

A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Contornos e Desdobramentos

Etiane da Silva Barbi Köhler

A Constituição de 1988 qualifica o Estado brasileiro como Estado Democrático de Direito, a implicação que isso tem é que à ordem jurídica estabelecida bem como à atividade estatal é conferida função transformadora do *status quo*, abrindo a possibilidade de realizações sociais profundas por meio do exercício dos direitos sociais e econômicos nela inscritos.

A ordem econômica constitucional, parcela da ordem jurídica, como tal postula a instauração de uma *nova* ordem econômica (mundo do ser). A questão a saber é se tal qual instituída a ordem econômica na Constituição de 1988 será capaz de promover as realizações sociais e econômicas necessárias à transformação do *status quo*, concretizando as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa.

Demonstrar que as bases constitucionais para tal estão estabelecidas e que a construção de uma *nova* cidadania a partir da instauração dessa *nova* ordem econômica está apenas a depender da decisão dos sujeitos aplicadores do Direito traduz-se no objeto do presente artigo científico.

BASES CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA

As bases constitucionais da ordem econômica do Estado brasileiro encontram-se estabelecidas no Título VII, *Da Ordem Econômica e Financeira*, da Constituição Federal de 1988.

Cumpra, inicialmente, estabelecer o significado de *ordem econômica*, devendo-se mencionar que o sentido que aqui se quer explicitar é o jurídico, conceito normativo, e não o econômico, conceito de fato, relação entre fenômenos econômicos e materiais, articulação do econômico como fato.¹ Eros Roberto Grau (1997) descreve *ordem econômica* como:

[...] o conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica. Assim, ordem econômica, parcela da ordem jurídica (mundo do dever ser), não é senão o conjunto de normas que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo do ser).²

¹ Max Weber refere que a ordem jurídica e a atuação econômica real encontram-se em planos totalmente distintos, a primeira no plano ideal do dever ser e a segunda no plano dos acontecimentos reais (Weber, Max. *Economia y sociedad*. Tradução de José Medina Echavarría e outros. 2.ed em espanhol da 4.ed. em alemão. México: Fondo de Cultura Económica, 1964).

² GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 53.

Nesse sentido a ordem econômica tem o significado de conjunto de normas jurídicas instituidoras de uma determinada forma de organização e funcionamento da economia.³

Como tal, o conjunto de normas constitucionais que institucionaliza a ordem econômica do Estado brasileiro opera a consagração de um determinado sistema econômico, o capitalista.

Um sistema econômico contém em si regras e princípios definidores da política econômica em conformidade com a qual se disciplina o modo de produção e a forma de distribuição do produto econômico.⁴

Desse modo, porque as relações sociais de produção estão apoiadas na livre iniciativa,⁵ na propriedade privada dos meios de produção e na livre concorrência (art. 170, *caput*, incisos II e IV), princípios básicos do capitalismo, a ordem econômica na Constituição define opção por um sistema capitalista.

O fato de o texto constitucional ter possibilitado, em casos excepcionais, a exploração direta da atividade econômica pelo Estado (art. 173), bem como de incumbir a ele a prestação de serviços públicos (art. 175),

³ Uma vez que se está cogitando da ordem econômica constitucional, poder-se-ia falar em Constituição Econômica, que, segundo Eros Roberto Grau, possui conceito bastante próximo do conceito de ordem econômica: “[...] conjunto de preceitos que institui determinada ordem econômica (mundo do ser) ou conjunto de princípios e regras essenciais ordenadoras da economia [...]” (1997, p. 62). Por sua vez, José Joaquim Gomes Canotilho refere que a “Constituição Econômica”, em sentido estrito, é “[...] o conjunto de disposições constitucionais que dizem respeito à conformação da ordem fundamental da economia” (CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 327).

⁴ Ver SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, v.4. p. 242.

⁵ Jorge Miranda refere que a posição que as diversas Constituições assumem diante da iniciativa econômica tem relevância fundamental para a determinação dos sistemas econômicos constitucionalmente consagrados (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Direitos Fundamentais. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2000, tomo IV. p. 509-510).

além de lhe imputar a função de agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174), em nada desvirtua a opção constitucional de adoção de um sistema econômico capitalista.⁶

A não descaracterização do sistema capitalista, mesmo diante do fato de ao Estado ser permitida a atuação no campo econômico, é ressaltada por José Afonso da Silva:

Aqui, como no mundo ocidental em geral, a ordem econômica consubstanciada na Constituição não é senão uma forma econômica capitalista, porque ela se apóia inteiramente na apropriação privada dos meios de produção e na iniciativa privada (art. 170). Isso caracteriza o modo de produção capitalista, que não deixa de ser tal por eventual ingerência do Estado na economia nem por circunstancial exploração direta de atividade econômica pelo Estado e possível monopolização de alguma área econômica, porque essa atuação estatal ainda se insere no princípio básico do capitalismo que é a apropriação exclusiva por uma classe dos meios de produção, e, como é essa mesma classe que domina o aparelho estatal, a participação deste na economia atende a interesse da classe dominante.

A atuação do Estado, assim, não é nada mais nada menos do que uma tentativa de pôr ordem na vida econômica e social, de arrumar a desordem que provinha do liberalismo. Isso tem efeitos especiais, porque importa em impor condicionamentos à atividade econômica, do que derivam os direitos econômicos que consubstanciam o conteúdo da constituição econômica [...]. Mas daí não se conclui que tais efeitos beneficiem as classes populares. Sua função consiste em racionalizar a vida econômica com o que se criam condições de expansão do capitalismo monopolista, se é que tudo já não seja efeito deste.⁷

⁶ Sobre a evolução histórica da atuação estatal no domínio econômico ver FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Direito econômico*. 2.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 214-237.

⁷ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 6.ed. rev. ampl. São Paulo: RT, 1990. p. 658.

A ordem econômica estabelecida opera assim como limite e impulso ao Estado, uma vez que não é possível executar política econômica oposta àquela instituída pelas normas constitucionais (limite), bem como se impõe a atuação estatal para a concretização desta política econômica tal qual instituída (impulso).⁸

Não se pode deixar de mencionar, todavia, que embora baseada nos princípios básicos do capitalismo, livre iniciativa, propriedade privada e livre concorrência, a ordem econômica constitucional afirma outros princípios representativos de conquistas sociais consolidadas nos últimos tempos, como a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a busca do pleno emprego, princípios estes que acabam por relativizar a interpretação e aplicação daqueles.

Para além de definir um sistema econômico – sistema capitalista – a ordem econômica constitucional define um modelo econômico, entendido este como “configuração peculiar assumida pela ordem econômica (mundo do ser), afetada por determinado regime econômico”.⁹

O modelo econômico ali definido é um modelo aberto, não acabado, afirmação que se justifica diante do fato de que ao legislador ordinário é conferida a tarefa de complementá-lo, observadas as regras e princípios contemplados na Constituição.¹⁰

É esta ordem econômica, instituída na Constituição de 1988, que, para Eros Roberto Grau, “consubstancia um meio para a construção do *Estado Democrático de Direito* que, segundo o art. 1.º do texto, o Brasil constitui”.¹¹

⁸ Ver, para tanto, CANOTILHO, op. cit., p. 327-328.

⁹ Conforme GRAU, op. cit., p. 306.

¹⁰ Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, “A abertura de uma norma constitucional significa, sob o ponto de vista metódico, que ela comporta uma delegação relativa nos órgãos concretizadores” (1995, p. 1055). Ver arts. 172; 173, caput, §§ 1.º, 3.º, 4.º, 5.º; 174, caput, §§ 1.º, 2.º; 175, parágrafo único, entre outros, da Constituição Federal de 1988.

¹¹ GRAU, op. cit., p. 307.

Percebe-se, assim, que o que a Constituição de 1988 intenta é a instalação de uma sociedade (re)estruturada segundo um modelo de bem-estar social, na qual o objetivo do Estado é o estabelecimento da igualdade mediante a transformação, instrumentada pela lei, *do status quo*, visando justamente à consolidação da democracia.

A ordem econômica (mundo do dever ser) na Constituição de 1988 se projeta, pois, para a implantação de uma *nova* ordem econômica (mundo do ser).

FUNDAMENTOS DA ORDEM ECONÔMICA

A ordem econômica, segundo a Constituição, deve estar¹² fundada na *valorização do trabalho humano* e na *livre iniciativa* (art. 170, *caput*).

Convém referir inicialmente o significado dos termos “fundada”, “fundamento”. As expressões têm o sentido de “base”, “sustentáculo”, “apoio”. Sobre a questão alude Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

A idéia é de ‘base’, de ‘raiz’, uma espécie de lugar comum retórico de essência, ao mesmo tempo ‘causa per quam’ e ‘conditio sine qua non’. [...] Por respeito à evidência repita-se que não se trata de uma descrição, mas de uma prescrição. Não se diz que assim seja, sempre, em qualquer circunstância, mas que assim deve ser visto e aceito, como disposição inicial: principialidade.¹³

¹² “Deve estar”, porque se trata de preceito normativo, fundamento da ordem econômica, parcela da ordem jurídica, mundo do dever ser e não mundo do ser.

¹³ FERRAZ JR, Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha A. Stevenson. *Constituição de 1988* : legitimidade, vigência e eficácia, supremacia. São Paulo: Atlas, 1989. p. 44.

O *valor social do trabalho*, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1.º, IV, 1.ª parte), e a *valorização do trabalho humano*, fundamento da ordem econômica do Estado brasileiro (art. 170, *caput*), constituem, segundo Eros Roberto Grau, *princípios políticos constitucionalmente conformadores*.¹⁴

Esses princípios são definidos por José Joaquim Gomes Canotilho como “os princípios constitucionais que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte”.¹⁵

A afirmação constitucional de tais fundamentos – *valor social do trabalho* e *valorização do trabalho humano* – numa sociedade capitalista como a nossa, denota, portanto, a importância que se pretende seja atribuída aos valores do trabalho na configuração da ordem econômica.

José Afonso da Silva afirma que:

*[...] a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista. [...], embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Conquanto se trate de declaração de princípio, essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, não é apenas fundamento da ordem econômica, mas o é da República Federativa do Brasil (art. 1.º, IV).*¹⁶

¹⁴ GRAU, op. cit., p. 219.

¹⁵ CANOTILHO, op. cit., p. 172.

¹⁶ SILVA, op. cit., p. 660.

Eros Roberto Grau, por sua vez, percebe na afirmação constitucional de tais fundamentos mais do que compatibilização entre os titulares do capital e do trabalho, movidos por distintos interesses: ele vê “potencialidades transformadoras”.¹⁷

A idéia de valorização do trabalho humano liga-se à idéia de existência digna – o trabalho dignifica o homem –, de promoção da dignidade humana do trabalho na atividade econômica. Assim sendo, é dever do Estado propiciar as condições necessárias de acesso da pessoa a um emprego que lhe permita existência digna, bem como pugnar para que ao trabalho seja conferida a “contrapartida monetária que o torne materialmente digno”.¹⁸

O trabalho humano deve, assim, ser valorizado, como valorizado deve ser o seu resultado, produto do esforço e da criatividade humanos e que expressa o sentido da liberdade, distinguindo os homens dos animais e das máquinas.

A livre iniciativa, que ao lado da *valorização do trabalho humano* constitui igualmente fundamento da ordem econômica do Estado brasileiro (art. 170, *caput*) e fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1.º, IV, 2.ª parte), é tida, também, como *princípio político constitucionalmente conformador*.

¹⁷ Eros Roberto Grau afirma que a “*Valorização do trabalho humano* e reconhecimento do *valor social do trabalho* consubstanciam cláusulas principiológicas que, ao par de afirmarem a compatibilização – conciliação e composição – a que acima referi, portam em si evidentes potencialidades transformadoras. Em sua interação com os demais princípios contemplados no texto constitucional, expressam prevalência dos valores do trabalho na conformação da ordem econômica – prevalência que José Afonso da Silva reporta como prioridade sobre todos os demais valores da economia de mercado” (1997, p. 220-221).

¹⁸ Conforme BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 7. p. 16.

Importa observar que a *livre iniciativa*, no texto constitucional (art. 170, *caput*), aparece enunciada após o fundamento da *valorização do trabalho humano* e considerada singularmente, enquanto este aparece com precedência e ainda consagrado como objetivo a ser valorizado, o que demonstra a prevalência deste em relação àquele.¹⁹

A *livre iniciativa* ou liberdade de iniciativa deriva de direitos fundamentais previstos no art. 5.º da Constituição, estando diretamente relacionada à liberdade de profissão e trabalho (inc. XIII) e liberdade de associação (inc. XVII).²⁰

Sobre o fundamento da *livre iniciativa* refere Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

*Afirmar a livre iniciativa é acreditar na liberdade como fundamento da Ordem Econômica. É acreditar na autonomia empreendedora do homem na conformação da atividade econômica, é aceitar sua intrínseca contingência e fragilidade, é preferir uma ordem aberta ao fracasso a uma estabilidade certa e “infalivelmente” eficiente.*²¹

Como um desdobramento de *liberdade*, a *livre iniciativa* é possibilidade de agir de uma ou outra maneira, livre de interferências externas. Nesse sentido, ela implica certa dose, a princípio indefinida, de opções reais e economicamente relevantes de ação criadora em um mercado.

Luis Fernando Schuartz refere que:

A livre iniciativa não é – num contexto mais amplo que inclui a dogmática dominante e a sua crítica – conceito puramente negativo, ou seja, a sua eventual existência, manutenção ou supressão não são concebidas em termos de mera possibilidade lógica (inexistência de

¹⁹ GRAU, op. cit., p. 222.

²⁰ Conforme CRETELLA JR, José. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, v. 8. p. 3953.

²¹ FERRAZ JR.; DINIZ; GEORGAKILAS, op. cit., p. 46.

contradição) ou jurídica (inexistência de proibição), mas sim, adicionalmente, de existência real de pelo menos duas alternativas de ação (ou estratégias de ação) relevantes percebidas ou perceptíveis pelo agente e à disposição da sua vontade livre, isto é, não determinada por quaisquer fatores volitivos externos. Estas determinações positivas do conceito implicam que o agente deve ser capaz de interpretar a sua situação, já previamente contextualizada num dado mercado, identificando as alternativas que se lhe apresentam, para então poder optar livremente por uma delas. Estes são pressupostos inerentes ao próprio conceito de ação. Sem eles, temos, em sentido estrito, comportamento reativo ou adaptativo, jamais ação.²²

Fala-se, pois, em opções reais e economicamente relevantes, porque é no contexto das relações econômicas concretas que a *livre iniciativa*, para além de sua existência formal, como conjunto de direitos abstratos, adquire (pode adquirir) existência real, no sentido de possibilidade efetiva de uso criativo das potencialidades.

Não se pode deixar de observar, todavia, que na dinâmica das relações econômicas concretas capitalistas, a *liberdade de iniciativa* aparece sempre associada ao poder econômico: quanto maior o poder econômico detido, maior a *liberdade de iniciativa*; quanto menor o poder econômico, menor ou mesmo inexistente a *liberdade de iniciativa*. Daí se concluir que *liberdade de iniciativa* real e plena tem o detentor de poder econômico, cuja capacidade e possibilidade de *livre iniciativa* permite-lhe agir sobre o próprio contexto bem como sobre o contexto dos demais agentes econômicos, reduzindo ou mesmo excluindo a *liberdade de iniciativa* destes.²³

²² SCHUARTZ, Luis Fernando. Dogmática Jurídica e Lei 8.884/94. *Publicações na Internet do Grupo de Regulação da Concorrência do Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro. In: www.nuca.ie.urfj.br/grc/artigos.htm, 1997, p. 3.

²³ Ver, para tanto, SCHUARTZ, idem, p. 1-10.

Claro está, porém, que a *liberdade de iniciativa* (bem como o poder econômico), no contexto da Constituição Federal de 1988, cujo intento é a instalação de uma sociedade (re)estruturada segundo um modelo de bem estar social, deve se submeter a limitações impostas pelo poder público a fim de evitar que abusos sejam cometidos.²⁴

Cumpra referir, ainda, que a *livre iniciativa*, como apresentada pelo texto constitucional, é expressão de liberdade titulada não só pela empresa como também pelo trabalho, é um modo de expressão do trabalho livre.²⁵ Nesse sentido, livre iniciativa e trabalho estão intimamente ligados.

Corolário da *livre iniciativa* é a *livre concorrência* – princípio da ordem econômica -, desdobramento, como aquela, de liberdade, liberdade de concorrência, tema a ser abordado no item seguinte.

Percebe-se, assim, que a Constituição Federal de 1988, ao afirmar a *valorização do trabalho humano* e a *livre iniciativa* como fundamentos da ordem econômica do Estado brasileiro (art. 170, *caput*), está neles estabelecendo sua base, sem o que a ordem, porventura estabelecida, estará carente de legitimidade.²⁶

²⁴ Nesse sentido, afirma José Afonso da Silva: “[...] a *liberdade de iniciativa econômica privada*, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona o meios), não pode significar mais do que ‘liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidades de submeter-se às limitações postas pelo mesmo’. [...] Ela constitui uma liberdade legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com objetivo puro de lucro e realização pessoal do empresário” (1990, p. 665).

²⁵ Conforme Eros Roberto Grau, “[...] 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. 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 Júnior – em uma sociedade livre pluralista” (1997, p. 227).

²⁶ Ver FERRAZ JR.; DINIZ; GEORGAKILAS, op. cit., p. 44-46.

FIM DA ORDEM ECONÔMICA

A ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames de justiça social (art. 170 da Constituição). A isto é que se propõe a ordem econômica, é este o sentido que deve orientá-la, o sentido do qual ela não deve se desviar, o seu objetivo.

O fim da ordem econômica está relacionado com alguns dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, como o da erradicação da pobreza e da marginalização reduzindo as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III) e o de promoção do bem-estar de todos sem discriminação (art. 3º, IV).

A realização de tais fins, por óbvio, não depende por si só de tais prescrições, já que o que a ordem econômica objetiva é *assegurar*, velar pela realização, e não realizar, a efetivação da existência digna, da erradicação da pobreza e da marginalização, e a promoção do bem-estar, depende, assim, da atuação de todos nós, por meio de nossos representantes ou mesmo diretamente, em que pese a enorme dificuldade de sua implementação face às peculiaridades de nosso sistema de base capitalista, por essência individualista.

PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA

Segundo a Constituição (art. 170), a ordem econômica do Estado brasileiro, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios da *soberania nacional* (inc. I), *propriedade privada* (inc. II), *função social da propriedade* (inc. III), *livre concorrência* (inc. IV), *defesa do consumidor* (inc. V), *defesa do meio ambiente* (inc. VI), *redução das desigualdades regionais e sociais* (inc. VII), *busca do pleno emprego* (inc. VIII) e *tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país* (inc. IX).

Tércio Sampaio Ferraz Jr. entende que os princípios definidos nos incisos do art. 170 da Constituição representam “limites de possibilidade”, “balizadores condicionantes da legitimidade” da ordem econômica.²⁷ Nesse sentido é possível afirmar que os princípios da ordem econômica funcionam como condições de possibilidade dos fundamentos e fim da ordem econômica constitucional.

O primeiro dos princípios enunciados é o da *soberania nacional* (art. 170, I), ou *soberania nacional econômica*, uma vez que princípio da ordem econômica. É ele uma complementação do fundamento constitucional da República Federativa do Brasil encontrado no art. 1.º, inc. I, o da *soberania política*.²⁸

Eros Roberto Grau identifica tal princípio como *princípio constitucional impositivo*.²⁹ Por *princípio constitucional impositivo*, segundo José Joaquim Gomes Canotilho, se entende “... todos os princípios que, sobretudo no âmbito da constituição dirigente, impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas. São, portanto, princípios dinâmicos, prospectivamente orientados”.³⁰

A *soberania nacional*, desta forma, consubstancia ao mesmo tempo instrumento para que os fins da ordem econômica sejam atingidos – *assegurar a todos existência digna* – e objetivo a ser alcançado.

Como princípio da ordem econômica, a *soberania nacional* tem o sentido de independência econômica, que implica em ruptura com a situação de dependência de nosso país relativamente às nações consideradas desenvolvidas. Tal ruptura, é preciso que se diga, não significa isolamento, mas sim participação no meio econômico em situação de igualdade com os outros países.³¹

²⁷ Conforme FERRAZ JR., DINIZ, GEORGAKILAS, op. cit., p. 47.

²⁸ Ver, para tanto, FONSECA, op. cit., p. 88.

²⁹ GRAU, op. cit., p. 246.

³⁰ Conforme CANOTILHO, op. cit., p. 173.

³¹ GRAU, op. cit., p. 247-248.

A declaração de tal princípio não pode, pois, ser considerada em termos absolutos, até mesmo porque os fenômenos da globalização econômica, das comunidades supranacionais, como a União Européia, têm determinado a interdependência econômica entre os Estados.³² Nesse contexto, o que se pretende é que o Brasil tenha condições de participar qualificadamente desse processo.

O segundo e o terceiro dos princípios da ordem econômica são, respectivamente, o da *propriedade privada* (art. 170, II) e o da *função social da propriedade* (art. 170, III), aqui considerados conjuntamente. Como o primeiro – da *soberania nacional* –, tais princípios, segundo Eros Roberto Grau, são considerados *princípios constitucionais impositivos*,³³ configurando, como tal, instrumentos para a consecução do fim almejado pela ordem econômica, bem como objetivos a serem particularmente alcançados – dupla função.

A propriedade privada assegurada pela Constituição deve, pois, atender sua função social, além de servir para a realização do fim de *assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*.³⁴

³² Jose Luis Bolzan de Moraes sobre a questão da soberania refere que muito embora ela permaneça atrelada à idéia de “insubmissão, independência e de poder supremo juridicamente organizado”, tem ela sofrido transformações determinadas por diversos fatores como a própria democracia, a dispersão dos centros de poder, a interdependência entre os Estados, as comunidades supranacionais como a Comunidade Européia/CEE/União Européia, Nafta, Mercosul, etc., as organizações econômicas, as Organizações Não-Governamentais (ONGs), os organismos internacionais, os sindicatos, as organizações empresariais, além de outros movimentos sociais que modificam as relações no âmbito do próprio Estado e, ainda, “a passagem do modelo de Estado mínimo ao feito liberal clássico para o tipo de Estado de Bem-estar Social”. Ver, para tanto, MORAIS, Jose Luis Bolzan. Revisitando o Estado! Da crise conceitual à crise institucional (constitucional). *Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito*, Mestrado e Doutorado, Centro de Ciências Jurídicas, Unisinos, São Leopoldo, 2000. p. 71-77.

³³ GRAU, op. cit., p. 248.

³⁴ Nesse sentido, Eros Roberto Grau refere que “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” (1997, p. 257).

A propriedade e sua função social é reiteradamente afirmada no texto constitucional (art. 5.º, inc. XXII e XXIII).³⁵ Cumpre, então, esclarecer que a propriedade e a função social desta, enunciadas no art. 170, II e III, estão relacionadas diretamente à propriedade dos bens de produção.

Nesse sentido, José Afonso da Silva afirma:

*[...] tem-se configurada sua direta implicação com a propriedade dos bens de produção, especialmente imputada à empresa pela qual se realiza e efetiva o poder econômico, o poder de dominação empresarial. Disso decorre que tanto vale falar de função social da propriedade dos bens de produção, como de função social da empresa, como de função social do poder econômico.*³⁶

O empresário,³⁷ proprietário dos bens de produção, a quem compete a iniciativa e o risco da empresa,³⁸ tem, assim, o dever de agir – positivo – de forma a fazer com que sua propriedade atenda a sua função social, gerando empregos, gerando impostos, etc., garantindo *a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*.

³⁵ Jorge Miranda informa que a Constituição portuguesa de 1976, à semelhança da Constituição de Weimar, da italiana, da indiana, da venezuelana, da equatoriana, e, em parte, da espanhola, da colombiana e da cabo-verdiana, separa a propriedade das liberdades, tratando a propriedade apenas entre os direitos econômicos, sociais e culturais. No Brasil, diferentemente, a propriedade é tratada simultaneamente em sede de direitos e garantias fundamentais e em sede de ordem econômica (2000, p. 525).

³⁶ SILVA, op. cit., p. 682-683.

³⁷ Já incluído o empresário individual e as sociedades empresárias (denominação utilizada pela moderna legislação, em especial pela Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2003, que instituiu o novo Código Civil).

³⁸ Empresa na acepção funcional de atividade econômica que visa à obtenção de lucros pelo oferecimento de bens ao mercado, utilizando-se para tanto da organização dos fatores de produção, força de trabalho, matéria-prima, capital e tecnologia. Conforme COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 6. ed. rev. e atual., de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002). São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1. p. 18.

O quarto princípio enunciado é o da *livre concorrência* (art. 170, IV). É, como os anteriores, *princípio constitucional impositivo*.

Tendo a Constituição definido opção por um sistema econômico capitalista, lógico apresenta-se logicamente a afirmação constitucional da *livre concorrência*, mola propulsora de tal sistema, como princípio da ordem econômica.

O princípio, como tal, está intrinsecamente ligado ao segundo dos fundamentos da ordem econômica – a *livre iniciativa* havendo implicações recíprocas entre ambos.

A *livre iniciativa*, conforme dito anteriormente, é possibilidade de ação criadora em um mercado que, na dinâmica capitalista, está associada ao poder econômico. Esta relação interna existente entre *liberdade de iniciativa* e poder econômico tem implicações diretas sobre a *liberdade de concorrência*. Para que se entenda: O detentor de poder econômico possui capacidade e possibilidade de *livre iniciativa*; tal capacidade e possibilidade lhe permitem agir sobre o próprio contexto e sobre o contexto dos demais, reduzindo ou mesmo excluindo a *liberdade de iniciativa* destes; sem possibilidade de ação criadora não se faz concorrência; sem concorrência não é preciso inovar; e sem inovação não há progresso técnico e material, resultado positivo da concorrência.³⁹

Nesse contexto, a defesa da *livre concorrência*, princípio da ordem econômica constitucional, deve estimular a manutenção e o acirramento das pressões competitivas, reduzidas em face da concentração de poder, mediante a regulação preventiva e repressiva do mercado pelo Estado, dando condições à geração e difusão de inovações responsáveis pelo progresso técnico e material.⁴⁰

³⁹ Para mais, ver SCHUARTZ, op. cit., p. 10-19.

⁴⁰ Idem, ibidem.

Luis Fernando Schuartz afirma que:

[...] uma ambigüidade muito interessante é inerente ao poder econômico: este é condição de existência de liberdade de iniciativa e de produção de eficiências dinâmicas passíveis, ao nível do ideal normativo, de aproveitamento social; mas é também, de outra parte, fator de restrição e eliminação desta mesma liberdade, diminuindo pressões competitivas e dificultando a realização do resultado “positivo” associado idealmente à concorrência. [...] Na perspectiva racional dos agentes, a meta da concorrência é a obtenção, através de inovações nos produtos e/ou processos produtivos, de posições monopolísticas que garantam a apropriação dos excedentes gerados na produção como condição de remuneração do investimento realizado e de acumulação de capital, bem como a consolidação, ao longo do tempo, destas posições. Isto implica um estímulo para reduzir ao máximo o nível das pressões competitivas atuantes nos respectivos mercados, uma vez que estas são responsáveis por reduções na lucratividade. [...] A sobrevivência do ideal juridicamente exigido supõe, então, uma premissa adicional construída ad hoc, a saber: que as pressões competitivas, continuamente relaxadas como uma consequência natural do processo competitivo, tenham condições necessárias – ainda que não suficientes – para o seu eficaz e rápido reestabelecimento normativamente garantidas.⁴¹

Cumprido esclarecer que a Constituição não condena o poder econômico inerente ao sistema econômico nela consagrado, todavia condena o abuso de poder que leve à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (173, § 4.º).

A *livre concorrência* representa, assim, garantia de possibilidade de ação criadora a todos os agentes econômicos, com reflexos não só sobre os interesses destes como também sobre os interesses dos consumidores, dos trabalhadores e, em função da geração de riquezas e aumento das receitas tributárias, os interesses da sociedade como um todo.⁴²

⁴¹ Idem, p. 21-22.

⁴² Conforme COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro*: Comentários à Lei n. 8.884/94. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 5.

O quinto princípio da ordem econômica enunciado na Constituição é a *defesa do consumidor* (art. 170, V). É *princípio constitucional impositivo*, servindo de instrumento para a realização do fim almejado pela ordem econômica, bem como objetivo a ser alcançado.

A *defesa do consumidor*, como princípio da ordem econômica, se justifica na medida em que o *consumidor* se constitui num dos elos da economia de mercado, devendo, portanto, ser protegido pelo Estado por meio de políticas públicas econômicas adequadas.⁴³

A Constituição, no art. 5.º, XXXII, estabelece que o Estado promoverá na forma da lei a *defesa do consumidor*. Nesse sentido, a Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, veio dispor sobre a *proteção e defesa do consumidor*, conceituando-o como *toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final* (art. 2.º da Lei n.º 8.078/90).

Consumidor, segundo o referido conceito legal, todos nós somos, até mesmo o Estado pode assim ser considerado, daí porque é preciso distinguir o sujeito da tutela constitucional. Para tanto, consumidor será, de regra, aquele sujeito que se encontre em situação de *fragilidade e subordinação estrutural* em relação ao bem ou serviço objeto de consumo, o que impõe sua proteção.⁴⁴

A *defesa do meio ambiente* é o sexto dos princípios da ordem econômica enunciados na Constituição (art. 170, VI). Como os anteriores, é *princípio constitucional impositivo*.

Segundo Eros Roberto Grau:

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,

⁴³ Segundo FONSECA, op. cit., p. 90.

⁴⁴ GRAU, op. cit., p. 260.

*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. 125, caput [sic].*⁴⁵

Referido princípio funciona como um limite ao direito de propriedade.⁴⁶ O proprietário ao utilizar economicamente sua propriedade, deve zelar pelo meio ambiente evitando práticas comerciais que possam de alguma forma causar-lhe danos.

Ressalte-se, por fim, que compete ao poder público e à coletividade como um todo o dever de defesa e preservação do meio ambiente (art. 225, *caput*, da Constituição).

O princípio enunciado a seguir é o da *redução das desigualdades regionais e sociais* (art. 170, VII). É *princípio constitucional impositivo*.

A *redução das desigualdades regionais e sociais*, além de princípio da ordem econômica, aparece como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3.º, III).

O enunciado de tal princípio entre aqueles que conformam a ordem econômica do Estado brasileiro, de um lado denota o cabal reconhecimento da realidade de nosso Estado, marcado pela miséria, marginalização, profundas desigualdades sociais e regionais, e, de outro, a pretensão de reversão desse quadro.⁴⁷

⁴⁵ O autor quando faz referência ao art. 125, *caput*, quer parecer se referir ao art. 225, *caput* (GRAU, Idem, p. 262).

⁴⁶ Conforme FONSECA, op. cit., p. 92.

⁴⁷ Nas palavras de Eros Roberto Grau: “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, 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 ou efeitos de si próprias” (1997, p. 262).

O oitavo princípio enunciado é o princípio da *busca do pleno emprego* (art. 170, VIII), que, como todos os demais vistos até agora, trata-se de *princípio constitucional impositivo*.⁴⁸

Tal princípio, além de significar uma garantia ao trabalhador, cujo trabalho deve ser valorizado – *valorização do trabalho humano*, primeiro dos fundamentos da ordem econômica – significa o emprego pleno de todos os recursos e fatores de produção – capital, matéria-prima e *trabalho* –, o que, no entender de Eros Roberto Grau, implica em “tornar inconstitucional a implementação de políticas públicas recessivas”.⁴⁹

O último dos princípios da ordem econômica do Estado brasileiro é o princípio 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). Trata-se, também, de *princípio constitucional impositivo*.

A disposição constitucional de conferir tratamento diferenciado às empresas de pequeno porte com a finalidade de incentivá-las por meio da simplificação, eliminação ou redução de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, aparece também no art. 179 da Constituição.

São estes, portanto, os princípios que conformam a ordem econômica do Estado brasileiro.

A CONSTRUÇÃO DE UMA *NOVA CIDADANIA*

Restou evidente que a Constituição de 1988, a par de definir opção por um sistema econômico capitalista, adotou um modelo econômico de bem-estar social voltado a realizações sociais profundas capazes de pro-

⁴⁸ José Afonso da Silva refere que “a *busca do pleno emprego* é um princípio diretivo da economia que se opõe às políticas recessivas” (1990, p. 667).

⁴⁹ GRAU, op. cit., p. 263.

mover a transformação do *status quo*, conferindo ao Estado o papel de agente de implementação de políticas públicas. Tal atuação, é preciso enfatizar, diferentemente de conduzir à substituição do sistema capitalista, objetiva, sim, a integração e renovação deste capitalismo.

A despeito disso, a afirmação constitucional de direitos econômicos e sociais abre a perspectiva de realização do valor-fim do Direito, a justiça social, na luta contra as injustiças do individualismo capitalista.

Constata-se, todavia, que desde a instalação da referida ordem constitucional nenhuma transformação se operou, pelo contrário, o que ocorreu foi o acirramento das desigualdades sociais e econômicas, servindo o Estado apenas para propiciar o acúmulo maior de capital e renda nas mãos de poucos brasileiros.

Tal realidade poderia sugerir, como de fato muitos sugerem, que a Constituição de 1988 traz em si um projeto utópico de sociedade, no sentido de algo irrealizável, o que sem dúvida torna tudo muito mais fácil (mais fácil, é claro, para aqueles a quem muito interessa a manutenção do *status quo*).

É certo, todavia, que a Constituição, e mais especificamente a ordem econômica constitucional estabelecida, não é capaz de por si só promover a instalação de uma sociedade de bem-estar social. A efetividade das normas constitucionais, a evidência, depende da decisão dos sujeitos aplicadores do Direito no sentido de torná-las efetivas, é ato de vontade.

A aplicação das normas constitucionais instituidoras da ordem econômica do Estado brasileiro deve, pois, primar pela realização do bem comum, pela garantia de exercício dos direitos sociais e individuais, tendo em vista a cidadania plena e a dignidade da pessoa na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, mediante a erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais e regionais.

Percebe-se desse modo que a ordem econômica constitucional tal qual instituída pode funcionar como instrumento de concretização da ideologia constitucional, uma vez que confere aos sujeitos aplicadores do Direito os meios necessários à limitação das atividades econômicas, sejam elas públicas ou privadas, de forma a adequá-las aos valores, fundamentos, objetivos e princípios constitucionais.

É fundamental, assim, que os aplicadores do Direito atuem dentro da juridicidade instituída como sujeitos políticos que são, na busca de mudanças e avanços sociais, na construção de uma *nova* cidadania.

BIBLIOGRAFIA

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 7.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1995.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 6.ed. rev. e atual., de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002). São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1.

_____. *Direito antitruste brasileiro: comentários à Lei n. 8.884/94*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Curso de direito comercial*. 6.ed. rev. e atual., de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002). São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1. p. 18.

CRETELLA JR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, v. 8.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha A. Stevenson. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 2.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Direitos Fundamentais. 3.ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2000, tomo IV.

MORAIS, Jose Luis Bolzan. Revisitando o Estado! Da crise conceitual à crise institucional (constitucional). *Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito, Mestrado e Doutorado*, Centro de Ciências Jurídicas, Unisinos, São Leopoldo, 2000.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, v. 4.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6.ed. rev. ampl. São Paulo: RT, 1990.

SCHUARTZ, Luis Fernando. *Dogmática Jurídica e Lei 8.884/94*. Publicações na Internet do Grupo de Regulação da Concorrência do Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. Disponível em: www.nuca.ie.urfj.br/grc/artigos.htm. Acesso em: 1997.

WEBER, Max. *Economía y sociedad*. Tradução de José Medina Echavarría e outros, 2.ed. em espanhol da 4.ed. em alemão. México: Fondo de Cultura Económica, 1964, v. 1.

