) após as votações, na segunda semana de setembro de 1787, du-

Fernando Massonetto, "Operações Urbanas Consorciadas: A Nova Regulação Urbana em Questão", *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre* 17/101-118, esp. pp. 104-110.

76. Vital Moreira, *Economia e Constituição*, cit., pp. 95-100, e Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, cit., pp. 60-63. Em sentido diverso, Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende as Constituições liberais apenas como Constituições Políticas, embora pudessem ter algumas normas de "repercussão econômica". Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direito Constitucional Econômico*, pp. 3-4 e 32-33.

77. "Article I, Section 10: No state shall enter into any treaty, alliance, or confederation; grant letters of marque and reprisal; coin money; emit bills of credit; make anything but gold and silver coin a tender, in payment of debts; pass any bill of attainder, *ex post facto* law, or law impairing the obligation of contracts, or grant any title of nobility.

"No state shall, without the consent of the Congress, lay any imposts or duties on imports or exports, except what may be absolutely necessary for executing it's inspection

rante a reelaboração do texto aprovado pela Comissão de Estilo.<sup>78</sup> A insistência de Hamilton em fazer constar da Constituição, à revelia da decisão da própria Convenção Constitucional, a liberdade contratual, um dos instrumentos que tornaram possível o desenvolvimento capitalista nos Estados Unidos nas formas em que este ocorreu, só demonstra a importância da Constituição Econômica, mesmo nos textos constitucionais de matriz liberal.

Podemos perceber, como já dissemos, que a Constituição Econômica não é uma novidade do século XX. No entanto, o motivo pelo qual ela vai alimentar tantas polêmicas a partir de 1917 e 1919 precisa ser esclarecido. Formalmente, as Constituições do século XX diferenciam-se das anteriores por, entre outros motivos, conterem uma expressão formal da Constituição Econômica, com uma estruturação mais ou menos sistemática em um capítulo próprio ("Da Ordem Econômica"). Mas só esta diferença formal não bastaria para provocar o debate que se travou e se trava em torno da Constituição Econômica.

### 1.5 A Constituição Econômica e a Constituição Dirigente

A diferença essencial, que surge a partir do "constitucionalismo social" do século XX, e vai marcar o debate sobre a Constituição Econômica, é o fato de que as Constituições não pretendem mais receber a estrutura econômica existente, mas querem alterá-la. Elas positivam tarefas e políticas a serem realizadas no domínio econômico e social para atingir certos objetivos. A ordem econômica destas Constituições é "programática" - hoje diríamos "dirigente". A Constituição Econômica que conhecemos surge quando a estrutura econômica se revela problemática, quando cai a crença na harmonia preestabelecida do mercado. Ela quer uma nova ordem econômica; quer alterar a ordem econômica existente, rejeitando o mito da auto-regulação do mercado. As

laws: and the net produce of all duties and imposts, laid by any state on imports or exports, shall be for the use of the treasury of the United States; and all such laws shall be subject to the revision and control of the Congress.

"No state shall, without the consent of Congress, lay any duty of tonnage, keep troops, or ships of war, in time of peace, enter into any agreement or compact with another state, or with a foreign power, or engage, in war, unless actually invaded, or, in such imminent danger as will not admit of delay" (grifos nossos).

78. Forrest McDonald, "A Constituição e o Capitalismo Hamiltoniano", in *A Constituição Norte-Americana*, pp. 91-98.

Constituições Econômicas do século XX buscam a configuração política do econômico pelo Estado. Deste modo, a característica essencial da atual Constituição Econômica, uma vez que as disposições econômicas sempre existiram nos textos, é a previsão de uma ordem econômica programática, estabelecendo uma Constituição Econômica diretiva,<sup>79</sup> no bojo de uma Constituição Dirigente.<sup>80</sup>

Ao utilizar a expressão "Constituição Dirigente" ("dirigierende Verfassung"), Peter Lerche estava acrescentando um novo domínio aos setores tradicionais existentes nas Constituições. Em sua opinião, todas elas apresentariam quatro partes: as linhas de direção constitucional, os dispositivos determinadores de fins, os direitos, garantias e repartição de competências estatais e as normas de princípio.<sup>81</sup> No entanto, as Constituições modernas caracterizam-se-iam por possuir, segundo Lerche, uma série de diretrizes constitucionais que configuram imposições permanentes para o legislador. Estas diretrizes são o que ele denomina de "Constituição Dirigente".<sup>82</sup> Pelo fato de ela consistir em diretrizes permanentes para o legislador, Lerche vai afirmar que é no seu âmbito que poderia ocorrer a discricionariedade material do legislador.<sup>83</sup>

A diferença da concepção de Constituição Dirigente de Peter Lerche para a consagrada com a obra de Canotilho torna-se evidente. Lerche está preocupado em definir quais normas vinculam o legislador e chega à conclusão de que as diretrizes permanentes (a Constituição Dirigente propriamente dita) possibilitariam a discricionariedade material

79. Vital Moreira, *Economia e Constituição*, cit., pp. 87-95 e 117-125, e Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, cit., pp. 63-65.

80. Para o conceito de Constituição Dirigente, ou seja, a Constituição que define fins e objetivos para o Estado e a sociedade, vide José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, pp. 12, 14, 18-24, 27-30 e 69-71. Para o problema específico da Constituição Dirigente no Brasil e para a sua problematização no debate científico da Teoria da Constituição, vide Gilberto Bercovici, "A Problemática da Constituição Dirigente: Algumas Considerações sobre o Caso Brasileiro", *Revista de Informação Legislativa* 142/35-51, e "A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição", in *Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*, pp. 114-120.

81. Cf. Peter Lerche, *Übermass und Verfassungsrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Erforderlichkeit*, pp. 61-62.

82. Idem, *ibidem*, pp. VII e 64-65.

83. Idem, pp. 65-77, 86-91 e 325.

do legislador. Já o conceito de Canotilho é muito mais amplo, pois não apenas uma parte da Constituição é chamada de dirigente, mas toda ela.<sup>84</sup> O ponto em comum de ambos, no entanto, é a desconfiança do legislador: ambos desejam encontrar um meio de vincular, positiva ou negativamente, o legislador à Constituição.

A proposta de Canotilho é bem mais ampla e profunda que a de Peter Lerche: seu objetivo é a reconstrução da Teoria da Constituição por meio de uma teoria material da Constituição, concebida também como teoria social.<sup>85</sup> A Constituição Dirigente busca racionalizar a política, incorporando uma dimensão materialmente legitimadora ao estabelecer um fundamento constitucional para a política.<sup>86</sup> O núcleo da idéia de Constituição Dirigente é a proposta de legitimação material da Constituição pelos fins e tarefas previstos no texto constitucional. Em síntese, segundo Canotilho, o problema da Constituição Dirigente é um problema de legitimação.<sup>87</sup>

Para a Teoria da Constituição Dirigente, a Constituição não é só garantia do existente, mas também um programa para o futuro. Ao fornecer linhas de atuação para a política, sem substituí-la, destaca a interdependência entre Estado e sociedade: a Constituição Dirigente é uma Constituição estatal e social.<sup>88</sup> No fundo, a concepção de Constituição Dirigente para Canotilho está ligada à defesa da mudança da realidade pelo direito. Seu sentido, seu objetivo é o de dar força e substrato jurídico para a mudança social. A Constituição Dirigente é um programa de ação para a alteração da sociedade.<sup>89</sup>

84. Vide José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, cit., pp. 224-225 e 313, nota 60.

85. Idem, *ibidem*, pp. 13-14.

86. Idem, pp. 42-49 e 462-471. Sobre esta questão vide, ainda, Cristina Queiroz, *Os Actos Políticos no Estado de Direito: O Problema do Controle Jurídico do Poder*, pp. 111-113, 138-140, 146-150 e 216-218, e Gilberto Bercovici, "A Problemática da Constituição Dirigente: Algumas Considerações sobre o Caso Brasileiro", *Revista de Informação Legislativa* 142/34-51, esp. 39-40.

87. José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, cit., pp. 19-24, 157-158 e 380.

88. Idem, *ibidem*, pp. 150-153, 166-169, 453-456. Vide, também, Gilberto Bercovici, "A Problemática da Constituição Dirigente: Algumas Considerações sobre o Caso Brasileiro", *Revista de Informação Legislativa* 142/35-51, esp. 37-39.

89. Idem, 455-459. Sobre a visão da Constituição também como um projeto voltado ao futuro, vide, ainda, Ulrich Scheuner, "Verfassung", in *Staatstheorie und Staatsrecht: Gesammelte Schriften*, pp. 173-174.

Neste sentido, a Constituição de 1988 é, claramente, uma Constituição Dirigente, como podemos perceber da fixação dos objetivos da República no seu art. 3º: "Ar. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". Os princípios constitucionais fundamentais, como os mencionados no art. 3º, têm a função, entre outras, de identificação do regime constitucional vigente, ou seja, fazem parte da fórmula política do Estado, que o individualiza, pois esta diz respeito ao tipo de Estado, ao regime político, aos valores inspiradores do ordenamento, aos fins do Estado etc. Também define e delimita a identidade da Constituição perante seus cidadãos e a comunidade internacional. Em suma, a fórmula política é a síntese jurídico-política dos princípios ideológicos manifestados na Constituição. O que contraria essa fórmula política afeta a razão de ser da própria Constituição.<sup>90</sup>

O art. 3º da CF, além de integrar a fórmula política, também é, na expressão de Pablo Lucas Verdú, a "cláusula transformadora" da Constituição. A idéia de "cláusula transformadora" está ligada ao art. 3º da Constituição italiana de 1947<sup>91</sup> e ao art. 9º, 2 da Constituição espanhola de 1978.<sup>92</sup> Em ambos os casos, a "cláusula transformadora" explicita o contraste entre a realidade social injusta e a necessidade de eliminá-la. Deste modo, ela impede que a Constituição considere realizado o

90. Vezio Crisafulli, *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*, pp. 67-68, 127-128 e 151-152; Raúl Canosa Usera, *Interpretación Constitucional y Formula Política*, pp. 249-260, 265-270 e 305-310, e Pablo Lucas Verdú, *Teoría de la Constitución como Ciencia Cultural*, pp. 50-54.

91. Artigo 3º da Constituição da Itália: "Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali."

È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese".

92. Artigo 9º, 2. da Constituição da Espanha: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

que ainda está por se realizar, implicando a obrigação do Estado em promover a transformação da estrutura econômico-social. Os dois dispositivos constitucionais supracitados buscam a igualdade material através por meio da lei, vinculando o Estado a promover meios para garantir uma existência digna para todos. A eficácia jurídica destes artigos, assim como a do nosso art. 3º, não é incompatível com o fato de que, por seu conteúdo, a realização destes preceitos tenha caráter progressivo e dinâmico e, de certo modo, sempre inacabado. Sua materialização não significa a imediata exigência de prestação estatal concreta, mas uma atitude positiva, constante e diligente do Estado.<sup>93</sup> Do mesmo modo que os dispositivos italiano e espanhol mencionados, o art. 3º da Constituição de 1988 está voltado para a transformação da realidade brasileira: é a "cláusula transformadora" que objetiva a superação do subdesenvolvimento.<sup>94</sup>

A característica essencial das Constituições Econômicas do século XX é, portanto, o seu caráter diretivo ou dirigente. A importância da Constituição Econômica, segundo Vital Moreira, é a possibilidade que ela abre de se analisar a totalidade da formação social, com suas contradições e conflitos. A Constituição Econômica torna mais clara a ligação da Constituição com a política e com as estruturas sociais e econômicas.<sup>95</sup>

### 1.6 A batalha pela Constituição Econômica

A Constituição de 1988, como Constituição Dirigente e podendo ser classificada como Constituição Econômica, incorpora em seu texto o conflito, muitas vezes ignorado por nossa doutrina publicista.<sup>96</sup> Esta

93. Costantino Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, vol. II, pp. 945-948; Pablo Lucas Verdú, *Estimativa y Política Constitucionales (Los Valores y los Principios Rectores del Ordenamiento Constitucional Español)*, pp. 190-198; Raúl Canosa Usera, *Interpretación Constitucional y Formula Política*, cit., pp. 303-305, e Francisco Javier Díaz Revorio, *Valores Superiores e Interpretación Constitucional*, pp. 186-199.

94. Neste sentido, vide Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, cit., pp. 196-200. Para uma análise mais detida sobre o art. 3º da Constituição de 1988, vide Gilberto Bercovici, *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*, pp. 291-302.

95. Vital Moreira, *Economia e Constituição*, cit., pp. 183-185.

96. Sobre a incorporação do conflito no texto constitucional de 1988, vide Clémerson Merlin Clève, "A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo (Para uma Dogmática Constitucional Emancipatória)", in *Uma Vida Dedicada ao Direito: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*, o Editor dos Juristas, pp. 36, 40-43 e 53.

incorporação, chamando formalmente a atenção sobre tais questões e determinando a necessidade de se encontrar soluções, é particularmente sensível e perceptível no capítulo da ordem econômica.<sup>97</sup> Não é à toa que foi no capítulo da ordem econômica que se travaram os grandes embates políticos e ideológicos nas discussões da Assembleia Nacional Constituinte.<sup>98</sup> Também não por outro motivo que este capítulo foi o mais desfigurado pelo intenso processo de reformas constitucionais neoliberais levado à cabo desde o Governo de Fernando Henrique Cardoso.<sup>99</sup>

Será justamente na ordem econômica da Constituição que os seus críticos encontrarão as “contradições” e os chamados “compromissos dilatórios”.<sup>100</sup> E isto desde o debate da Constituição de Weimar. Já em sua Teoria da Constituição (*Verfassungslehre*), de 1928, Carl Schmitt afirmava que essa Constituição, embora contivesse decisões políticas fundamentais sobre a forma de existência política concreta do povo alemão, possuía em seu texto inúmeros compromissos e obscuridades que não levavam a decisão alguma, mas, pelo contrário, cuja decisão havia sido adiada. Estes compromissos, por ele denominados “compromissos dilatórios” (*dilatatorischen Formelkompromib*), fruto das disputas partidárias que adiaram a decisão sobre certos temas, apenas gerariam confusão ao intérprete. Afinal, para Carl Schmitt, nestes dispositivos, a única vontade é a de não ter, provisoriamente, nenhuma

97. Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, cit., pp. 158-173. Vide, também, Washington Peluso Albino de Souza, *Teoria da Constituição Econômica*, cit., pp. 361-384.

98. Vide José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., pp. 790 e 792; Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, cit., pp. 287-298, e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direito Constitucional Econômico*, cit., pp. 61-71 e 97-98. Sobre a reação negativa de boa parte da elite econômica e social brasileira às conquistas da Constituição de 1988, crítica esta exacerbada com a hegemonia do discurso neoliberal, vide Paulo Bonavides, *Do País Constitucional ao País Neocolonial: A Derrubada da Constituição e a Recolonização pelo Golpe de Estado Institucional*, e Carlos Roberto de Siqueira Castro, *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: Ensaio sobre o Constitucionalismo Pós-Moderno e Comunitário*, pp. 120-124 e 291-320.

99. Para uma análise das reformas constitucionais efetuadas, vide Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, cit., pp. 93-97, 155-158, 227-245 e 256-260.

100. Para o entendimento da Constituição de 1988, especialmente a ordem econômica, como contraditória, vide Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direito Constitucional Econômico*, cit., pp. 72, 80-83 e 98. Vide, também, José Eduardo Faria, *Direito e Economia na Democratização Brasileira*, pp. 50-59, 91-92, 98-101 e 152-155.

vontade naquele assunto, não sendo possível, portanto, interpretar uma vontade inexistente. Estes “compromissos dilatórios” representam, na verdade, apenas uma vitória tática obtida por uma coalizão de partidos em um momento favorável, cujo objetivo é preservar seus interesses particulares contra as variáveis maiorias parlamentares. Os “compromissos dilatórios” seriam particularmente perceptíveis entre os direitos fundamentais, cuja garantia seria debilitada com a inscrição de programas de reforma social de interesse de certos partidos políticos entre os direitos propriamente ditos.<sup>101</sup>

Também será na ordem econômica da Constituição que serão encontradas e denunciadas as “normas programáticas”, noção desenvolvida de maneira mais aprofundada pelo italiano Vezio Crisafulli, a partir do debate da efetivação da Constituição italiana de 1947.<sup>102</sup> Normas constitucionais programáticas são, nas palavras de José Afonso da Silva, “normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado”.<sup>103</sup> A concepção de norma programática teve enorme importância na Itália, ao afirmar que os dispositivos sociais da Constituição eram também normas jurídicas, portanto, poderiam ser aplicadas pelos tribunais nos casos concretos. As idéias de Crisafulli tiveram enorme repercussão e sucesso no Brasil.<sup>104</sup> No entanto, sua aplicação práti-

101. Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, pp. 28-36 e 128-129.

102. Os textos clássicos que tratam do assunto são os artigos “Le Norme ‘Programmatiche’ della Costituzione”, in *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*, cit., pp. 51-83 (publicado, originariamente, na *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* n. 1, janeiro/março de 1951, pp. 357-389), e “L’art. 21 della Costituzione e l’Equivoco delle Norme ‘Programmatiche’”, in *idem*, pp. 99-111.

103. José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 138. Vide, também, Vezio Crisafulli, *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*, cit., pp. 53-55.

104. Devemos destacar o texto pioneiro de José Horácio Meirelles Teixeira, *Curso de Direito Constitucional*, pp. 295-362, e a tese clássica de José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, cit., pp. 135-164. Vide, também, Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, pp. 236-259, e, na doutrina mais recente, Luís Roberto Barroso, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, pp. 113-118. Nós mesmos, equivocadamente, já utilizamos a concepção de “norma programática” na análise da Constituição de 1988, vide Gilberto Bercovici, “A Problemática da Constituição Dirigente:

ca, tanto na Itália como no Brasil, foi decepcionante. Norma programática passou a ser sinônimo de norma que não tem qualquer valor concreto, contrariando as intenções de seus divulgadores.<sup>105</sup> Toda norma incômoda passou a ser classificada como "programática",<sup>106</sup> bloqueando, na prática, a efetividade da Constituição e, especialmente, da Constituição Econômica e dos direitos sociais.<sup>107</sup>

A batalha ideológica em torno da Constituição de 1988 é cada vez mais acirrada.<sup>108</sup> As críticas conservadoras todas podem ser solucionadas, formalmente, por uma hermenêutica constitucional leal à Constituição.<sup>109</sup> Mas só isto não basta. Para resistir às críticas e às tentativas

Algumas Considerações sobre o Caso Brasileiro", *Revista de Informação Legislativa* 142/35-51, esp. 36 e 43-44.

105. Vide Vezio Crisafulli, *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*, cit., p. 101.

106. *Idem*, ibidem, p. 105.

107. Neste sentido, entendendo a ordem econômica da Constituição de 1988 como ineficaz e inefetiva por estar recheada de normas programáticas, vide Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direito Constitucional Econômico*, cit., pp. 75-78 e 86, e José Eduardo Faria, *Direito e Economia na Democratização Brasileira*, cit., pp. 91-92, 98-101 e 152-155.

108. Para o entendimento de que a Constituição de 1988 é a principal responsável pela crise brasileira de governabilidade, vide Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Constituição e Governabilidade: Ensaio sobre a (In)governabilidade Brasileira*, pp. 5, 19-23, 34-38, 55-56, 61-66 e 142. Vide, também, José Eduardo Faria, *Direito e Economia na Democratização Brasileira*, cit., pp. 10-30. Para a defesa dos avanços e conquistas da Constituição de 1988, entendida como uma Constituição que possibilita a transformação social, vide, entre outros, Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, cit., pp. 30-48 e 303-312; Clémerson Merlin Clève, "A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo (Para uma Dogmática Constitucional Emancipatória)", in *Uma Vida Dedicada ao Direito: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho, o Editor dos Juristas*, cit., pp. 39-49 e 53; José Afonso da Silva, *Poder Constituinte e Poder Popular (Estudos sobre a Constituição)*, pp. 11-14, 80-81, 107-113, 259 e, especialmente, 266-278; Lenio Luiz Streck, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*, pp. 66-71, 73-77, 84-93 e 133-145; Carlos Roberto de Siqueira Castro, *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*, cit., pp. 125-130, e Gilberto Bercovici, *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*, cit., pp. 312-315.

109. Sobre a hermenêutica e a metódica jurídicas leais à Constituição, vide Friedrich Müller, *Juristische Methodik*, pp. 12-13, 287-289 e 327-329. Vide, também, Paulo Ricardo Schier, *Filragem Constitucional: Construindo uma Nova Dogmática Jurídica*, pp. 95-100. Esta hermenêutica pode se fundar tanto na proposta de aplicação dos princípios da ambigüidade e da economicidade em harmonia com a ideologia constitucional, como propõe Washington Albino Peluso de Souza, ou na proposta da interpretação/aplicação do direito e do debate sobre regras e princípios desenvolvidos por Eros Grau. Vide Washington Peluso Albino de Souza, *Teoria da Constituição Econô-*

de enfraquecimento e desfiguração da Constituição de 1988 é necessário sair do instrumentalismo constitucional a que fomos jogados pela adoção exageradamente acrítica da Teoria da Constituição Dirigente, que é uma teoria da Constituição autocentrada em si mesma. Ela é uma teoria "auto-suficiente" da Constituição. Ou seja, criou-se uma Teoria da Constituição tão poderosa, que a Constituição, por si só, resolve todos os problemas. O instrumentalismo constitucional é, desta forma, favorecido: acredita-se que é possível mudar a sociedade, transformar a realidade apenas com os dispositivos constitucionais. Conseqüentemente, o Estado e a política são ignorados, deixados de lado. A Teoria da Constituição Dirigente é uma Teoria da Constituição sem Teoria do Estado e sem política.<sup>110</sup> E é justamente por meio da política e do Estado que a Constituição vai ser concretizada.

Embora sua juridicidade seja essencial, a Constituição não pode ser entendida isoladamente, sem ligações com a teoria social, a história, a economia e, especialmente, a política.<sup>111</sup> A Constituição real e a Constituição normativa estão em constante contato, em relação de ordenação. Condicionam-se, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra. A Constituição não é apenas uma "folha de papel"; não está desvinculada da realidade histórica concreta, mas, também, não é simplesmente condicionada por ela. Em face da Constituição real, a Constituição jurídica possui significado próprio.<sup>112</sup>

*mica*, cit., pp. 297-359 e 379-382, e Eros Roberto Grau, *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*.

110. Vide nossa intervenção na Mesa Redonda das Jornadas sobre a Constituição Dirigente em Canotilho, transcrita no livro Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (org.), *Canotilho e a Constituição Dirigente*, pp. 77-79, e Lenio Luiz Streck, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, cit., pp. 133-145 e 836-837. Devemos ressaltar, no entanto, que Canotilho define a Constituição como "estatuto jurídico do político" e afirma que a Constituição Dirigente pressupõe um Estado intervencionista ativo (*Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, cit., pp. 79 e 390-392). Entretanto, estas considerações não afetam substancialmente a contestação levantada da falta de uma Teoria do Estado e da falta de maiores considerações a respeito da política na Teoria da Constituição Dirigente. Para uma revisão posterior de alguns destes posicionamentos, vide de José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pp. 1197-1198 e 1273; "Prefácio", in *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, cit., pp. XIII-XV e XXIII-XXVI; e "O Estado Adjetivado e a Teoria da Constituição", *Interesse Público* 17/13-24.

111. Hans Peter Schneider, "La Constitución - Función y Estructura", in *Democracia y Constitución*, pp. 39 e 43.

112. Konrad Hesse, *Die normative Kraft der Verfassung*, cit., pp. 8-12 e 17-19. Vide, também, Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, cit., pp. 160-162.

As funções da Constituição podem ser sintetizadas, para Hans Peter Schneider, em três dimensões: a dimensão democrática (formação da unidade política<sup>113</sup>), a dimensão liberal (coordenação e limitação do poder estatal) e a dimensão social (configuração social das condições de vida). Acrescentaríamos, ainda, a estas três funções, a função simbólica, exposta por Marcelo Neves.<sup>114</sup> Todas estas funções são interligadas, condicionando-se mutuamente.<sup>115</sup> O significado da Constituição, portanto, não se esgota na regulação de procedimentos de decisão e de governo nem tem por finalidade criar uma integração alheia a qualquer conflito. Nenhuma de suas funções pode ser entendida isoladamente ou absolutizada. Mas, fundamentalmente, a Constituição, como afirmou Hans Peter Schneider, é direito político *do, sobre e para* o político.<sup>116</sup>

Este é um dos grandes problemas dos estudos jurídicos e constitucionais do Brasil na atualidade: a falta de uma reflexão mais aprofundada sobre o Estado.<sup>117</sup> É necessário que os juristas retomem a pesquisa so-

113. A busca da unidade pela Constituição não pode ser simplificada: o consenso é resultado de conflitos e compromissos com diferentes opiniões e interesses. O direito constitucional é um direito de compromisso e conflito. É neste sentido que se deve repercutir os pressupostos processuais sobre a interpretação material da Constituição. Vide Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, cit., pp. 5-6, e Peter Häberle, "Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten – Ein Beitrag zur pluralistischen und 'prozessualen' Verfassungsinterpretation", in *Verfassung als öffentlicher Prozeß – Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, pp. 177-178. Vide, também, Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz, *Constituição e Hermenêutica Constitucional*, pp. 180-193.

114. A constitucionalização simbólica também rejeita a concepção da inexistência ou irrelevância social da legislação carente de eficácia normativa. As disposições simbólicas têm efeitos sobre a política: retiram pressões do sistema político, diminuindo as tensões sociais, entre outros. Cf. Marcelo Neves, *A Constitucionalização Simbólica*, pp. 42, 51-52, 86-90 e 132. Para uma interpretação da Constituição como símbolo da unidade nacional, vide Ulrich Scheuner, "Verfassung", in *Staatstheorie und Staatsrecht: Gesammelte Schriften*, cit., p. 174.

115. Hans Peter Schneider, "La Constitución – Función y Estructura", in *Democracia y Constitución*, cit., pp. 39 e 44-47; e Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz, *Constituição e Hermenêutica Constitucional*, cit., pp. 182-189.

116. Hans Peter Schneider, "La Constitución – Función y Estructura", in *Democracia y Constitución*, cit., pp. 39-43. Vide, em um sentido próximo, Pablo Lucas Verdú, *Curso de Derecho Político*, vol. 1, pp. 37-41 e 49-60, e Friedrich Müller, *Juristische Methodik*, cit., pp. 35, 89, 174 e 209-211.

117. Vide, especialmente, as críticas e sugestões para uma teoria latino-americana do Estado de José Luís Fiori, "Para uma Crítica da Teoria Latino-Americana do Estado", in *Em Busca do Dissenso Perdido: Ensaio Crítico sobre a Festejada Crise do Estado*, pp. 33-37.

bre o assunto, voltem a se preocupar com uma Teoria do Estado. Isto se reveste de maior importância no caso do Estado brasileiro, que, além de tudo, é subdesenvolvido. Conhecer, assim, os obstáculos à atuação do Estado brasileiro e buscar alternativas para superá-los é fundamental, em nossa opinião, na sua (re)estruturação para a promoção do desenvolvimento. Em uma democracia, o ponto fundamental é entender o povo como o sujeito da soberania,<sup>118</sup> ou seja, deve haver uma completa identificação entre soberania estatal e soberania popular.<sup>119</sup> Fortalecer o Estado brasileiro na superação do subdesenvolvimento, neste sentido, é também, em nossa opinião, fortalecer (para não dizer instaurar) o regime republicano e democrático da soberania popular no Brasil.

A reestruturação deste Estado, para que possa superar o subdesenvolvimento, passa por um projeto nacional que, a nosso entender, tem seus fundamentos previstos na Constituição de 1988. Ela é, assim, o pressuposto essencial para a retomada da discussão de um projeto nacional de desenvolvimento. Afinal, segundo Peter Häberle, a Constituição é também a expressão de certo grau de desenvolvimento cultural, um meio de auto-representação própria de todo um povo, espelho de sua cultura e fundamento de suas esperanças.<sup>120</sup>

118. Vide Hermann Heller, "Die Souveränität: Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts", in *Gesammelte Schriften*, pp. 95-99. Vide, também, Olivier Beaud, *La Puissance de l'État*, pp. 24-25 e 201.

119. "Staats und Volkssouveränität sind identifiziert", in "Die Souveränität", cit., p. 99.

120. Peter Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, pp. 83-90.