

EROS ROBERTO GRAU é Ministro do Supremo Tribunal Federal.

É Doutor em Direito e Professor Titular licenciado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. É Professor Visitante da Faculdade de Direito da Universidade Montpellier (2004-2005). Foi Professor Visitante da Université Paris 1 (Panthéon-Sorbonne) (2003-2004) e da Faculdade de Direito da Universidade Montpellier (1996-1998).

Tem participado de inúmeros congressos e seminários, além de ter ministrado cursos e conferências no Brasil, na Alemanha, na Argentina, na Espanha, nos Estados Unidos, na França, na Itália, na Suíça, no México, no Uruguai e na Venezuela. Faz parte de várias associações, entre as quais o Instituto dos Advogados Brasileiros e a Fundação Brasileira de Direito Econômico.

Além de artigos e pareceres publicados nas principais revistas jurídicas do país, na Alemanha, na Argentina, na Bélgica, na Espanha, na França, na Itália, no México e no Uruguai, é autor de vários livros, entre os quais se destacam:

- *La doppia destrutturazione del diritto*, publicado pela Edizioni Unicopli, Milão, Itália (trad. espanhola: *La doble destructureción y la interpretación del derecho*, Editorial M. J. Bosch, Barcelona, Espanha);
- *O Direito Posto e o Direito Pressuposto* (7ª ed., 2008);
- *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito* (4ª ed., 2006);
- *O Estado, a Empresa e o Contrato* (com Paula Forgioni) (2005); e
- *Licitação e contrato administrativo (estudos sobre a interpretação da lei)* (esg.) (estes quatro publicados pela Malheiros Editores).

 MALHEIROS
EDITORES

Eros Roberto Grau

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

13ª edição,
revista e atualizada

 MALHEIROS
EDITORES



A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

(Interpretação e crítica)

© EROS ROBERTO GRAU

1ª edição, 1990; 2ª edição, 1991; 3ª edição, 04.1997; 4ª edição, 10.1998;
5ª edição, 01.2000; 6ª edição, 01.2001; 7ª edição, 01.2002;
8ª edição, 01.2003; 9ª edição, 07.2004; 10ª edição, 06.2005; 11ª edição,
03.2006; 12ª edição, 09.2007.

ISBN 978-85-7420-895-4

Direitos reservados desta edição por
MALHEIROS EDITORES LTDA.
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171,
CEP: 04531-940 – São Paulo - SP
Tel.: (011) 3078-7205 – Fax: (011) 3168-5495
URL: www.malheiroseditores.com.br
e-mail: malheiroseditores@terra.com.br

Composição
Scrypta

Capa
Criação: Vânia Lúcia Amato
Arte: PC Editorial Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil
08.2008

SUMÁRIO

NOTA INTRODUTÓRIA À 13ª EDIÇÃO, 9

NOTA INTRODUTÓRIA À 8ª EDIÇÃO, 11

Capítulo 1 - ESTADO E ECONOMIA

1. O direito: análise funcional e perspectiva crítica, 13
2. O Estado moderno, 14
3. O Estado, até a passagem do século XIX para o século XX, 16
4. Imperfeições do liberalismo, 19
 - 4.1 A liberdade, 20
 - 4.2 A igualdade, 20
 - 4.3 A fraternidade, 23
5. Estado agente regulador da economia, 23
6. (segue), 26
7. O mercado, 27
8. Calculabilidade e previsibilidade, 30
9. Ainda o mercado, 33
10. (segue), 35
11. Funções de legitimação e repressão, 37
12. Constituição formal, 39
13. Legitimação da hegemonia do capital; "estatização" da economia; novo papel do Estado; preservação do sistema capitalista; Constituição "progressista", 42
- 13a. A desregulação e o neoliberalismo, 44
14. A sociedade brasileira, Constituição e programa de governo, 44
15. O neoliberalismo e a globalização, 46
- 15a. O declínio do neoliberalismo, 49
- 15b. Globalização e neoliberalismo, 53

Capítulo 2 - ORDEM ECONÔMICA

16. Ambigüidade da expressão "ordem econômica", 58
17. Os sentidos da expressão, 63
18. Ordem econômica/mundo do ser e ordem econômica/mundo do dever ser, 65
19. O mistério da ordem econômica, 67
20. Ordem econômica, parcela da ordem jurídica, 68

A análise da *livre iniciativa* encontra necessária complementação na ponderação do princípio da livre concorrência. Daí porque tratarei paralelamente de ambos.

88. A Constituição menciona *livre iniciativa*, tanto no art. 1º, IV, quanto no art. 170, *caput*.

Livre iniciativa é termo de conceito extremamente amplo. Não obstante, a inserção da expressão no art. 170, *caput*, tem conduzido à conclusão, restrita, de que toda a *livre iniciativa* se esgota na *liberdade econômica* ou de *iniciativa econômica*.³⁸

Dela — da *livre iniciativa* — se deve dizer, inicialmente, que expressa desdobramento da *liberdade*.

Considerada desde a perspectiva substancial, tanto como resistência ao poder, quanto como reivindicação por melhores condições de vida (liberdade individual e liberdade social e econômica), podemos descrever a liberdade como *sensibilidade* e *acessibilidade* a alternativas de conduta e de resultado.³⁹ Pois não se pode entender como livre aquele que nem ao menos sabe de sua possibilidade de reivindicar alternativas de conduta e de comportamento — aí a *sensibilidade*; e não se pode chamar livre, também, aquele ao qual tal acesso é sonogado — aí a *acessibilidade*.⁴⁰

Examinada, por outro lado, desde a perspectiva institucional, teremos que o traço constitutivo e diferencial da liberdade, modernamente — afirma-o Umberto Cerroni⁴¹ — é o seu caráter jurídico. Existem como tais, as liberdades, mundanizadas e laicizadas, enquanto objeto de reconhecimento jurídico e sistematização positiva. Vale dizer: o perfil da liberdade — ou os perfis das liberdades, que ela se decompõe em inúmeras espécies: liberdade política, econômica, intelectual, artística, de ensino, de palavra, de ação, etc. — é o definido pela ordem jurídica.

38. V.g., Geraldo Vidigal e Miguel Reale, nas exposições referidas no item 89.

39. Transcrevo, aqui, exposição que em outra oportunidade ("Autorização para o exercício de iniciativa econômica — Agências de turismo", in RDM 49/23) desenvolvi.

40. Refiro-me tanto a *liberdades formais* quanto a *liberdades reais*. V. item 85.

41. *La libertad de los modernos*, trad. de R. de la Iglesia, Ed. Martinez-Roca, Barcelona, 1972, p. 11.

Entre nós, no plano da Constituição de 1988, a liberdade é consagrada, principiologicamente, como fundamento da República Federativa do Brasil e como fundamento da ordem econômica.⁴² Ao princípio dá concreção, a própria Constituição, nas regras (normas) inscritas, v.g., no seu art. 5º — incisos II, VI, IX, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XX — e 206, II.

Vê-se para logo, destarte, que se não pode reduzir a *livre iniciativa*, qual consagrada no art. 1º, IV do texto constitucional, meramente à feição que assume como *liberdade econômica* ou *liberdade de iniciativa econômica*.

Dir-se-á, contudo, que o princípio, enquanto fundamento da ordem econômica, a tanto se reduz. Aqui também, no entanto, isso não ocorre. Ou — dizendo-o de modo preciso —: *livre iniciativa* não se resume, aí, a "princípio básico do liberalismo econômico" ou a "liberdade de desenvolvimento da empresa"⁴³ apenas — à liberdade *única* do comércio, pois. Em outros termos: não se pode visualizar no princípio tão-somente uma afirmação do capitalismo.

Insisto em que a liberdade de iniciativa econômica não se identifica apenas com a *liberdade de empresa*. Pois é certo que ela abrange todas as formas de produção, individuais ou coletivas, e — como averba Antonio Sousa Franco (ob. cit., p. 228) — "as empresas são apenas as formas de organização com característica substancial e formal (jurídica) de índole capitalista". Assim, entre as formas de iniciativa econômica encontramos, além da *iniciativa privada*, a *iniciativa cooperativa* (art. 5º, XVIII e, também, art. 174, §§ 3º e 4º), a *iniciativa autogestionária* e a *iniciativa pública* (arts. 173 e 177). Quanto à *iniciativa pública*, observa Antonio Sousa Franco (ob. cit., p. 236), reportando-se ao art. 61 da Constituição de Portugal, para dizer que ele "não fala em iniciativa pública, e com razão: pois a iniciativa do Estado e de entidades públicas não poderia caber em nenhuma forma de direitos do homem ou direitos fundamentais".

89. Uma das faces da *livre iniciativa* se expõe como *liberdade econômica*, ou *liberdade de iniciativa econômica*, cujo titular é a empresa.

42. Ademais, define o art. 3º, I, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma *sociedade livre*.

43. V. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., 31ª ed., p. 793.

Lanço mão, para em linhas gerais referi-la, de observações que anteriormente produzi.⁴⁴

O princípio da liberdade de iniciativa econômica — originariamente postulado no édito de Turgot, de 9 de fevereiro de 1776 — inscreve-se plenamente no decreto d'Allarde, de 2-17 de março de 1791, cujo art. 7º determinava que, a partir de 1º de abril daquele ano, seria livre a qualquer pessoa a realização de qualquer negócio ou exercício de qualquer profissão, arte ou ofício que lhe aprouvesse, sendo contudo ela obrigada a se munir previamente de uma "patente" (imposto direto), a pagar as taxas exigíveis e a se sujeitar aos regulamentos de polícia aplicáveis.

Meses após, na chamada Lei Le Chapelier — decreto de 14-17 de junho de 1791 — que proíbe todas as espécies de corporações, o princípio é reiterado.

Vê-se para logo, nestas condições, que no princípio, nem mesmo em sua origem, se consagrava a liberdade absoluta de iniciativa econômica. Vale dizer: a visão de um Estado inteiramente omissivo, no liberalismo, em relação à iniciativa econômica privada, é expressão pura e exclusiva de um tipo ideal. Pois medidas de polícia já eram, neste estágio, quando o princípio tinha o sentido de assegurar a defesa dos agentes econômicos contra o Estado e contra as corporações, a eles impostas.

Em sua raiz, o princípio era expressão de uma garantia de legalidade, o que torna bem explícita a correção da observação de Galgano,⁴⁵ nos termos da qual o conceito de Estado de Direito exprime, em relação ao burguês singelamente, aquela mesma exigência — de um limite à ação pública, para salvaguarda da iniciativa privada — que o conceito de *Estado liberal* exprime em relação à burguesia no seu todo.

Inúmeros sentidos, de toda sorte, podem ser divisados no princípio, em sua dupla face, ou seja, enquanto liberdade de comércio e indústria e enquanto liberdade de concorrência. A este

44. "Autorização para o exercício de iniciativa econômica — Agências de turismo", cit., pp. 24 e ss.

45. *Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1979, p. 39.

critério classificatório acoplando-se outro, que leva à distinção entre liberdade pública e liberdade privada, poderemos ter equacionado o seguinte quadro de exposição de tais sentidos:⁴⁶

a) liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico):

a.1) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado — liberdade pública;

a.2) não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei — liberdade pública;

b) liberdade de concorrência:

b.1) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal — liberdade privada;

b.2) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência — liberdade privada;

b.3) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes — liberdade pública.

Dois aspectos devem ser neste passo considerados. O primeiro respeita ao fato de que a referência, sempre reiterada, à liberdade de iniciativa econômica como *direito fundamental* apenas se justifica quando da expressão — "direito fundamental" — lançamos mão para mencioná-la como direito constitucionalmente assegurado. O texto constitucional não a consagra como tal, isto é, como *direito fundamental*. Ademais, a liberdade de iniciativa econômica é liberdade mundana, positivada pela ordem jurídica. O segundo, à circunstância de que não há limitação ao *direito* de liberdade econômica (liberdade de iniciativa econômica), mas, tão-somente à *liberdade econômica*. Isso porque o regime de liberdade de iniciativa econômica é aquele definido pela ordem jurídica. Vale dizer: o direito de liberdade econômica só tem existência no contexto da ordem jurídica, tal como o definiu a ordem jurídica. Por certo que, na comparação entre ordens jurídicas distintas, poder-se-á afirmar que nesta, em relação àquela, a liberdade de iniciativa econômica é mais — ou menos — dilatada, em decorrência de ser menos ou mais limitada. Não, porém, que o *direito* de liberdade econômica aqui ou ali seja limitado, neste ou naquele grau. O direito de liberdade eco-

46. Utilizo-me aqui, parcialmente, da exposição de Antonis Maniatakis, *La liberté du Commerce et de l'Industrie*, Bruylant, Bruxelas, 1979, pp. 6 e ss.

nômica é direito integral nos quadrantes da ordem jurídica positiva que o contempla (neste sentido, Renato Alessi, *Principi di Diritto Amministrativo*, v. II, Giuffrè Editore, Milão, 1978, p. 590).

O que mais importa considerar, de toda sorte, é o fato de que, em sua concreção em regras atinentes à liberdade de iniciativa econômica, o princípio, historicamente, desde o Decreto d'Allarde, jamais foi consignado em termos absolutos. Das circunstâncias históricas a considerar a esse respeito encontra-se um quadro expressivo — creio — no segundo capítulo deste ensaio.

De resto, quanto ao preceito inscrito no parágrafo único do art. 170, que se tem enfatizado, na afirmação de que reiteraria, consolidando, o caráter liberal da ordem econômica na Constituição de 1988, tem relevância normativa menor. Pois é certo que postulação primária da liberdade de iniciativa econômica, como acima anotei, é a garantia da legalidade: liberdade de iniciativa econômica é liberdade pública precisamente ao expressar *não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei*. O que esse preceito pretende introduzir no plano constitucional é tão-somente a sujeição ao *princípio da legalidade em termos absolutos* — e não, meramente, ao *princípio da legalidade em termos relativos* (art. 5º, II) — da imposição, pelo Estado, de autorização para o exercício de qualquer atividade econômica.⁴⁷ Em nada, pois, fortalece ou robustece o princípio da *livre iniciativa* em sua feição de *liberdade de iniciativa econômica*.

Em relação ao caráter não-absoluto da iniciativa e à regulamentação do mercado, veja-se, da jurisprudência do STF, as ADIs 1.950 e 3.512, os REs 349.686 e 199.520 e o AI 481.886-AgR.

90. O conteúdo da *livre iniciativa*, porém — quero retornar a este ponto —, é bem mais amplo do que aquele cujo perfil acabo de debuxar.

Importa deixar bem vincado que a *livre iniciativa* é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. A Constituição, ao contemplar a *livre iniciativa*, a ela só opõe, ainda que não a exclua, a “iniciativa do Estado”; não a privilegia, assim, como bem pertinente apenas à empresa.

47. V. meu *O direito posto e o direito pressuposto*, cit., 7ª ed., pp. 246 e ss.

É que a *livre iniciativa* é um modo de expressão do trabalho e, por isso mesmo, corolária da valorização do trabalho, do trabalho livre — como observa Miguel Reale Júnior⁴⁸ — em uma sociedade livre e pluralista.

Daí por que o art. 1º, IV do texto constitucional — de um lado — enuncia como fundamento da República Federativa do Brasil o *valor social* e não as virtualidades individuais da livre iniciativa e — de outro — o seu art. 170, *caput* coloca lado a lado *trabalho humano* e *livre iniciativa*, curando contudo no sentido de que o primeiro seja valorizado.

A propósito, as ponderações de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (*A economia e o controle do Estado*, cit.): “Nestes termos, o art. 170, ao proclamar a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano como fundamentos da ordem econômica está nelas reconhecendo a sua base, aquilo sobre o que ela se constrói, ao mesmo tempo sua *conditio per quam* e *conditio sine qua non*, os fatores sem os quais a ordem reconhecida deixa de sê-lo, passa a ser outra, diferente, constitucionalmente inaceitável. Particularmente a afirmação da livre iniciativa, que mais de perto nos interessa neste passo, ao ser estabelecida como fundamento, aponta para uma ordem econômica reconhecida então como contingente. Afirmar a livre iniciativa como base é reconhecer na liberdade um dos fatores estruturais da ordem, é afirmar a autonomia empreendedora do homem na conformação da atividade econômica, aceitando a sua intrínseca contingência e fragilidade; é preferir, assim, uma ordem aberta ao fracasso a uma ‘estabilidade’ supostamente certa e eficiente. Afirmar-se, pois, que a estrutura da ordem está centrada na atividade das pessoas e dos grupos e não na atividade do Estado. Isto não significa, porém, uma ordem do ‘laissez faire’, posto que a livre iniciativa se conjuga com a valorização do trabalho humano. mas, a liberdade, como fundamento, pertence a ambos. Na iniciativa, em termos de liberdade negativa, da ausência de impedimentos e da expansão da própria criatividade. Na valorização do trabalho humano, em termos de liberdade positiva, de participação sem alienações na construção da riqueza econômica. Não há, pois, propriamente, um sentido absoluto e ilimitado na livre iniciativa, que por isso não exclui a atividade normativa e reguladora do Estado. Mas há ilimitação no sentido de principiar a atividade econômica, de espontaneidade humana na produção de algo novo, de começar algo que não estava antes. Esta espontaneidade, base da produção da riqueza, é o fator estrutural que

48. Ob. cit.

não pode ser negado pelo Estado. Se, ao fazê-lo, o Estado a bloqueia e impede, não está intervindo, no sentido de normar e regular, mas está dirigindo e, com isso, substituindo-se a ela na estrutura fundamental do mercado".

Neste sentido, *social*, é que observei, anteriormente — item 39 — que, conotando a expressão *atividade econômica*, no art. 170, o gênero, e não a espécie (*atividade econômica em sentido amplo*, pois), toda ela, inclusive a desenvolvida, pelo Estado, no campo dos serviços públicos, deve ser (estar) fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. É ao *valor social* desta última que me referi então — e ora me refiro. Não quer isso, naturalmente, significar que o serviço público seja de livre iniciativa — ou seja, de iniciativa da empresa privada — mas sim que, na sua prestação, deve, aí também, o Estado, não opor empecilho à liberdade humana, no quanto seja socialmente prezável.

De mais a mais, assim como a liberdade contratual não é adversa ao modo de produção socialista, tal qual já anteriormente observei,⁴⁹ também não o é a *livre iniciativa*, como aqui concebida. A liberdade, amplamente considerada — insisto neste ponto —, liberdade real, material, é um atributo inalienável do homem, desde que se o conceba inserido no todo social e não exclusivamente em sua individualidade (o homem social, associado aos homens, e não o homem inimigo do homem).

A *liberdade de iniciativa*, no entanto, é um dos desdobramentos da liberdade. E, porque assim é — e isso deve restar bem vincado —, não está ela jungida, enquanto *liberdade de iniciativa econômica*, à *propriedade*. Nem a toma, a Constituição, já observei, como *direito fundamental*, entre aqueles inscritos no seu Título III. Não se trata, pois, no texto constitucional, de atributo conferido ao capital ou ao capitalista, porém à empresa — ao empresário, apenas enquanto detentor do controle da empresa.⁵⁰ De resto, repita-se, não é ela atributo conferido exclusivamente à empresa.⁵¹

Isto posto, verificado que por certo não se pode atribuir exclusivamente à contemplação constitucional do princípio da *livre*

49. V. item 76.

50. Adoto, aqui, ponderações que me foram feitas por Fábio Konder Comparato.

51. V. item 88.

iniciativa — do seu *valor social*, repito — a consagração, constitucional, do sistema capitalista, cumpre cogitarmos do princípio da *livre concorrência*, dele corolário.

Note-se, muito a propósito, o que define o art. 12 da Constituição da República Popular da Hungria: "O Estado reconhece a atividade econômica dos pequenos produtores, quando seja socialmente útil; a propriedade e a *iniciativa privada* não devem, entretanto, se opor aos interesses da coletividade" — grifei. V., no item 93, transcrição do art. 61 da Constituição de Portugal.

91. A *livre concorrência* é pela Constituição de 1988 erigida à condição de princípio. Como tal contemplada no art. 170, IV, compõe-se, ao lado de outros, no grupo do que tem sido referido como "princípios da ordem econômica". Trata-se, como já anotei, de *princípio constitucional impositivo* (Canotilho).

A afirmação, principiológica, da *livre concorrência* no texto constitucional é instigante.

De uma banda porque a concorrência livre — não *liberdade de concorrência*, note-se — somente poderia ter lugar em condições de mercado nas quais não se manifestasse o fenômeno do poder econômico. Este, no entanto — o poder econômico — é não apenas um elemento da realidade, porém um dado constitucionalmente institucionalizado, no mesmo texto que consagra o princípio. O § 4º do art. 173 refere "abuso do *poder econômico*". Vale dizer: a Constituição de 1988 o reconhece. Não que não devesse fazê-lo, mesmo porque a circunstância de não o ter reconhecido não teria o condão de bani-lo da realidade. Apenas, no entanto, tendo-o reconhecido, soa estranha a consagração principiológica da *livre concorrência*. Para que tal não ocorresse, em presença da consagração do princípio, haveria o mencionado § 4º de dispor: "A lei reprimirá os abusos decorrentes do exercício da atividade econômica..."⁵² O que, não obstante — repito — seria inteiramente em vão: nem por isso o poder econômico deixaria de se manifestar no mundo real — mundo do ser — a braçadas.

De outra banda, é ainda instigante a afirmação do princípio porque o próprio texto constitucional fartamente o confronta. A

52. Devo essa observação a um comentário verbal de Paulo Henrique Blasi.

livre concorrência, no sentido que lhe é atribuído — “livre jogo das forças de mercado, na disputa de clientela” —, supõe desigualdade ao final da competição, a partir, porém, de um quadro de igualdade jurídico-formal. Essa igualdade, contudo, é reiteradamente recusada, bastando, para que se o confirme, considerar as disposições contidas no art. 170, IX, no art. 179 e nos §§ 1º e 2º do art. 171.

Observa, sucessivamente, Miguel Reale Júnior (ob. cit.): “A desigualdade das empresas, dos agentes econômicos, é a característica de uma ordem econômica fundada na livre iniciativa, e que se processa por meio da livre concorrência”; “a desigualdade é inafastável em um regime de livre iniciativa, e gera a rivalidade, a livre concorrência”; “a livre concorrência, portanto, só sobrevive em uma economia sem igualdade”. Nesse quadro, é de permitir-se a cada agente econômico a disputa, com todas as suas forças e armas, pelas presas do mercado.

O que se passa, em verdade, é que é outro, que não aquele lido no preceito por quantos se dispõem a fazer praça do liberalismo econômico, o sentido do princípio da *livre concorrência*.

Deveras, não há oposição entre o princípio da *livre concorrência* e aquele que se oculta sob a norma do § 4º do art. 173 do texto constitucional, princípio latente, que se expressa como *princípio da repressão aos abusos do poder econômico* e, em verdade — porque dele é fragmento — compõe-se no primeiro. É que o poder econômico é a regra e não a exceção.⁵³ Frustra-se, assim, a suposição de que o mercado esteja organizado, naturalmente, em função do consumidor. A ordem privada, que o conforma, é determinada por manifestações que se imaginava fossem patológicas, convertidas porém, na dinâmica de sua realidade, em um elemento próprio a sua constituição natural.

Salienta Gerard Farjat (ob. cit., p. 472): “Les phénomènes comme les ententes, les positions dominantes, les pratiques restrictives, les concentrations ne sont plus en eux-mêmes des phénomènes pathologiques, mais ils constituent, au contraire, une réalité fondamentale du nouvel État industriel — l'ordre privé économique” (v. item 3).

Assim, como “la concurrence tue la concurrence” (Proudhon), a feição de *livre concorrência*, que enseja a competição aberta, na

53. Cf. Fábio Konder Comparato, *O poder de controle na sociedade anônima*, 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1983, p. 395.

linha do que se tem referido como “capitalismo selvagem”, assume novos traços. *Livre concorrência*, então — e daí porque não soa estranho nem é instigante a sua consagração como princípio constitucional, embora desnecessária (bastava, nesse sentido, o princípio da *livre iniciativa*) —, significa *liberdade de concorrência*, desdobrada em liberdades privadas e liberdade pública, tais como aludidas no item 89.⁵⁴

Mais uma vez recorro à exposição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (*A economia e o controle do Estado*, cit.): “A livre concorrência de que fala a atual Constituição como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, IV) não é a do mercado concorrencial oitocentista de estrutura atomística e fluida, isto é, exigência estrita de pluralidade de agentes e influência isolada e dominadora de um ou uns sobre outros. Trata-se, modernamente, de um processo comportamental competitivo que admite gradações tanto de pluralidade quanto de fluidez. É este elemento comportamental — a competitividade — que define a livre concorrência. A competitividade exige, por sua vez, descentralização de coordenação como base da formação dos preços, o que supõe livre iniciativa e apropriação privada dos bens de produção. Neste sentido, a livre concorrência é forma de tutela do consumidor, na medida em que competitividade induz a uma distribuição de recursos a mais baixo preço. De um ponto de vista político, a livre concorrência é garantia de oportunidades iguais a todos os agentes, ou seja, é uma forma de desconcentração de poder. Por fim, de um ângulo social, a competitividade deve gerar extratos intermediários entre grandes e pequenos agentes econômicos, como garantia de uma sociedade mais equilibrada”.

92. A Lei n. 8.884, de 11.6.94, está voltada à prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

A nova lei respeita à matéria que era regulada pelas Leis ns. 4.137/62 e 8.158/91 — [que seu art. 92 expressamente revoga]. A Lei n. 8.158/91 — instituiu normas para a defesa da concorrência, voltando-se, nitidamente, à preservação do mercado como instituição de coordenação das decisões econômicas, adequada ao modo de produção capitalista; neste sentido, definia, em seu art. 3º, infrações à ordem econômica. Note-se bem que a Lei n. 8.884/94 não veicula matéria penal; a matéria

54. Tome-se, aí, de toda sorte, neutralidade do Estado, em b3 — item 89 — como *neutralidade relativa*.

penal, relativa à concorrência e à ordem econômica, é regulada pela Lei n. 8.137, de 27.12.90, que permanece vigente [veja-se o art. 85 da Lei n. 8.884/94].

Diz o seu art. 1º: “Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”; e completa o seu parágrafo único: “A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei”.

A expressa referência aos “ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico” e a afirmação de que “a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei” definem a amplitude do conteúdo da Lei n. 8.884/94. Ela não é, meramente, uma nova lei antitruste; assim, seu fundamento constitucional não se encontra apenas, exclusivamente, no § 4º do art. 173 da Constituição de 1988 — trata-se de lei voltada à *preservação do modo de produção capitalista*.

Habermas (vide item 3) identifica quatro categorias de atividade estatal: as de *constituição e preservação* do modo de produção e as de *complementação e substituição* do mercado. As duas últimas modalidades de atuação — *substitutiva* e *compensatória* — são típicas do capitalismo organizado. A legislação antitruste, ao contrário, faz exemplo bem marcado de medida de *constituição e preservação* do modo de produção capitalista, ainda que seja, também, instrumento de política pública. Insisto, no entanto, em que a Lei n. 8.884/94 não é, meramente, uma nova lei antitruste.

As regras da Lei n. 8.884/94 conferem concreção aos princípios da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico, tudo em coerência com a *ideologia constitucional*⁵⁵ adotada pela Constituição de 1988. Esses princípios coexistem harmonicamente entre si, conformando-se, mu-

tuamente, uns aos outros. Daí porque o princípio da liberdade de concorrência ou da livre concorrência assume, no quadro da Constituição de 1988, sentido conformado pelo conjunto dos demais princípios por ela contemplados; seu conteúdo é determinado pela sua inserção em um contexto de princípios, no qual e com os quais subsiste em harmonia.

Devo observar ainda que o desvendamento do caráter da Lei n. 8.884/94 reclama a consideração também do seu art. 20, que define constituírem infração da ordem econômica, *independentemente de culpa*, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I — limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II — dominar mercado relevante de bens e serviços; III — aumentar arbitrariamente os lucros; IV — exercer de forma abusiva posição dominante. Os parágrafos desse art. 20 ressaltam da dominação de mercado a sua conquista resultante de processo natural, fundado na maior eficiência de agente econômico, em relação a seus competidores e definem posição dominante. A cláusula “independentemente de culpa” é expressiva da responsabilidade objetiva atribuída ao agente da infração, plenamente cabível, no caso, visto que se trata de infração civil; a Lei n. 8.884/94 não é lei penal. A propósito, o Tratado de Roma, em seu art. 85º, dispõe: “1. São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, designadamente as que consistam em: ...”.

93. A ponderação das observações enunciadas a propósito do valor social do trabalho, do valor social da livre iniciativa e da livre concorrência permite-nos alinhar as verificações seguintes.

São fundamentos da República, isto é, do Brasil, entre outros, o *valor social do trabalho* e o *valor social da livre iniciativa*. A ordem econômica (mundo do ser) deve estar fundada na *valorização do trabalho humano* e na *livre iniciativa* — a Constituição consagra, aí, note-se, *valorização do trabalho humano* e *livre iniciativa*, simplesmente. A *livre iniciativa*, ademais, é tomada no quanto expressão de socialmente valioso; por isso não pode ser reduzida, meramente, à feição que assume como *liberdade econômica*, empresarial (isto é, da empresa, expressão do dinamismo dos bens de produ-

55. V. item 46.

ção); pela mesma razão não se pode nela, *livre iniciativa*, visualizar tão-somente, apenas, uma afirmação do capitalismo. Assim, *livre iniciativa* é expressão de liberdade titulada não apenas pelo capital, mas também pelo trabalho.

Nesse quadro, torna-se extremamente rico o debate a propósito do significado do princípio da *livre concorrência*. Cuida-se lá, no art. 170, IV — vimos — de *liberdade de concorrência*.

Cumpra indagar, pois, até que ponto poderia ser o princípio — da *livre concorrência* — interpretado sob uma perspectiva *dinâmica*.

Retorno à consideração de alguns aspectos anteriormente feridos, especificamente nos itens 66, 67, 72 e 73, desta obra, e 74 do meu *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*.

Suponha-se intérprete que, em razão de crenças políticas que o movem, apoiado na ideologia dinâmica da interpretação jurídica, pretendesse — sem que alteração no regime político se verificasse — identificar, na análise do todo que é a Constituição de 1988, como titular da *livre concorrência* a sociedade e não a empresa.

Observe-se que isso, em tese, não configuraria nenhum absurdo jurídico. Pelo contrário, há, iniludivelmente, no texto constitucional, determinados princípios e direitos atribuídos à titularidade da sociedade já no quadro político hoje instalado entre nós. Exemplifico com a liberdade de comunicação social, que importa imunidade à censura (arts. 5º, IX e 220 e parágrafos). A propósito dela, salientei (“Como garantir a informação ao povo”, in *Problemas e reformas — subsídios para o debate constituinte*, Departamento Editorial da OAB-SP, São Paulo, 1988, pp. 104-105): “Ora, é fora de dúvida que a liberdade de comunicação social e a imunidade à censura constituem um direito fundamental do homem. Isso é pacífico e não deverá ser questionado. Mas é necessário compreender que essa liberdade de comunicação social, e, sobretudo, essa imunidade à censura é um direito da sociedade. Vale dizer: não se trata de um direito de que seja titular a empresa jornalística, de rádio ou televisão. As empresas que exploram os meios de comunicação certamente fazem uso desse direito. Têm a fruição imediata dele. Inobstante trata-se, no caso, de um direito que é exercitado pela empresa, em nome do interesse da sociedade. O verdadeiro, o real titular da imunidade à censura é a sociedade. Por isso, quando cogitamos consagrar, recon-sagrar e enfatizar a imunidade à censura, devemos considerar que se trata não apenas de imunidade à censura do Estado, mas também, e sobretudo, da imunidade da sociedade ao poder privado de censura”. Esse entendimento parece-me absolutamente correto, retratando, fide-

dignamente — e (a propósito) de modo incensurável —, a ideologia constitucionalmente adotada.

A tanto não poderia chegar. Com efeito, estão incrustadas na ideologia constitucionalmente adotada⁵⁶ as razões do individualismo metodológico.⁵⁷ A cumplicidade estabelecida entre ele e a ideologia liberal — o social produzido pelo individual — não autoriza a deslocação da titularidade da *livre concorrência*, na arena da ordem econômica, do indivíduo para a sociedade, mesmo no caso da Constituição de 1988. Mesmo no caso dela, repito, que marcadamente *repolitiza* a economia (Habermas), como estamos a ver, essa deslocação é inviável. Sustentá-la importaria em que estivéssemos a adotar a postura que Canotilho aponta como sustentada sobre fundamentos interpretativos tendentes à vulneração da estrutura normativa constitucional.⁵⁸

Embora seja assim, força é reconhecermos, de uma parte, que a *livre concorrência* é elevada à condição de princípio da ordem econômica, na Constituição de 1988, mitigadamente, não como liberdade anárquica, porém social.⁵⁹ De outra, que força transformadora também nela está contida, força que poderá ser desencadeada na ruptura do regime político. Note-se que a Constituição de Portugal (texto da primeira revisão, de 1982) — cujo art. 1º o define como República “empenhada na sua transformação numa sociedade sem classes” — no seu art. 61 assevera: “A iniciativa econômica privada pode exercer-se livremente enquanto instrumento do progresso colectivo, nos quadros definidos pela Constituição e pela lei”.

94. Um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é o da *construção de uma sociedade livre, justa e solidária* (art. 3º, I). Cuida-se, aí, da consagração de *princípio constitucional impositivo* (Canotilho) ou *diretriz* (Dworkin) — autêntica *norma-objetivo*; o caráter *constitucional conformador* do princípio é, não obstante, evidenciado.

56. V. item 46.

57. V. Jon Elster (*Marx hoje*, trad. de Plínio Dentzien, Paz e Terra, São Paulo, 1989, pp. 36-39) e Raymond Boudon (*A ideologia*, trad. de Emir Sader, Editora Ática, São Paulo, 1989, pp. 258, 263 e 296-297).

58. V. item 39.

59. Claude-Albert Colliard, *Libertés publiques*, 5ª ed., Dalloz, Paris, 1975, p. 688.

Sociedade livre é sociedade sob o primado da *liberdade*, em todas as suas manifestações⁶⁰ e não apenas enquanto liberdade formal, mas sobretudo, como liberdade real. Liberdade da qual, neste sentido, consignado no art. 3º, I, é titular — ou co-titular, ao menos, paralelamente ao indivíduo — a sociedade.⁶¹ Sociedade justa é aquela, na direção do que aponta o texto constitucional, que realiza *justiça social*, sobre cujo significado adiante me deterei.⁶² Solidária, a sociedade que não inimiza os homens entre si, que se realiza no retorno, tanto quanto historicamente viável, à *Gesellschaft* — a energia que vem da densidade populacional fraternizando e não afastando os homens uns dos outros.⁶³

Constituição *dirigente*⁶⁴ que é, a de 1988 reclama — e não apenas autoriza — *interpretação dinâmica*.⁶⁵ Volta-se à *transformação da sociedade*, transformação que será promovida na medida em que se reconheça, no art. 3º — e isso se impõe —, fundamento à reivindicação, pela sociedade, de *direito à realização de políticas públicas*.⁶⁶ Políticas públicas⁶⁷ que, objeto de reivindicação constitucionalmente legitimada, hão de importar o fornecimento de prestações positivas à sociedade.

95. Outro dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é o de *garantir o desenvolvimento nacional* (art. 3º, II). Também aqui temos *princípio constitucional impositivo* (Cantillo) ou *diretriz* (Dworkin) — *norma-objetivo* — dotado de caráter *constitucionalmente conformador*.

Não me deterei, neste passo, em digressões cuja obviedade, inquestionada, pode ser sumariada na distinção entre o qualitativo — o *desenvolvimento* — e o quantitativo — o *crescimento econômico*. Importa incisivamente considerar que, como anotei em outra oportunidade,⁶⁸ “a idéia de desenvolvimento supõe dinâmi-

60. V. item 88.

61. V. item 93.

62. V. item 99.

63. V. item 15.

64. V. item 27.

65. V. item 39.

66. V. Fábio Konder Comparato, *Para viver a democracia*, cit., p. 53.

67. V. meu *O direito posto e o direito pressuposto*, cit., 5ª ed., p. 25.

68. *Elementos de Direito Econômico*, cit., pp. 7-8.

cas mutações e importa em que se esteja a realizar, na sociedade por ela abrangida, um processo de mobilidade social contínuo e intermitente. O processo de desenvolvimento deve levar a um salto, de uma estrutura social para outra, acompanhado da elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário. Daí porque, importando a consumação de mudanças de ordem não apenas quantitativa, mas também qualitativa, não pode o desenvolvimento ser confundido com a idéia de crescimento. Este, meramente quantitativo, compreende uma parcela da noção de desenvolvimento”.

Observei ademais, então (*Elementos de Direito Econômico*, cit., pp. 54-55): “O desenvolvimento supõe não apenas crescimento econômico, mas sobretudo elevação do nível cultural-intelectual comunitário e um processo, ativo, de mudança social. Daí porque a noção de crescimento pode ser tomada apenas e tão-somente como uma parcela da noção de desenvolvimento. O desenvolvimento, como já apontava Schumpeter (*Teoría del Desarrollo Económico*, trad. de Jesús Prados Ararte, Fondo de Cultura Económica, México, 1967, p. 74), se realiza no surgimento de fenômenos econômicos *qualitativamente* novos — isto é, de inovação — conseqüentes à adoção de novas fontes de matéria-prima, de novas formas de tecnologia, de novas formas de administração da produção, etc. Já o crescimento é demonstrado pelo incremento da população e da riqueza; implica apenas mudança nos dados *quantitativos*. Daí porque, nos conceitos formulados de desenvolvimento, sempre aparece como nota marcante uma referência a este seu aspecto *qualitativo*. De outra parte, embora o dado econômico apareça como extremamente relevante em todos os conceitos de desenvolvimento, ainda assim é forçoso observar que o *conceito de desenvolvimento não é apenas econômico*. O processo de desenvolvimento — vimos já — implica mobilidade e mudança social; realiza-se em saltos de uma estrutura social para outra. Implicando *dinâmica mobilidade social*, é inerente à idéia de desenvolvimento a de *mudança*; no caso, não apenas *mudança econômica*, mas, amplamente, sobretudo *mudança social*. Assim, a noção de desenvolvimento envolve a necessária visualização de um *dever* a projetar, no futuro, determinados valores”.

Garantir o desenvolvimento nacional é, tal qual *construir uma sociedade livre, justa e solidária*, realizar políticas públicas cuja reivindicação, pela sociedade, encontra fundamentação neste art. 3º, II. O papel que o Estado tem a desempenhar na perseguição da realização do desenvolvimento, na aliança que sela com o setor privado, é, de resto, primordial.⁶⁹

69. V. item 6.

A propósito, as considerações de Fábio Konder Comparato (*Para viver a democracia*, cit., pp. 103-104): "...o estado de subdesenvolvimento impõe a todos os governos de países afetados pelo problema um mínimo de programação de políticas públicas a longo prazo. É que o subdesenvolvimento apresenta características originais, inteiramente desconhecidas até o século passado. Os países subdesenvolvidos não são totalmente ricos nem totalmente pobres, assim como não se apresentam tampouco como países homoganeamente modernos ou atrasados. Há sempre, no contexto do subdesenvolvimento, uma oposição ou tensão entre um pólo rico e um pólo pobre, um setor moderno e um setor arcaico. Mais do que isso: essa tensão ou oposição é crescente e tende, deixadas as forças sociais ao livre jogo de seus interesses próprios, a se agudizar com o processo de concentração de renda. O subdesenvolvimento é um estado dinâmico de desequilíbrio econômico e de desarticulação social. Não parece haver dúvida de que a dinâmica dessa dissociação coletiva foi gerada pela industrialização. O setor industrial, nas economias subdesenvolvidas, não surgiu endogenamente, dentro do tecido social, como a natural maturação de seus elementos criadores, vale dizer a acumulação do saber científico, a tecnologia e o surgimento de uma nova classe empresarial. A indústria foi introduzida de fora e permaneceu como elemento artificial no organismo social, uma espécie de prótese invasora. Esse estado dinâmico de desequilíbrio econômico e de desarticulação social provoca, no campo político, uma instabilidade e desarmonia constantes, tornando inoperáveis os mecanismos clássicos de funcionamento do Estado liberal, como o processo eleitoral para a escolha dos governantes, a separação de poderes e o respeito aos direitos individuais. Nessas condições, é óbvio que a exigência preliminar de superação dos problemas políticos passa pelo estabelecimento de um processo de desenvolvimento, que implica a conjugação do crescimento econômico auto-sustentado com a progressiva eliminação das desigualdades sociais. Um processo dessa natureza não é natural, mas voluntário e programado. Ele somente se desencadeia com a instauração de uma política nacional a longo prazo, abrangendo todos os setores da vida social".

Veja-se, da jurisprudência do STF, a ADI 3.540.

96. Objetivo fundamental da República Federativa do Brasil é ainda o de *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais* (art. 3º, III). Aí, também, um *princípio constitucional impositivo* (Canotilho) ou *diretriz* (Dworkin) — *norma-objetivo* — dotado de caráter *constitucional conformador*. Além disso, a *redução das desigualdades regionais e sociais* é tomada como

um dos princípios da ordem econômica — *princípio constitucional impositivo*.⁷⁰

Eradicação da pobreza e da marginalização, bem assim redução das desigualdades sociais e regionais, são objetivos afins e complementares daquele atinente à promoção (= garantir) do desenvolvimento econômico. Considere-se também o princípio positivado no inciso IV deste art. 3º: *promover o bem de todos; e a dignidade da pessoa humana* como fundamento da República, mais o *assegurar a todos existência digna* como fim da ordem econômica.

O enunciado do princípio expressa, de uma banda, o reconhecimento explícito de marcas que caracterizam a realidade nacional: pobreza, marginalização e desigualdades, sociais e regionais. Eis um quadro de subdesenvolvimento, incontestado, que, todavia, se pretende reverter. Essa reversão nada tem, porém, em relação aos padrões do capitalismo, de subversiva. É revolucionária apenas enquanto votada à modernização do próprio capitalismo. Dir-se-á que a Constituição, aí, nada mais postula, no seu caráter de Constituição dirigente,⁷¹ senão rompimento do processo de subdesenvolvimento no qual estamos imersos e, em cujo bojo, pobreza, marginalização e desigualdades, sociais e regionais, atuam em regime de causação circular acumulativa — são causas e efeitos de si próprias.

É o próprio texto constitucional, destarte, que dá razão a quem afirme que o ideário da Revolução Francesa ainda é revolucionário — então sim: *revolucionário* — entre nós. Nada mais projeta, revolucionariamente, senão que o homem deixe de ser vadio e pedinte (o que é corrente), para tanto cumprindo que no mínimo se lhe assegure direito ao trabalho e condições de dignidade. O programa que propõe não é senão o de instalação de uma sociedade estruturada segundo o modelo do *Welfare State*; e, porque seja assim, a quantos sustentem que a Constituição de 1988 postula *mais* bem-estar para a sociedade brasileira cumpre respondermos rememorando diálogo entre personagens de Lewis Carroll.⁷²

70. Sobre a dupla função do princípio da *redução das desigualdades regionais e sociais*, v. item 100.

71. V. item 27.

72. *Alice's adventures in Wonderland. The annotated Alice*, editado por Martin Gardner, Penguin Books, Londres, 1970, p. 101.

"Take some more tea", The March Hare said to Alice, very earnestly.

'I've had nothing yet', Alice replied in an offended tone: 'so I can't take more'".

O princípio inscrito no art. 3º, III e parcialmente reafirmado no art. 170, IV prospera, assim — ainda que isso não seja compreensível para muitos — no sentido de, superadas as desuniformidades entre os flancos moderno e arcaico do capitalismo brasileiro, atualizá-lo. Aqui também atua como fundamento constitucional de reivindicação, da sociedade, pela realização de políticas públicas. Suas potencialidades transformadoras, por outro lado, são, no entanto, evidentes.

Como exemplo do "irrealismo antiprogressista" da Constituição de 1988, Diogo Figueiredo Moreira Neto ("O Estado e a economia na Constituição de 1988", in *Revista de Informação Legislativa*, n. 102, p. 17) aponta "o estímulo à ociosidade pela redução a seis horas de jornada máxima para turnos ininterruptos (art. 7º, XIV), pelo adicional de um terço no pagamento das férias (art. 7º, XVII), pela esdrúxula licença paternidade (art. 7º, XIX), pelo aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (art. 7º, XXI), e o desestímulo à competição e ao aprimoramento pessoal, pela proibição demagógica de distinção entre trabalhadores braçais e intelectuais (art. 7º, XXXII), por uma exagerada estabilidade no emprego (art. 7º, I) e pelo grevismo incentivado (art. 9º)"; o texto dispensa qualquer comentário. Um empresário (in *Folha de S. Paulo*, 17.12.88, p. A-3) afirma: "No Brasil, a bem da verdade, o 'Welfare State' nunca existiu (confundido por alguns com o paternalismo estatal) porque não foram satisfeitas as condições econômicas e políticas necessárias. Iniciativas isoladas e parciais foram tomadas por políticos populistas, como Getúlio Vargas, de cuja obra, em termos de 'Welfare State', temos a legislação trabalhista de cunho corporativista, inspirada em Salazar e Mussolini, que vigora até os nossos dias"; mas conclui: "Em poucas palavras: o modelo do 'Welfare State' vigente no Brasil e sistematizado na nova Constituição, é inviável do ponto de vista histórico, estrutural, econômico e político".

97. Aninhado no art. 8º do texto constitucional encontra-se o princípio da liberdade de associação profissional ou sindical — princípio constitucional impositivo (Canotilho).

Consubstanciando desdobramento da liberdade de associação,⁷³ a liberdade sindical, ao mesmo tempo em que viabiliza ao

73. Por isso mesmo a doutrina alemã inclui no bojo da Constituição Econômica o art. 9 (3) da Lei Fundamental da RFA, que garante a todas as pessoas e

trabalho organizar-se tendo em vista a articulação de suas reivindicações diante do capital organizado, atua, projetada em instituições (a instituição sindical), no sentido de relacionar os seus titulares com o mercado capitalista.⁷⁴

Anota Roberto Santos ("Sindicalismo e mudança social: problemas de reorganização do sindicato no Brasil", in *Sindicalismo*, coordenação de Aryon Sayão Romita, Editora LTr, São Paulo, 1986, p. 239): "Feitas as contas, o movimento sindical surgiu para quebrar o monopólio de poder do capital na regência das relações de produção, ao mesmo tempo em que articulava e organizava as aspirações coletivas por uma sociedade mais justa que as engendradas pelos regimes econômicos até então conhecidos".

Implicando liberdades diversas — liberdade de fundação de sindicato, liberdade de adesão sindical, liberdade de atuação e liberdade de filiação⁷⁵ — o traço que mais aproxima os sindicatos nos países subdesenvolvidos será, como observa Roberto Santos,⁷⁶ "a atuação em meio à pobreza, desigualdade e subemprego tão grandes, que ser assalariado ali, possuindo um emprego, constitui quase uma distinção social"; e conclui: "É evidente que, nessas condições, o trabalho sindical teria de ultrapassar a mera autodefesa dos assalariados, para formar na frente contra a pobreza".

Daí por que aos sindicatos cabe a defesa dos direitos e interesses coletivo e individuais da categoria, inclusive em questões judiciais e administrativas (art. 7º, III) e o art. 5º, LXX, "b" confere à organização sindical legitimidade processual para a impetração de mandado de segurança coletivo; além disso, é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho (art. 7º, VI).

98. O art. 9º da Constituição de 1988 abriga o princípio da garantia do direito de greve — princípio constitucional impositivo (Canotilho) também.

profissões o direito de constituir associações destinadas a defender e melhorar as condições econômicas e de trabalho.

74. Cf. Tarso Genro, "Aspectos sociais, políticos e econômicos" (do sindicalismo), in *Sindicalismo*, cit., p. 13.

75. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., 31ª ed., p. 301.

76. Ob. cit., pp. 241-242.

A greve é a arma mais eficaz de que dispõem os trabalhadores como meio para a obtenção de melhoria em suas condições de vida.⁷⁷ Consubstancia um *poder de fato*; por isso mesmo que, tal como positivado o princípio no texto constitucional, recebe concreção, imediata — sua auto-aplicabilidade é inquestionável — como direito fundamental de natureza instrumental.

Desse modo, como averba José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., 31ª ed., p. 304), “se insere no conceito de *garantia constitucional*, porque funciona como meio posto pela Constituição à disposição dos trabalhadores, não como um bem auferível em si, mas como um recurso de última instância para a concretização de seus direitos e interesses”.

A Constituição, tratando dos trabalhadores em geral, não prevê *regulamentação* do direito de greve: a eles compete decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dela defender. Por isso que não pode a lei restringi-lo, senão protegê-lo, sendo constitucionalmente admissíveis todos os tipos de greve: greves reivindicatórias, greves de solidariedade, greves políticas, greves de protesto.⁷⁸ Não obstante, os abusos no seu exercício, como, de resto, qualquer abuso de direito ou liberdade, sujeitam os responsáveis às penas da lei (§ 2º do art. 9º) — lei que, repito, não pode restringir o uso do direito.

A Constituição (§ 1º do art. 9º) apenas estabelece que lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

O art. 37, VII, consubstancia norma especial em relação ao caráter geral do preceito veiculado pelo art. 9º, estabelecendo, no que tange aos servidores públicos, que “o direito de greve será exercido nos termos e limites definidos em lei específica”. Isso se explica por duas razões.

Em primeiro lugar porque na relação estatutária do emprego público não se manifesta tensão entre trabalho e capital, tal como se realiza no campo da exploração da atividade econômica pelos

77. Claude-Albert Colliard, ob. cit., p. 721.

78. Cf. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., 31ª ed., p. 304.

particulares. Neste, o exercício do poder de fato, a greve, coloca em risco os interesses egoísticos do sujeito detentor de capital — indivíduo ou empresa — que, em face dela, suporta, em tese, potencial ou efetivamente redução de sua capacidade de acumulação de capital. Verifica-se, então, oposição direta entre os interesses dos trabalhadores e os interesses dos capitalistas. Como a greve pode conduzir à diminuição de ganhos do titular de capital, os trabalhadores podem, em tese, vir a obter, efetiva ou potencialmente, algumas vantagens mercê do seu exercício. O mesmo não se dá na relação estatutária, no âmbito da qual, em tese, aos interesses dos trabalhadores não correspondem, antagonicamente, interesses individuais, senão o interesse social. Vale dizer: a greve no serviço público não compromete, diretamente, interesses egoísticos, mas sim os interesses dos cidadãos que necessitam da prestação do serviço público. Por isso é relativamente tênue, por exemplo, enquanto poder de fato dotado de capacidade de reivindicação social, a greve exercida no setor do ensino público. Como a falta da utilidade social somente será sentida a tempo mais longo, as paralisações aí praticadas permanecem durante largos períodos de tempo, até que as reivindicações às quais estejam voltadas sejam atendidas, quando isso ocorra.

Em segundo lugar, a relação do emprego público é instrumental, direta ou indiretamente, da provisão de serviços públicos, cuja continuidade há de ser assegurada em benefício do todo social.

Daí o caráter especial — de norma especial — do art. 37, VII, em relação à norma geral extraída do art. 9º da Constituição do Brasil, cujo § 1º diz que “a lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da coletividade”.

Por isso entendo que a Lei n. 7.783, de 20.6.89, atinente à greve dos trabalhadores em geral, não se presta a regular o exercício do direito de greve pelos servidores públicos. Este reclama regulação peculiar, mesmo porque “serviços ou atividades essenciais” e “necessidades inadiáveis da coletividade” não se superpõem a “serviços públicos”, e vice-versa. Trata-se, aí, de atividades próprias do setor privado, de um lado — ainda que essenciais, voltadas ao atendimento de necessidades inadiáveis da coletividade — e de atividades próprias do Estado, de outro.

Vide, da jurisprudência do STF, o MI 712.

V. itens 36 a 38. O *lock-out* não é previsto pelo texto constitucional. Sua prática é adversa ao princípio da função social da propriedade (art. 170, III), justificando-se assim, quando se trate de propriedade cuja dinamização for indispensável à imediata prestação de serviço ou atividade de interesse social, a requisição dela — ou mesmo sua desapropriação — pelo Estado; considere-se, a propósito, o preceito inserido no art. 5º, XXV do texto constitucional.

99. A ordem econômica, como vimos, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme — diz o art. 170, *caput* — os ditames da justiça social. Na referência a ela, a consagração de princípio constitucionalmente conformador (Canotilho).

O princípio da justiça social, assim, conforma a concepção de existência digna cuja realização é o fim da ordem econômica e compõe um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III).

Justiça social é conceito cujo termo é indeterminado (note-se que “conceitos indeterminados”, não os há⁷⁹), contingencial. Do que seja justiça social temos a idéia, que fatalmente, no entanto, sofreria reduções — e ampliações — nesta e naquela consciência, quando enunciada em qualificações verbais. É que justiça social é expressão que, no contexto constitucional, não designa meramente uma espécie de justiça, porém um seu dado ideológico. O termo “social”, na expressão, como averbei em outra oportunidade,⁸⁰ não é adjetivo que qualifique uma forma ou modalidade de justiça, mas que nela se compõe como substantivo que a integra. Não há como fugir, assim, à necessidade de discernirmos sentido próprio na expressão, naturalmente distinto daquele que alcançamos mediante a adição dos sentidos, isolados, dos vocábulos que a compõem.

Justiça social, inicialmente, quer significar superação das injustiças na repartição, a nível pessoal, do produto econômico. Com

79. V. meu *Direito, conceitos e normas jurídicas*, cit., pp. 72 e ss.

80. *Elementos de Direito Econômico*, cit., p. 55.

o passar do tempo, contudo, passa a conotar cuidados, referidos à repartição do produto econômico, não apenas inspirados em razões micro, porém macroeconômicas: as correções na injustiça da repartição deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar exigência de qualquer política econômica capitalista.

Curiosamente, no entanto, porque envolvida em manto ético, a sua inserção no nível constitucional, como princípio — que já ocorria, inutilmente, desde a Constituição de 1946 —, não sofre contestação pública nem dos mais radicais adeptos do liberalismo. A Constituição de 1946 (art. 145) afirmava devesse a ordem econômica “ser organizada conforme os princípios da justiça social”; a Constituição de 1967 (art. 157) ter, a ordem econômica, “por fim realizar a justiça social”; a Emenda Constitucional n. 1/69 (art. 160), ter ela por fim “realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social”. Geraldo Vidigal (*Fundamentos do Direito Financeiro*, Ed. RT. São Paulo, 1973, pp. 211 e ss.), identificando justiça social e bem estar, a contrapunha ao desenvolvimento; para uma crítica dessa concepção, meu *Elementos de Direito Econômico*, cit., pp. 56-57.

A posição ocupada pelo princípio na Constituição de 1988, como determinante da concepção de existência digna — que a Emenda Constitucional n. 1/69 (art. 160, II) e a Constituição de 1967 (art. 157, II) faziam repousar apenas na valorização do trabalho humano e a Constituição de 1946 visualizava possibilitada na segurança do trabalho (“a todos é assegurado trabalho” — parágrafo único do art. 145) — lhe confere extremada relevância enquanto conformador, também, de todo exercício de atividade econômica.⁸¹

100. O primeiro dos princípios enunciados, entre aqueles a serem observados, de modo que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, realize o fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, é o da soberania nacional (art. 170, I). Trata-se, aí, de princípio constitucional impositivo (Canotilho), a cumprir dupla função, como instrumental e como objetivo específico a ser alcançado. É

81. V. item 85.

que a *soberania nacional* — assim como os demais princípios elencados nos incisos do art. 170 — consubstancia, concomitantemente, instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna e objetivo particular a ser alcançado. Neste segundo sentido, assume a feição de *diretriz* (Dworkin) — *norma-objetivo* — dotada de caráter *constitucional conformador*. Enquanto tal, justifica reivindicação pela realização de políticas públicas.

A Constituição cogita, aí, da *soberania econômica*, o que faz após ter afirmado, excessivamente — pois sem ela não há Estado —, a *soberania política*, no art. 1º, como fundamento da República Federativa do Brasil, e, no art. 4º, I, a *independência nacional* como princípio a reger suas relações internacionais.

A afirmação da *soberania nacional econômica* não supõe o isolamento econômico, mas antes, pelo contrário, a modernização da economia — e da sociedade — e a ruptura de nossa situação de dependência em relação às sociedades desenvolvidas.⁸²

Talvez um dos sintomas mais pronunciados dessa dependência se encontre, nos nossos dias, como anotei em outra oportunidade,⁸³ na dissociação entre a *tecnologia usada* e a *pobreza da tecnologia concebida ou concebível* pelas sociedades dependentes. No nosso caso, o processo de industrialização que nos legou um *capitalismo tardio* — ou seja, instalado em um momento em que, como observa João Manuel Cardoso de Mello,⁸⁴ “o capitalismo monopolista se torna dominante em escala mundial, isto é, em que a economia mundial capitalista já está constituída” — produziu, entre outras seqüelas, a da institucionalização de nossos agentes econômicos como meros intermediários entre produtores industriais estrangeiros e o mercado. Deles se fez agentes comerciais de repasse de tecnologia importada ao consumidor — cuida-se não de *produtores industriais*, mas de *fabricantes*. Os anos sessenta, com a consolidação das corporações multinacionais no mercado internacional, definiram, nitidamente, o nosso papel de consumidores de tecnologia externa.

82. V., no item 7, a alusão ao *capitalismo assistencial*.

83. “La réserve de marché, au Brésil, pour la production de biens informatiques”, in *Revue Internationale de Droit Économique*, 1989, 2, pp. 219-220.

84. *O capitalismo tardio*, 7ª ed., Ed. Brasiliense, São Paulo, 1988, p. 98.

Ao par disso, uma certa conotação ideológica conferida à concepção de “modernização” tende a perpetuar esse papel. Na medida em que se sustenta sobre a organização da empresa capitalista — e também sobre a organização do Estado-aparato — a “modernização” impõe a institucionalização de um agir econômico e administrativo orientado pela racionalidade voltada aos fins (*Zweckrationalität*).⁸⁵ No quadro ideológico da “modernização”, a racionalidade da divisão do trabalho leva naturalmente à condenação, como “irracional”, de toda e qualquer tendência à utilização de tecnologia local, pelas sociedades subdesenvolvidas, ou esforço para concebê-la. Nesse mesmo quadro, por outro lado, os conceitos de Estado e de Nação são apontados como obstáculos ao desenvolvimento, de modo que, sempre, a afirmação da busca de desenvolvimento tecnológico local é contestada sob o argumento de que “o nacionalismo é retrógrado”. O fato, de toda sorte, é que não apenas em tal quadro ideológico de “modernização”, mas também na práxis hegemônica por ele informada, ainda que possa, a engenharia local, diante de tecnologias primitivas participar do processo de sua concepção, finda por restar definitivamente alijada do processo produtivo quando a tecnologia é mais sofisticada.

Afirmar a *soberania econômica nacional* como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna e como objetivo particular a ser alcançado é definir programa de políticas públicas voltadas — repito — não ao isolamento econômico, mas a viabilizar a participação da sociedade brasileira, em condições de igualdade, no mercado internacional.

A importância do princípio, que encontra concreção já em regras contidas no próprio texto constitucional, das quais adiante tratarei,⁸⁶ é, por isso mesmo, extremada.

A propósito da indagação a respeito do que significa, atualmente, nos quadros da natureza singular do presente, ser *moderno*, podemos

85. Habermas, *Der philosophische Diskurs der Moderne*, Erste Auflage, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1988, p. 9 (há tradução italiana — *Il discorso filosofico della modernità*, trad. de Emilio Agazzi, 2ª ed., Editori Laterza, Roma, 1988, p. 2 — e tradução francesa — *Le discours philosophique de la modernité*, trad. de Christian Bouchindhomme e Rainer Rochlitz, Gallimard, Paris, 1988, p. 2).

86. V. itens 113 a 115.

tomar como objeto de análise, inicialmente, o tratamento normativo que os países desenvolvidos vêm dando à preferência conferida pelo Estado na aquisição de bens e serviços a empresas nacionais.

Refiro, inicialmente, o "American Technology Preeminence Act of 1991", de 14 de fevereiro de 1992, dos Estados Unidos da América do Norte, no qual encontramos os seguintes preceitos: "*Sec. 102. Statement of Policy.* Congress finds that in order to help United States industries to speed the development of new products and processes so as to maintain the economic competitiveness of the Nation, it is necessary to strengthen the programs and activities of the Department of Commerce's Technology Administration and National Institute of Standards and Technology"; "*Sec. 111. Buy-American Provisions.* (...) (c) *Buy-American Requirement* - (1) The Secretary is authorized to award to a domestic firm a contract for the purchase of goods that, under the use of competitive procedures, would be awarded to a foreign firm, if - (A) the final product of the domestic firm will be completely assembled in the United States; (B) when completely assembled, more than 50 percent of the final product of the domestic firm will be domestically produced; and (C) the difference between the bids submitted by the foreign and domestic firms is not more than 6 percent"; "*Sec 201. Emerging Technologies Research and Development.* (...) (b) *Findings and Purposes* - (1) The Congress finds that - (A) technological innovation and its profitable inclusion in commercial products are critical components of the ability of the United States to raise the living standards of Americans and to compete in world markets; (B) maintaining viable United States-based high technology industries is vital to both the national security and the economic well-being of the United States; (C) the Department of Commerce has reported that the United States is losing or losing badly, relative to Japan and Europe, in many important emerging technologies and risks losing much of the \$350,000,000,000 United States market and \$1,000,000,000,000 world market expected to develop by the year 2000 for products based on emerging technologies; (D) it is in the national interest for the Federal Government to encourage and, in selected cases, provide limited financial assistance to industry-led private sector efforts to increase research and development in economically critical areas of technology; (E) joint ventures are a particularly effective and appropriate way to pool resources to conduct research that no single company is likely to undertake but which will create new generic technologies that will benefit an entire industry and the welfare of the Nation; (F) it is vital that industry within the United States attain a leadership role and capability in development, design, and manufacturing in fields such as high-resolution information systems, advanced manufacturing, and advanced materials; and (G) the Advanced Technology Program, established under section 28 of the

National Institute of Standards and Technology Act (15 U.S.C. 278n), is the appropriate vehicle for the United States Government to provide limited assistance to joint development within the United States of new high technology capabilities in fields such as high-resolution information systems, advanced manufacturing technology, and advanced materials, and can help encourage United States industry to work together on problems of mutual concern. (2) The purposes of this section are - (A) to strengthen the Advanced Technology Program created under section 28 of the National Institute of Standards and Technology Act (15 U.S.C. 278n), and to provide improved guidelines for the allocation of Advanced Technology Program funds appropriated under the authorizations contained in section 105 of this Act; (B) to promote and assist in the development of advanced technologies and the generic application of such technologies to civilian products, processes, and services; (C) to improve the competitive position of United States industry by supporting industry-led research and development projects in areas of emerging technology which have substantial potential to advance the economic well-being and national security of the United States, such as high-resolution information systems, advanced manufacturing technology, and advanced materials; and (D) to support projects that range from idea exploration to prototype development and address long-term, high-risk areas of technological research, development, and application that are not otherwise being adequately developed by the private sector, but are likely to yield important benefits to the Nation. (...) (6) Section 28(d) of the National Institute of Standards and Technology Act (15 U.S.C. 278n(d)(7) is amended - (...) (C) by adding at the end the following new paragraphs: '(9) A company shall be eligible to receive financial assistance under this section only if - (A) the Secretary finds that the company's participation in the Program would be in the economic interest of the United States, as evidenced by investments in the United States in research, development, and manufacturing (including, for example, the manufacture of major components or subassemblies in the United States); significant contributions to employment in the United States; and agreement with respect to any technology arising from assistance provided under this section to promote the manufacture within the United States of products resulting from that technology (taking into account the goals of promoting the competitiveness of United States industry), and to procure parts and materials from competitive suppliers'.

Observo, de outra parte, que embora o item 1 do art. III do GATT estabeleça que os tributos internos de cada país signatário do tratado "should not be applied to imported or domestic products so as to afford protection to domestic production", define a letra "b" do item 8 deste mesmo art. III: "(b) The provisions of this Article shall not prevent the

payment of subsidies exclusively to domestic producers, including payments to domestic producers derived from the proceeds of internal taxes or charges applied consistently with the provisions of this Article and subsidies effected through governmental purchases of domestic products" (em vernáculo: "as disposições deste Artigo não impedem o pagamento de benefícios (*subsídios*) exclusivamente a produtores domésticos, inclusive os pagamentos a produtores domésticos com recursos oriundos da arrecadação de tributos e encargos aplicados de conformidade com as provisões deste Artigo e benefícios (*subsídios*) concedidos sob a forma de compra de produtos nacionais (*domésticos*) pelos poderes públicos").

Tudo isso autoriza a conclusão de que afirmar a *soberania econômica nacional* como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna e como objetivo particular a ser alcançado é definir políticas públicas voltadas à viabilização da participação da sociedade nacional, em condições de igualdade, no mercado internacional. Ao contrário do que se tem sustentado, pois, essa afirmação conduz não ao isolamento econômico, porém precisamente àquela viabilização.

Essa participação depende da possibilidade local de geração de tecnologia. Daí a razão de discriminações do tipo acima referido serem praticadas mesmo pelos Estados desenvolvidos, em defesa da economia nacional, em nome do princípio da sua *soberania*. Relembre-se, ainda nos Estados Unidos, o chamado "*caso Fujitsu*", noticiado pela revista *Fortune*, de 22.3.82, pp. 56 e ss. O governo norte-americano instaurou procedimento licitatório tendo por objeto a aquisição de quatrocentos e quatro milhas de fibras óticas para a ligação da rede telefônica entre Washington e Boston, a ser instalada pela American Telephone & Telegraph (AT&T). Embora a proposta da Fujitsu, empresa japonesa, fosse bem inferior à da concorrente americana, a Western Electric – seu preço era 33% superior àquele – o objeto da licitação foi atribuído a esta última, por razões, alegadas, de segurança nacional (*national-security*). Outra razão, no entanto, exposta por Bernie Wunder – Assistant Secretary of Commerce for Communications and Information – determinou essa decisão. Diz a revista *Fortune*, na p. 59: "In the meantime Bernie Wunder met privately with a group of executives from telecommunications-equipment companies. According to one, Wunder asked them, 'How do we open up the AT&T market without giving it away to the Japanese?' Wunder says his concern was to protect the 'infant' U.S. fiber-optics industry. John Morgan, a legislative-affairs specialist at the Communications Workers of America, lobbied the same Congressmen and bureaucrats, and more – among them Representative Timothy E. Wirth, chairman of the House subcommittee for telecommunications – arguing that jobs would be lost if the Japanese conquered the fiber-optics market".

A compreensão disso tudo nos permite alcançar o sentido da disposição inscrita no art. 219 da Constituição de 1988: "O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal".

De resto, ainda os seguintes fatos devem ser rememorados:

O *New York Times*, em edição de 8.5.84, noticiou o discurso do então chefe da CIA, William Casey, que considerou as associações das empresas japonesas de computadores Fujitsu e Hitachi com as americanas Amdahl e National, respectivamente, como prejudiciais à segurança nacional dos EUA, por configurarem verdadeiros "Cavalos de Tróia". O futuro acabou por confirmar sua preocupação, na crescente dependência daquelas empresas norte-americanas em relação às parceiras japonesas.

O Presidente Reagan, em 1983, sancionou lei que proibiu a importação de motocicletas de 800 c.c. para proteger a norte-americana Harley Davidson da concorrência dos fabricantes japoneses Honda, Suzuki, Yamaha e Kawasaki.

Depois, em maio de 1986, o Presidente dos EUA declarou que estava buscando Acordos de Restrição Voluntária – eufemismo a designar proibição de importações – sobre máquinas-ferramentas para atender a reclamação da Associação Nacional de Construtores de Máquinas-Ferramentas contra a agressividade dos produtores alemães, japoneses, suíços e de Taiwan.

Os Secretários de Defesa e de Comércio dos EUA vetaram a aquisição do controle da empresa Fairchild, fabricante de componentes microeletrônicos, pela japonesa Fujitsu, sob alegação de que isso afetaria a segurança nacional dos EUA. Na ocasião, o controle da Fairchild era da Schlumberger, uma empresa francesa. A discriminação do capital foi, portanto, pontual (contra japoneses). Não havia suporte legal a fundamentar o veto.

O Departamento de Comércio dos EUA, em outra ocasião, impediu que o Massachusetts Institute of Technology-MIT adquirisse um supercomputador da NEC japonesa, restando obrigado a adquiri-lo a um fabricante americano.

Para fazer face ao avassalador crescimento das empresas japonesas na produção de componentes semicondutores, o Governo americano aliou-se a treze empresas, entre as quais a IBM, visando ao desenvolvimento e produção de *chips*. Tal iniciativa, consubstanciada na constituição da Sematech, foi reivindicada pelo Centro de Tecnologia Política e Desenvolvimento, do MIT, no sentido de proteger os grandes grupos industriais norte-americanos face ao iminente domínio japonês do mercado mundial de semicondutores.

O protecionismo norte-americano aparece bem marcado no "Buy American Act", de 1933, sucessivamente atualizado. O "Manufacturing Act", de 1984, visando a alavancar a indústria livreira norte-americana, vedava a entrada, no território norte-americano, de livros impressos, em inglês, no exterior.

O "Omnibus Trade Bill", de 1988, ampliou os poderes do Presidente dos EUA, autorizando-o a investigar, sob a ótica de segurança nacional, as associações e aquisições de empresas americanas (o que já vinha sendo praticado à margem da lei) e, ainda, a restringir os investimentos estrangeiros.

A Presidente do Conselho de Assessoria Econômica do Presidente Bill Clinton, no livro *Who's bashing whom? Trade Conflict in High Technology Industries*, editado em 1992, recomenda providências de caráter defensivo visando à proteção de indústrias que estejam sendo prejudicadas por práticas de concorrentes estrangeiros, atitude que refere como de *cautious activism*. O discurso de livre comércio apregoado pelos americanos, segundo ela, não mais se aplica aos setores de alta tecnologia.

Os países da UE adotam, para alguns setores, normas que prevêm em o tratamento discriminatório contra fornecedores de países que não tenham estabelecido acordos com a União Européia, assegurando o acesso recíproco às compras do setor público.

No Japão, a reserva de mercado é praticada de forma intensa, mencionando-se a da indústria automobilística, em 1936, as das áreas de mecânica e eletroeletrônica, a partir dos anos 50, a dos semicondutores, na década de 70, até a relativa ao arroz, na década de 90 do século passado. Além disso, o Governo participa, intensamente, na alavancagem das indústrias tidas como importantes para o interesse nacional.

101. Os incisos II e III do art. 170 enunciam como princípios da ordem econômica, respectivamente, a *propriedade privada* e a *função social da propriedade*, que examinarei conjuntamente. Cuida-se de *princípios constitucionais impositivos* (Canotilho), afetados porém pela dupla função a que anteriormente referi.⁸⁷ Os princípios, pois, consubstanciam também *diretrizes* (Dworkin) — *normas-objetivo* — dotadas de caráter *constitucional conformador*. Justifica-se, aí também, a reivindicação pela realização de políticas públicas.

87. V. item 100.

O primeiro ponto a salientar, no tratamento da matéria, respeita ao fato de que, embora isso passe despercebido da generalidade dos que cogitam da *função social da propriedade*, é seu pressuposto necessário a *propriedade privada*. Embora se possa referir da função social das empresas estatais, *v.g.* — quais as *funções sociais* por elas cumpridas como prestadoras de serviço público e como exploradores de atividade econômica em sentido estrito?⁸⁸ —, a idéia da *função social* como vínculo que atribui à propriedade conteúdo específico, de sorte a moldar-lhe um novo conceito, só tem sentido e razão de ser quando referida à *propriedade privada*. A alusão à função social da *propriedade estatal* qualitativamente nada inova, visto ser ela dinamizada no exercício de uma *função pública*. E a referência à função social da *propriedade coletiva*, como vínculo a tangê-la, consubstanciaria um pleonasma. Não obstante, embora a afirmação da *função social da propriedade* compreenda, prévia — porém não declarada, explicitamente — afirmação da *propriedade privada*, umas tantas vezes a primeira afirmação foi e permanece sendo, tida como "revolucionária".

O segundo ponto a prontamente salientar está relacionado à circunstância de a Constituição de 1988, no Capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, art. 5º, XXII e XXIII, sucessivamente ter prescrito que "*é garantido o direito de propriedade*" e "*a propriedade atenderá a sua função social*". Neste art. 5º, no entanto — note-se —, a propriedade é tratada como *direito individual*. Aqui se impõe, portanto, uma precisão.

A fim de alcançar esta precisão, parto do exame dos seguintes preceitos colhidos em Constituições socialistas:

a) "El Estado protege el derecho de propiedad de los ciudadanos sobre sus ingresos legítimos, ahorros, casas de vivienda y otros bienes legítimos. El Estado protege, de acuerdo con las estipulaciones de la ley, el derecho de los ciudadanos a heredar los bienes privados" — art. 13 da Constituição da República Popular da China, de 4 de dezembro de 1982;⁸⁹

b) "Se garantiza la propiedad personal sobre los ingresos y ahorros procedentes del trabajo propio, sobre la vivienda que se

88. V. item 39.

89. *Constituição do Brasil e Constituições Estrangeiras*, v. I, Senado Federal, Brasília, 1987, p. 291.

posea con justo título de dominio y los demás bienes y objetos que sirven para la satisfacción de las necesidades materiales y culturales de la persona. Asimismo, se garantiza la propiedad sobre medios e instrumentos de trabajo personal o familiar que no se emplean para explotar el trabajo ajeno"; "El Estado reconoce la propiedad de los agricultores pequeños sobre sus tierras y otros medios e instrumentos de producción, conforme a lo que establece la ley" — arts. 22 e 20 da Constituição da República de Cuba, de 15 de fevereiro de 1976;⁹⁰

c) "A base da propriedade pessoal dos cidadãos da URSS são as receitas provenientes do trabalho. Podem ser propriedade pessoal, objetos usuais, de consumo e comodidade pessoais e da economia doméstica auxiliar, a casa de habitação e as economias precedentes do trabalho. A propriedade pessoal dos cidadãos e o direito de herdá-las são protegidos pelo Estado" — art. 13 da Constituição da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, de 7 de outubro de 1977;⁹¹

d) "Están garantizados la propiedad personal de los ciudadanos y el derecho de herencia. La propiedad personal sirve a la satisfacción de las necesidades materiales y culturales de los ciudadanos. Los derechos de autor y de inventor están protegidos por el Estado socialista. El uso de la propiedad y de los derechos de autor y de inventor no debe estar en contradicción con los intereses de la sociedad" — art. 11 da Constituição da República Democrática da Alemanha, de 6 de abril de 1968, com as alterações de 7 de outubro de 1974;⁹²

e) "A República Popular da Hungria reconhece e protege a propriedade pessoal"; "A Constituição garante os direitos sucessórios" — arts. 11 e 13 da Constituição da República Popular da Hungria (Lei XX de 1949, com as modificações sancionadas pela Lei I de 1972 e pela Lei I de 1975);⁹³

f) "La Republica Popular de Polonia reconoce la propiedad individual y el derecho de heredar tierras y otros medios de producción pertenecientes a campesinos, artesanos y trabajadores caseros y protege estos derechos de acuerdo con las leyes vigentes";

90. Idem, p. 329.

91. Idem, v. II, p. 927.

92. *Constituições Estrangeiras*, v. I, Senado Federal, Brasília, 1987, pp. 16-17.

93. Idem, p. 84.

"La República Popular de Polonia garantiza plenamente la protección de la propiedad personal de los ciudadanos y el derecho a heredarla" — arts. 17 e 18 da Constituição da República Popular da Polônia, de 22 de julho de 1952;⁹⁴

g) "A propriedade individual dos cidadãos sobre os bens de consumo, particularmente sobre os objetos de uso pessoal e doméstico, casas de família e poupanças adquiridas pelo trabalho, é inviolável. O direito à herança da propriedade individual é garantido" — art. 10 da Constituição da República Socialista da Tchecoslováquia, de 11 de julho de 1960.⁹⁵

Dispensamo-me de prosseguir transcrevendo preceitos enunciados, na mesma linha, por Constituições socialistas, que muito haveria ainda a mencionar.⁹⁶

O que se impõe salientar é a distinção que aparta a propriedade dotada de *função social* da propriedade dotada de *função individual*.

102. A propriedade — observa Fábio Konder Comparato⁹⁷ — "sempre foi justificada como modo de proteger o indivíduo e sua família contra as necessidades materiais, ou seja, como forma de prover à sua subsistência. Acontece que na civilização contemporânea, a propriedade privada deixa de ser o único, senão o melhor meio de garantia da subsistência individual ou familiar. Em seu lugar aparecem, sempre mais, a garantia de emprego e salário justo e as prestações sociais devidas ou garantidas pelo

94. Idem, p. 111.

95. Idem, p. 168.

96. V.g., arts. 21 e 27 da Constituição da República Popular da Bulgária, de 16.5.71 (*Constituições Estrangeiras*, cit., pp. 59 e 60); arts. 11, 12, 36 e 37 da Constituição da República Socialista da Romênia, de 18 de março de 1975 (idem, pp. 138 e 142); arts. 44, 103 e 108 da Constituição da Nicarágua, de 19 de novembro de 1986 (*Constituições Estrangeiras*, v. II, Senado Federal, Brasília, 1987, pp. 73, 83 e 84); art. 10 da Lei Constitucional da República Popular de Angola, de 10 de novembro de 1975, revista e alterada em 11 de agosto de 1980 (*Constituições Estrangeiras*, v. 3, Senado Federal, Brasília, 1987, p. 11); arts. 11 e 13 da Constituição da República de Cabo Verde, de 5 de setembro de 1980, revista em 12 de fevereiro de 1981 (idem, pp. 46 e 47); arts. 12 e 13 da Constituição da República Popular de Moçambique, de 20 de junho de 1975, com as alterações aprovadas em 13 de agosto de 1978 (idem, p. 90).

97. "Função social da propriedade dos bens de produção", in *RDM* 63/73.

Estado, como a previdência contra os riscos sociais, a educação e a formação profissional, a habitação, o transporte, e o lazer”.

Aí, enquanto instrumento a garantir a subsistência individual e familiar — a dignidade da pessoa humana, pois — a propriedade consiste em um *direito individual* e, iniludivelmente, cumpre *função individual*. Como tal é garantida pela generalidade das Constituições de nosso tempo, capitalistas e, como vimos, socialistas. A essa propriedade não é imputável *função social*; apenas os abusos cometidos no seu exercício encontram limitação, adequada, nas disposições que implementam o chamado *poder de polícia*⁹⁸ estatal.

Aqui se cogita, portanto, de *uma* propriedade distinta daquela(s) outra(s) afetada(s), em sua(s) raiz(es), pela *função social*. Daí porque a afirmação da sua função social, no art. 5º, XXIII, não se justifica.⁹⁹ Note-se inclusive que a desapropriação por *utilidade pública*, explicitada no inciso XXIV deste mesmo art. 5º, é distinta da desapropriação por *interesse social*, aí também consignada e, mais ainda, no § 4º, III do art. 182 e no art. 184 da Constituição. Por se tratar de propriedade com *função individual*, aliás, é que o art. 185, I define como insuscetível de desapropriação para fins de reforma agrária (mas não por razões de utilidade pública ou por outro motivo de interesse social) a pequena e a média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra.

Definida tal precisão, devo ainda deitar atenção a outras distinções fundamentais, que se impõe considerar a fim de que a análise do tema da *função social da propriedade* possa livremente fluir.

103. A *propriedade*, afirmada pelo texto constitucional, reiteradamente, no art. 5º, no inciso XXII do art. 5º e no art. 170, III, não constitui um instituto jurídico, porém um conjunto de institutos jurídicos relacionados a distintos tipos de bens.¹⁰⁰

98. V. item 104.

99. Por isso — porque se cogita, no caso, de direitos individuais — é que não incluo no bojo da ordem econômica (mundo do dever ser), tal como a considero, tanto esses preceitos (incisos XXII e XXIII), quanto os enunciados nos incisos XIII, XVII, XXVII, XXVIII, XXIX e XXX do art. 5º. De resto, cuida-se aí de *regras* e não de *princípios* (v. Capítulo 4).

100. V. meus *Elementos de Direito Econômico*, cit., pp. 113 e 123-124, e *Direito Urbano*, cit., p. 64.

A propriedade não constitui uma instituição única, mas o conjunto de várias instituições, relacionadas a diversos tipos de bens. Não podemos manter a ilusão de que à unicidade do termo — aplicado à referência a situações diversas — corresponde a real unidade de um compacto e íntegro instituto. A propriedade, em verdade, examinada em seus distintos perfis — subjetivo, objetivo, estático e dinâmico — compreende um conjunto de vários institutos. Temo-la, assim, em inúmeras formas, subjetivas e objetivas, conteúdos normativos diversos sendo desenhados para aplicação a cada uma delas, o que importa no reconhecimento, pelo direito positivo, da *multiplicidade da propriedade*.

Assim, cumpre distinguirmos, entre si, a propriedade de valores mobiliários, a propriedade literária e artística, a propriedade industrial, a propriedade do solo, v.g. Nesta última, ainda, a propriedade do solo rural, do solo urbano e do subsolo.¹⁰¹

Uma segunda distinção, ademais, há de ser procedida, entre propriedade de bens de consumo e propriedade de bens de produção. Como lembrei em outra ocasião,¹⁰² é de Giovanni Cocco¹⁰³ a observação de que a moderna legislação econômica considera a disciplina da propriedade como elemento que se insere no processo produtivo, ao qual converge um feixe de outros interesses que concorrem com aqueles do proprietário e, de modo diverso, o condicionam e por ele são condicionados. Esse novo tratamento normativo respeita unicamente aos bens de produção, dado que o ciclo da propriedade dos bens de consumo se esgota na sua própria fruição. Apenas em relação aos bens de produção se pode colocar o problema do conflito entre propriedade e trabalho e do binômio propriedade-empresa. Esse novo direito — nova legislação — implica prospecção de uma nova fase (um aspecto, um perfil) do direito de propriedade, diversa e distinta da tradicional: a *fase dinâmica*.

Aí, incidindo pronunciadamente sobre a propriedade dos bens de produção, é que se realiza a *função social da propriedade*. Por isso se expressa, em regra, já que os bens de produção são

101. Tome-se, na Constituição de 1988, o art. 182 e parágrafos (solo urbano), os arts. 184 a 186 (solo rural), o art. 176 (subsolo).

102. *Elementos de Direito Econômico*, cit., pp. 123-124.

103. *Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà*, Giuffrè, Milão, 1965, pp. 224-225.

postos em dinamismo, no capitalismo, em regime de empresa, como *função social da empresa*.¹⁰⁴ Por isso, também, é que — como enfatiza Fábio Konder Comparato¹⁰⁵ — já não é ela um poder-dever do proprietário, mas do controlador.

A função social da empresa — que suponho já estivesse embriõariamente postulada na contribuição de Courcelle-Seneuil, na afirmação da função social do comerciante, do proprietário e do capitalista — aparece indiretamente no art. 42 da Constituição Italiana: “É livre a iniciativa econômica privada. Não pode, todavia, desenvolver-se em contraste com a utilidade social ou de modo a causar dano à segurança, à liberdade, à dignidade humana. A lei determina os programas e os meios de fiscalização destinados à direção e coordenação da atividade econômica, pública e privada, para fins sociais”. Nele resulta consagrada, em sua integralidade — o segundo inciso da disposição autorizando a imposição de limites negativos e o terceiro a imposição de limites positivos à iniciativa econômica — a função social da iniciativa econômica, portanto a função social da empresa. O princípio está também consagrado no direito positivo brasileiro. O art. 154 e o parágrafo único do art. 116 da Lei 6.404/76 referem, de modo expresso, respectivamente, a função social da empresa e a função social da companhia. O princípio da função social da propriedade ganha substancialidade precisamente quando aplicado à propriedade dos bens de produção, ou seja, na disciplina jurídica da propriedade de tais bens, implementada sob compromisso com a sua destinação. A propriedade sobre a qual os efeitos do princípio são refletidos com maior grau de intensidade é justamente a propriedade, em dinamismo, dos bens de produção. Na verdade, ao nos referirmos à função social dos bens de produção em dinamismo, estamos a aludir à *função social da empresa*.

As limitações, negativas e positivas, aplicáveis ao dinamismo da propriedade, expressam técnicas de Direito Econômico (proibição de estocagem, controle de preços, direcionamento da produção, *v.g.*). Em verdade, grande parte do conteúdo dele é nutrido por projeções específicas daquele princípio — ainda que tais projeções no seu âmbito se dilatam e findem por extrapolar os bens de produção. A propósito, note-se que, nele, regimes jurídicos diversos são contrapostos a distintas situações envolvendo bens de consumo; e mesmo os bens de consumo, enquanto acervo em mãos do produtor ou de quem os comercialize, recebem o impacto de normas de Direito Econômico — considere-se,

104. V. o art. 154 e o parágrafo único do art. 116 da Lei das Sociedades por Ações (Lei n. 6.404/76).

105. “Função social da propriedade dos bens de produção”, *cit.*, p. 77.

v.g., a ordenação jurídica das matérias de abastecimento. O horizonte de concreção do princípio, ademais, é extremamente amplo, albergando hipóteses de contrações coativas e incidindo, por vezes, sobre o próprio resultado da atividade empresarial — lembre-se o exemplo referido por Daniel Moore Merino (*Derecho Económico*, p. 92), a respeito da utilização de divisas obtidas no comércio exterior: tratava-se da aquisição, por comerciantes chilenos, de moeda estrangeira ao Condecor, para a importação de gado argentino; esses comerciantes, todavia, realizaram distinta operação, entendendo-se então que as dívidas adquiridas tinham duplo valor: um valor civil — equivalente ao valor das divisas em moeda chilena, de propriedade dos adquirentes — e um valor diverso, como instrumento de troca internacional, pertencente ao Estado.

Não se resume, no entanto, a *função social* de que cogitamos, a incidir pronunciadamente sobre os bens de produção, afetando também a propriedade que excede o quanto caracterizável como propriedade tangida por *função individual*. Entenda-se como excedente desse padrão especialmente a propriedade detida para fins de especulação ou acumulada sem destinação ao uso a que se destina.

Posso assim, sopesando as ponderações que venho desenvolvendo, concluir que fundamentos distintos justificam a *propriedade dotada de função individual* e *propriedade dotada de função social*.

Encontra justificção, a primeira, na garantia, que se reclama, de que possa o indivíduo prover a sua subsistência e de sua família; daí por que concorre para essa justificção a sua origem, acatada quando a ordem jurídica assegura o direito de herança.¹⁰⁶

Já a propriedade dotada de *função social*, é justificada pelos seus *fins*, seus *serviços*, sua *função*.

104. Devo prosseguir, em minha exposição, buscando explicitar a idéia de função social como *função social ativa*, já então pretendendo não apenas criar condições que permitam o alinhamento de algumas observações conclusivas a propósito dos princípios, mas também defender-me de eventual acusação de tautologia,

106. V. os enunciados dos preceitos constitucionais transcritos no item 101, letras “a”, “c”, “d”, “e”, “f” e “g”.

que teria sido praticada no enunciado da última frase do item anterior.

Lodovico Barassi (*Proprietà e Comproprietà*, p. 281 e ss.), analisando a Constituição italiana sustenta que a função social transforma a propriedade em um verdadeiro *direito-dever*, devendo ser entendida como *função social impulsiva*. Perlingieri (*Introduzione alla problematica della "proprietà"*, p.45.), por outro lado, desde a consideração do disposto no art. 44 da Constituição Italiana, tem que o proprietário, em determinados casos, é obrigado a empreender certas atividades produtivas quanto aos bens de sua propriedade. Daí a figura do *proprietário-empresendedor*, do proprietário que tem a obrigação juridicamente relevante de utilizar, do ponto de vista econômico, a sua propriedade. Em linha análoga, Geraldo Vidigal (*Teoria do Direito Econômico*, cit., p. 27) afirma que a propriedade dos bens de produção, compreendida como função social, representa *um poder-dever de organizar, explorar e dispor*. Estão esses autores a reportar-se precisamente à *fase dinâmica* da propriedade, especificamente à propriedade dos bens de produção. É nesse nível que o princípio da função social da propriedade fluentemente realiza a imposição de comportamentos positivos ao titular da propriedade. E nesse nível, dinâmico, desponta a propriedade dos bens de produção, nitidamente, como propriedade em regime jurídico de empresa. Isso não significa, de toda sorte, que o princípio da função social da propriedade apenas se realiza, em concreção, de modo ativo, quando aplicado à propriedade empresarial. A referência a tão-somente algumas hipóteses será suficiente para demonstrá-lo. Tomem-se os arts. 18 e 20 do Estatuto da Terra – Lei 4.504/64 – que definem terem por fim, as desapropriações por interesse social, “condicionar o uso da terra a sua função social” e “obrigar a exploração racional da terra”, bem assim que tais desapropriações recairão, entre outras, sobre “as áreas cujos proprietários desenvolverem atividades predatórias, recusando-se a pôr em prática normas de conservação dos recursos naturais” e “as terras cujo uso atual estudos levados a efeito pelo Instituto Brasileiro de Reforma Agrária comprovem não ser o adequado à sua vocação de uso econômico”. Da Lei 6.766/79, mencione-se o art. 23, § 1º, que permite ao Município e ao Estado se oporem ao cancelamento de um loteamento aprovado, desde que ocorra “inconveniente comprovado para o desenvolvimento urbano”. O que importa salientar é o fato de que, no sistema capitalista, o regime jurídico da empresa está estritamente vinculado ao regime jurídico da propriedade dos bens de produção – ao tempo em que o regime jurídico da iniciativa econômica está estritamente vinculado ao regime jurídico da empresa. A propriedade dos bens de produção é, basicamente, propriedade em regime de empresa (cf., Giovanni Coco, ob. cit., pp. 74-75 e 235-236). A propriedade em regime de empresa é discernida a partir da consideração da

propriedade dinâmica, que não tem por objeto a *fruição* do seu titular – mero direito subjetivo – mas a *produção de outros bens* – função.

Neste ponto da exposição aparecem perfeitamente jungidas as idéias de propriedade, empresa e iniciativa econômica. Isso é fundamental, pois justamente na superposição destas idéias é que se vai encontrar campo fértil à colocação da noção de função social ativa. Note-se que Perlingieri (ob. cit., pp. 44-45), ao enunciar a tese do proprietário-empresendedor, está a refletir, precisamente, sobre a empresa, significativamente afixando (p. 51) que a teoria da propriedade não pode ser construída independentemente da teoria da iniciativa econômica. Se o direito de propriedade – enquanto direito subjetivo – como é exato, respeita à estática das relações jurídicas e a iniciativa econômica e sua dinâmica (Mario Nuzzo, “Proprietà e impresa nella Costituzione”, in *Proprietà privata e funzione sociale*, p. 36), teremos que a ordenação da iniciativa econômica em regime de empresa é precisamente expressão da projeção dinâmica – juridicamente regulada – da propriedade.

É que se impõe deixarmos bem vincada a circunstância de que cuidamos de uma *função*, ou seja, de um *poder-dever* (*dever-poder*)¹⁰⁷ que, como explicita Carlos Ari Sundfeld,¹⁰⁸ traz “ao Direito Privado algo até então tido por exclusivo do Direito Público: o condicionamento do poder a uma finalidade”.

Note-se que a afetação da empresa por sua função social (Lei n. 4.404/76, art. 154 e parágrafo único do art. 116) impõe ao estudioso do Direito Societário o domínio de noções nutridas no seio do Direito Administrativo, quais as de abuso e desvio de poder. Isso, de resto, além do necessário conhecimento do fenômeno do poder (Fábio Konder Comparato, *O poder de controle na sociedade anônima*, cit.).

A esse respeito detive-me, em oportunidades anteriores,¹⁰⁹ pensando ter demonstrado então, suficiente e adequadamente, a compatibilidade entre *direito subjetivo* e *função*.¹¹⁰

107. V. meu *Direito, Conceitos e normas jurídicas*, cit., pp. 108, 179, 185-186 e 239, e Fábio Konder Comparato, “Função social da propriedade dos bens de produção”, cit., p. 75.

108. “Função social da propriedade”, in *Temas de Direito Urbanístico 1*, coordenação de Adilson Abreu Dallari e Lucia Valle Figueiredo, Ed. RT, São Paulo, 1987, p. 21.

109. *Elementos de Direito Econômico*, cit., pp. 124-129, e *Direito Urbano*, cit., pp. 68-70.

110. *Elementos de Direito Econômico*, cit., pp. 117-123. V. Pietro Barcellona, ob. cit., pp. 179 e ss.

Como conceber, concomitantemente, a idéia da *propriedade* como direito subjetivo e como função social? Esse problema inexistia para Leon Duguit (*Las transformaciones del Derecho Público y Privado*, trad. de Adolfo G. Posada, Ramon Jaén e Carlos G. Posada, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1975, pp. 177-178), pois para ele inexistiria o direito subjetivo: tratar-se-ia de uma noção metafísica, e, ademais, falar de direitos anteriores à sociedade é falar de nada. Além de Duguit, outros autores também negam sua existência. Em realidade, a própria palavra "direito" carece de referência semântica e não se utiliza – como adverte Karl Olivecrona (*Law as a fact*, 2ª ed., Londres, Stevens & Soons, 1971, p. 183) – para designar objeto algum. A noção de *direito subjetivo*, que surge no seio do Direito Natural, soçobra no clima do positivismo jurídico. E as teorias a partir deste último erguidas, para justificar sua existência, ou não resistem a críticas mais incisivas – seja a do poder da vontade, seja a do interesse juridicamente protegido, seja ainda a do direito como reverso de um dever –, ou findam por indiretamente negá-la – seja a teoria da declaração, seja a da representação (v. Karl Olivecrona, ob. cit., pp. 135-185). Com efeito, a noção de *direito subjetivo* – que vai encontrar sua mais remota origem na vontade do indivíduo, senhor dela – não pode conviver pacificamente com o juspositivismo, que considera o Direito como produto da vontade do soberano ou do Estado. A incompatibilidade de fundo entre as duas posturas é marcante, visto que o conceito de *direito subjetivo* não pode ser apartado de suas raízes jusnaturalistas. Não obstante, entre os autores que adotam posição contrária a esta, alguns se insurgem contra a concepção da *função social*, entendendo-a como fórmula ambígua, na qual se exprime a contradição dogmática de inserir no conceito de *direito subjetivo* o de *função*, que supõe, precisamente, obrigações e ônus (v. Orlando Gomes, *Direito Econômico*, col. Antunes Varella, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 243). Se o direito subjetivo é uma *faculdade*, como compatibilizá-la com a idéia da *função*? Ocorre que o *direito subjetivo* não é *facultas agendi*, mas a *permissão jurídica* para o uso da *facultas agendi*. *Direito subjetivo*, na expressão de Goffredo Telles Júnior (ob. cit., pp. 395-398), é a *permissão* para o uso de faculdades humanas – que estão no homem, não no Direito – quando concedida por *normas jurídicas*. O *direito subjetivo* não é a *faculdade*. Ser titular de um direito subjetivo é estar autorizado pelo ordenamento jurídico a praticar ou a não praticar um ato – isto é, a transformar em ato a potência, ou seja, a aptidão para a prática de tal ato. A transformação da faculdade em ato, quando juridicamente autorizada – e aí o direito subjetivo –, deve ser exercida dentro dos limites da autorização. Daí parecer-me equívoca a afirmação de tal contradição dogmática. O Direito pode, coerentemente, introduzir como elementos integrantes da autorização a alguém para o exercício de uma faculdade inúmeros requisitos, inclusive criando obrigações e ônus para o titular do direito subjetivo. Examinemos a ques-

tão, todavia, desde outro ângulo, a partir do conceito de *função*. Vamos encontrá-lo em Santi Romano (*Principii di Diritto Costituzionale generale*, 2ª ed., Milão, Giuffrè, 1947, p. 111; há tradução, de Maria Helena Diniz, editada pela Ed. RT, São Paulo, 1977, de cujo texto – p. 145 – lancei mão): "As funções (*officia, munera*) são os poderes que se exercem não por interesse próprio, ou exclusivamente próprio, mas por interesse de outrem ou por um interesse objetivo. Deles se encontram exemplos mesmo no direito privado (o pátrio poder, o ofício do executor testamentário, do tutor etc.), mas no direito público sua figura é predominante. Com efeito, os interesses objetivos tutelados pelo Estado e os que nele se personificam são também interesses da coletividade considerada no seu conjunto e prescindindo de cada um dos que a compõem: os poderes do Estado são, em regra, funções. E os demais poderes do direito público, mesmo quando não são funções, no fundo têm caráter público, porque direta ou indiretamente não se encontram e dele são acessórios e subordinados". A função é um poder que não se exercita exclusivamente no interesse do seu titular, mas também no de terceiros, dentro de um clima de *prudente arbitrio*. Assim, por exemplo, com relação ao direito subjetivo ao exercício do *pátrio poder*, que – tal qual o relacionado à execução do *ofício de testamenteiro* e à *tutela* – consubstancia, concomitantemente, uma função. O regime jurídico da propriedade é definido pelo direito objetivo. A permissão ou autorização jurídica para o uso da faculdade relacionada à propriedade – da aptidão à propriedade – pode ou não ser definida, juridicamente, como função. Se tal ocorrer, o direito subjetivo em causa é, concomitantemente, função, sem que isso consubstancie uma contradição dogmática. De resto, a fim de que possamos mais fluentemente compreender a idéia de propriedade-função social, cumpre observar ainda que não é a coisa objeto da propriedade que tem a função, mas sim o titular da propriedade. Em outros termos, quem cumpre ou deve cumprir a função social é o proprietário da coisa.

A coerência entre direito subjetivo e função social da propriedade pode ser demonstrada ainda a partir de duas vertentes. Tomada uma primeira vertente, a compatibilização entre *direito subjetivo* e *função* é desenvolvida a partir da análise da evolução da realidade jurídica, do liberalismo até os nossos dias. Desde esse ponto de vista, há a integração da função social aos modernos conceitos de *propriedade*, que se consuma na conciliação do individual e do social. Daí uma alteração na própria estrutura da propriedade. Expressão das modernas tendências que caracterizam o tratamento conferido pelo Direito à realidade social, as modernas concepções de *propriedade* são aplicadas à preservação de uma situação de equilíbrio entre o individual e o social (v. Federico Spantigati, *Manual de Derecho Urbanístico*, trad. de Traduciones Diorki, Madri, Editorial Montecucervo, 1973, p. 291). Por isso que, tendo em vista sua integração como elemento inerente às estruturas dos direitos

de propriedade (v. Anna de Vita, *La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea*, Milão, Giuffrè, 1969, p. 195), a introdução do conceito de *função social* no sistema que reconhece e garante a propriedade implica a superação da contraposição entre *público* e *privado* – isto é, a evolução da propriedade em sentido social implica uma verdadeira metamorfose qualitativa do direito na sua realização concreta, destinada à satisfação de exigências de caráter social. A propriedade passa, então, a ser vista desde uma visão prospectiva comunitária, e não mais sob uma visão individualista (cf. Giovanni Quadri, *Diritto Pubblico dell'Economia*, Nápoles, SEN, 1977, p. 68). Surgem verdadeiras *propriedades-função social*, e não simplesmente *propriedades*. A propriedade continua a ser um direito subjetivo, porém com uma função social. Não consubstancia mais um direito subjetivo justificado exclusivamente pela sua origem, mas que remanesce na medida em que entendemos que seu fundamento é inseparável da consideração do seu uso. Trata-se, então, de um direito subjetivo com uma função necessariamente social.

Uma segunda vertente desde a qual se demonstra a compatibilização entre direito subjetivo e função é estruturada sobre a distinção entre os momentos *estático* e *dinâmico* da propriedade. No primeiro momento, examinada estaticamente, como expressão da situação jurídica do proprietário, a propriedade é *direito subjetivo*. No segundo, porém, quando vista e regulada em seu dinamismo, a propriedade é *função*. A propriedade é direito (*poder*) em termos de *pertinência* – expressão de Comparato (*O poder de controle na sociedade anônima*, cit., 1ª ed., p. 102) – ou de *pertença* – expressão de Vicente Ráo (*O Direito e a Vida dos Direitos*, 2ª v., pp. 31 e ss). Trata-se, aqui, do direito, que acode ao titular da coisa, de mantê-la a salvo de qualquer pretensão alheia. Além do direito (*poder*), porém, fundado na relação de pertinência, que respeita ao momento estático da propriedade, há que considerar seu momento dinâmico, de utilização. Assim, é ela função (*dever*) – isto é, é instrumento de uma função – quando vista e entendida como *atividade*. Ao pensarmos a propriedade em regime de empresa, a divisamos – enquanto regulada dinamicamente, sob o enfoque *macrojurídico* – como função. O Direito é teleológico – como demonstrou Ihering –, e todo direito subjetivo estruturado pela norma é a objetivação da função própria à atividade definida pela própria norma (v. Pierandrea Mazzoni, *La proprietà-procedimento*, Milão, Giuffrè, 1975, p. 529). O exercício da propriedade – considerada no seu momento dinâmico – é, pois, *função*. Não se trata de tentar substituir a idéia de *poder*, que repousa, no caso, no direito subjetivo, por uma idéia de *dever*, que está na função; trata-se, simplesmente, de compreender que a propriedade deve ser examinada em *dois momentos distintos*: um, o momento estático, quando ela é regulada em termos de *pertença* ou *pertinência* – e aí é faculdade que se pode transmutar em ato em decorrência de permissão jurídica, é

poder; outro, o momento dinâmico, em que regulada em razão do fim a que socialmente se destina.

Note-se, neste ponto, que não há grandes dificuldades para a compreensão do conúbio entre *poder* e *dever* – isto é, entre *direito* e *função* – enquanto concebemos a função social como princípio gerador da imposição de *limites negativos* ao comportamento do proprietário. Isto porque gravitamos, então, no interior de um universo de limitações análogas às manifestações de *poder de polícia*, coerentes com a ideologia do Estado Liberal. Até então, como expressão da imposição de restrições ao exercício de propriedade, a função social, nas suas manifestações exteriores, não é senão mera projeção do poder de polícia. Este é coerente e inteiramente adequado à ideologia do Estado Liberal. A questão torna-se complexa, no entanto, quando, em sua concreção, a função social é tomada desde uma *concepção positiva*, isto é, como princípio gerador da imposição de comportamentos positivos ao proprietário. A lei, então – âmbito no qual se opera a concreção do princípio –, impõe ao proprietário (titular de um direito, portanto de um *poder*) o dever de exercitá-lo em benefício de outrem, e não, apenas, de não exercitá-lo em prejuízo de outrem.

Perceba-se bem que, embora não haja diferença relevante, de fundo, entre ambas, há duas concepções ou modelos de definição normativa relativos ao princípio da função social da propriedade: o *negativo* e o *positivo*. No primeiro caso – da concepção negativa – encontramos, na França, o art. 40 da Declaração dos Direitos do Homem, que coíbe os abusos de direito. A concreção do princípio opera-se, aí, na imposição de obrigações de *não fazer* ao proprietário. No segundo caso – da concepção positiva – encontramos os arts. 42 e 44 da Constituição Italiana, que funcionam como fonte geradora da imposição de comportamentos positivos ao proprietário. Este, então, é compelido a agir positivamente, não apenas negativamente. A primeira concepção, negativa, é coerente com a ideologia do Estado Liberal; a segunda está comprometida com a ideologia que reconhece a necessidade de se colocar à disposição da ordem jurídica instrumentos de conformação do processo econômico e social. Daí por que, ao reconhecermos a inexistência de qualquer diferença de fundo entre as duas concepções, não cabe senão indagar se a dúvida que se tem colocado a propósito da compatibilidade entre *direito subjetivo* e *função* não é apenas, em realidade, dúvida despida de conteúdo jurídico, resultante da adesão irrestrita de quem a levanta à ideologia do Estado Liberal. A resposta dada à questão poderá nos levar à conclusão de que o fundamento da afirmada incompatibilidade entre *direito subjetivo* e *função* é apenas ideológico. No mais, ainda neste passo, desejo enfatizar a importância da distinção entre *propriedade estática* e *propriedade dinâmica* como critério de demonstração do pleno conúbio entre *direito* e *função*, lembrando que precisamente nesta distinção é que se vai encontrar o fundamento

do usucapião, no período justiniano: o não-uso (a não-posse) da propriedade implica o perdimento do domínio. O fundamento da manutenção da propriedade — posso afirmar sem risco de radicalização — estaria, já então, no seu uso ou posse, isto é, no momento dinâmico, e não no momento estático da propriedade. Da mesma natureza o fundamento da norma contida no art. 49 do vigente Código da Propriedade Industrial, que atribui ao titular de certos direitos — patente de invenção, marca etc. — o ônus de explorá-los, tal qual ocorre em relação à exploração dos direitos de lavra. Esta visão, dinâmica, da propriedade — e suas mais incisivas conseqüências, no aspecto enfatizado — ganha relevância específica quando a aplicamos à idéia de *empresa*, sumariada na afirmação de Philomeno Joaquim da Costa (*Autonomia do Direito Comercial*, São Paulo, Ed. RT, 1956, pp. 172-1733, nota): “A empresa, como confluência de capital e trabalho, está sendo instrumento de uma reelaboração do conceito de propriedade; é dono de um bem quem dele se utiliza para fins produtivos”.

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

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

segundo (função social), trata-se do *dever de exercitar* o mesmo direito”.

Essa a razão pela qual anteriormente afirmei¹¹¹ que a afetação de propriedade — não de todas elas, que algumas, como vimos, são dotadas de função individual — por *função social* importa não apenas o rompimento da concepção, tradicional, de que a sua garantia reside em um direito natural, mas também a conclusão de que, mais do que meros *direitos residuais*¹¹² (parcelas daquele que em sua totalidade contemplava-se no *utendi fruedi et abutendi*, na *plena in re potestas*), o que atualmente divisamos, nas propriedades impregnadas pelo princípio, são verdadeiras *propriedades-função social* e não apenas, simplesmente, *propriedades*. O princípio da *função social da propriedade*, desta sorte, passa a integrar o conceito jurídico-positivo de *propriedade* (destas propriedades), de modo a determinar profundas alterações estruturais na sua interioridade.

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

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

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

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

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

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

113. V. item 108.

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

Aí a observação de José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., 31ª ed., p. 812): “Os conservadores da constituinte, contudo, insistiram para que a propriedade privada figurasse como um dos princípios da ordem econômica, sem perceber que, com isso, estavam relativizando o conceito de propriedade, porque submetendo-o aos ditames da justiça social, de sorte que se pode dizer que ela só é legítima enquanto cumpra uma função dirigida à justiça social”.

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

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

106. Outro dos princípios da ordem econômica — além do atinente à *livre concorrência*, que anteriormente examinei¹¹⁴ — é o da *defesa do consumidor* (art. 170, V). *Princípio constitucional*

114. Itens 87, 91 e 92.

impositivo (Canotilho), a cumprir dupla função, como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna e objetivo particular a ser alcançado. No último sentido, assume a feição de *diretriz* (Dworkin) — *norma-objetivo* — dotada de caráter *constitucional conformador*, justificando a reivindicação pela realização de políticas públicas.

Ao princípio confere a Constituição, desde logo, concreção nas regras inscritas nos seus arts. 5º, XXXII — “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”¹¹⁵ —, 24, VIII — responsabilidade por dano ao consumidor —, 150, § 5º — “a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços” —, e 48 das Disposições Transitórias — determinação de que o Congresso Nacional elaborasse, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, código de defesa do consumidor. Ademais, o parágrafo único, II do art. 175 introduz entre as matérias sobre as quais deverá dispor a lei que trate da concessão ou permissão de serviço público os direitos dos usuários.

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

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

Primeiro, o atinente ao fato de que, considerando categorias não ortodoxas de interesses — interesses difusos, interesses coletivos, interesses individuais homogêneos — a defesa do consumidor, tal qual outras proteções constitucionais,¹¹⁷ carrega em si a virtude capitalista de, ao institucionalizá-los, promover a ato-

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

116. V. itens 36 a 38.

117. Art. 24, VIII.

mização dos interesses do trabalho. Essa perversão, especialmente nas sociedades subdesenvolvidas, não pode ser ignorada.

Vou me valer, uma vez mais, de observações de Fábio Konder Comparato (*Ensaio e pareceres de Direito Empresarial*): "Na verdade, a dialética produtor x consumidor é bem mais complexa e delicada do que a dialética capital x trabalho. Esta comporta definições claras e separações radicais, ao contrário daquela. A rigor, todos nós somos consumidores; o próprio Estado é consumidor, e dos mais importantes; e grande parte dos consumidores acha-se, também, inserida no mecanismo da produção, direta ou indiretamente. Eis porque, na arbitragem de conflitos desse tipo, nem sempre nos deparamos com uma nítida distinção entre 'fracos' e 'poderosos' em campos opostos. Os consumidores mais desprotegidos, diante de uma medida administrativa que afete o organismo de produção para o qual trabalham, tenderão a tomar o partido deste e não da 'classe' dos consumidores em geral, como tem sido visto, em episódios recentes" (pp. 474-475). E, adiante: "A consciência de classe é fruto de uma reflexão sobre a situação dos homens no ciclo de produção econômica, não no estágio do consumo de bens ou serviços. Nesta concepção a preocupação com a tutela do consumidor revela-se propriamente alienante" (p. 498).

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

Esse conceito, penso, há de ser esboçado a partir da verificação de que, adotando, os mercados, *formas assimétricas*, consumi-

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

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

dor é, em regra, aquele que se encontra em uma *posição de debilidade e subordinação estrutural* em relação ao produtor do bem ou serviço de consumo.¹²⁰ Essa concepção tem a virtude, ademais, de bem apartar as situações de *consumo* e de *fruição*, esta como aquela na qual se coloca o "usuário" (contemplativo) do patrimônio histórico-artístico-natural.

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

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

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

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

A Constituição, destarte, dá vigorosa resposta às correntes que propõem a exploração predatória dos recursos naturais, abro-

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

121. V. item 16.

queladas sobre o argumento, obscurantista, segundo o qual as preocupações com a defesa do meio ambiente envolvem proposta de "retorno à barbárie". O Capítulo VI do seu Título VIII, embora integrado por um só artigo e seus parágrafos — justamente o art. 225 — é bastante avançado.

Ainda que isso não chegue a ser surpreendente, é notável o fato de ter a sociedade brasileira logrado a obtenção das conquistas sociais — que de conquistas sociais verdadeiramente se trata — ao menos no nível formal, da Constituição, consagrados. Explico-me: embora a crítica da utilização do fator trabalho no processo econômico capitalista seja centenária, ainda não foi desenvolvida, no campo teórico, de modo completo, a crítica da utilização, naquele processo, do fator recursos naturais. Daí porque a efetividade, ainda que formal, dessas conquistas é proporcionalmente maior do que aquelas que se poderia resumir na afirmação da "valorização do trabalho humano".

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

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

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

Saliente-se que o § 1º, III do art. 225 atribui ao Estado, a fim de que se assegure a efetividade do direito ao meio ambiente, os deveres de "preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético". Variedade e fertilidade genética crescem dos Pólos para o Equador,

onde a diversidade se multiplica e as transformações se apuram com maior intensidade. Admitida a metáfora, a preservação do patrimônio genético — sua diversidade e integridade — diante do neodilúvio das queimadas e outras formas de destruição ecológica, bem assim da exploração econômica predatória, é uma tarefa de Noé. Cuida-se de preservar patrimônio genético animal e vegetal, este fonte inesgotável de fármacos e nutrientes, cuja comercialização dá conta da sua extrema relevância, da qual ainda não nos apercebemos. Aí a importância da Amazônia, não como produtora de oxigênio — missão das algas — porém como sítio onde esse patrimônio se encontra localizado e no âmbito do qual intensamente se processa a dinâmica do ecossistema, produzindo novas variedades e eliminando as antigas. Por certo que o preceito também provê a soberania econômica nacional. A propósito, poderia a Constituição ter estabelecido, como em emenda construída sobre sugestão do físico Claudio Mammana foi proposto, que o patrimônio genético das espécies nativas pertence à União (v. Albert Sasson, "La conservation des ressources vegetables", in *La Recherche*, n. 181, out. 1986, pp. 1.282 e ss.).

Veja-se, da jurisprudência do STF, a ADI 3.540.

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

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

"Expansão das oportunidades de emprego produtivo" e, corretamente, "pleno emprego" são expressões que conotam o ideal keynesiano de emprego pleno de todos os recursos e fatores da produção. O princípio informa o conteúdo ativo do princípio da

122. V. item 96.

função social da propriedade.¹²³ A *propriedade dotada de função social* obriga o proprietário¹²⁴ ou o titular do poder de controle sobre ela ao exercício desse direito-função (*poder-dever*), até para que se esteja a realizar o *pleno emprego*.

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

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

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

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

123. V. item 104.

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

damenta a reivindicação, por tais empresas, pela realização de políticas públicas. De resto, está parcialmente reproduzido no preceito inscrito no art. 179.¹²⁵

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

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

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

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

125. A propósito da contemplação desse princípio no elenco dos enunciados pelo art. 170 da Constituição, tive conhecimento, na qualidade de assessor da bancada paulista na Constituinte, que a sua inclusão, ali, deveu-se a negociação travada entre grupos de constituintes, em torno da aprovação da redação adotada para o texto do art. 171 e seus parágrafos. Determinado deputado condicionou a aprovação, na Comissão de Sistematização, daquela redação, por um certo número de outros deputados, à inserção do princípio naquele elenco. Curiosamente, embora o princípio privilegiasse o capital nacional, não despertou qualquer crítica ou repúdio das correntes que — seja na Constituinte, seja fora dela, já na praxis da Constituição — são contrárias à proteção do capital nacional. Deve ser porque não havia empresas estrangeiras e empresas brasileiras, simplesmente (v. art. 171, I, revogado pela Emenda Constitucional n. 6/95), de pequeno porte. Esse repúdio, como se vê, não era — nem parece ser — uma questão de princípio.

126. V. item 113.

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

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

Afirmar, como o faz o texto constitucional, que o mercado interno integra o *patrimônio nacional* não significa — isso é nítido — que tenha sido ele integrado ao *domínio público* ou que constitua *bem de uso comum do povo*, como o meio ambiente. Isso somente poderia ser concebido por quem nutrisse o firme e deliberado propósito de *não compreender*¹²⁹ o preceito. Sua integração no patrimônio nacional se dá na medida que a Constituição o toma como expressão da *soberania econômica nacional*.¹³⁰

Por isso mesmo é que — prossegue o preceito — “*será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal*”.

A alusão ao dever de o Estado incentivá-lo — porque de *dever* se trata — evidentemente não coarta a intervenção estatal, por direção,¹³¹ sobre ele. O preceito, no seu todo, antes — pelo contrário — a fundamenta.

111. Além de todos aqueles até este ponto examinados, outros princípios, não positivados — *princípios gerais do direito* (isto é, do nosso direito, brasileiro)¹³² — são descobertos no bojo da Constituição de 1988.

Refiro-me, especificamente, a princípios dos quais são concreções as regras contempladas nos arts. 7º e 201 e 202 do texto constitucional e que — mais abertos que outros, positivados, tais quais o da valorização do trabalho humano — apontam no sentido de não apenas criar condições mínimas para que se assegure a dignidade da pessoa humana, mas também aquelas minimamente indispensáveis à construção de uma sociedade de bem-estar.

112. O derradeiro princípio a considerar, entre aqueles extraídos da Constituição de 1988, vocacionados à conformação da interpretação da ordem econômica, é o da *ordenação normativa através do Direito Econômico*.

Trata-se de um daqueles princípios jurídicos que Antoine Jeammaud refere como proposição descritiva (e não normativa) que,

129. V. item 38.

130. V. item 100.

131. V. item 54.

132. V. Capítulo 4, especialmente itens 60 e 61.

por inspiração doutrinal, pode vir a ser “positivado”.¹³³ É esta “positivação” que postulo.

Peculiariza o Direito Econômico, como vimos,¹³⁴ a sua destinação à instrumentalização, mediante ordenação jurídica, da *política econômica do Estado*; cuida-se, assim, de ramo do direito que se destina a traduzir normativamente os instrumentos da *política econômica do Estado*.¹³⁵ Sua “existência”, vimos também,¹³⁶ é afirmada pelo texto constitucional, no seu art. 24, I.

Do que cogita esse art. 24, I, ao atribuir competência à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislarem concorrentemente sobre direito econômico, senão de lhes atribuir o *dever-poder* de legislar — que de *dever-poder* se trata¹³⁷ — traduzindo normativamente instrumentos da política econômica do Estado?

A Constituição de 1988, no seu perfil de Constituição dirigente,¹³⁸ introduz algo de novo em relação às nossas anteriores Constituições ao institucionalizar, constitucionalmente, o Direito Econômico. Explico-me.

Se não se tratasse de algo novo, consolidado no quadro da Constituição nova, no sentido de normativamente prover *atuação estatal em relação à atividade econômica em sentido amplo* e, especificamente, *intervenção sobre e no domínio econômico*,¹³⁹ bastariam as competências, da União, para legislar sobre Direito Civil e Comercial, e, dela e dos Estados-membros, para legislarem sobre produção e consumo, que lhes eram atribuídas pela Emenda Constitucional n. 1/69.¹⁴⁰ Não que já não estivesse consagrado, entre nós, o princípio da *ordenação normativa através do Direito Econômico*, até porque suas fontes eram encontradas, então, também em inúmeros outros preceitos constitucionais, inclusive no art. 8º, XVII, “l” da Emenda.¹⁴¹ O princípio, no entanto, era descoberto

133. V. itens 60 e 61.

134. V. item 59.

135. Cf. Fábio Konder Comparato, *O indispensável Direito Econômico*, cit., p. 471.

136. V. item 57.

137. V. meu *Direito, conceitos e normas jurídicas*, cit., p. 179.

138. V. item 27.

139. V. item 53.

140. Art. 8º, XVII, “b”, “d” e seu parágrafo único.

141. Competência, da União, para legislar sobre “política de crédito; câmbio; comércio exterior e interestadual; transferência de valores para fora do País”. V. meu *Elementos de Direito Econômico*, cit., p. 53.