

O Direito econômico na Constituição

Ives Gandra da Silva Martins¹

Em 1982, convidado pelo Professor Washington Peluso Albino de Souza, a proferir palestra na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, enquanto ele me conduzia do aeroporto para a faculdade, dizia-me que a grande luta dos professores de Direito econômico deveria ser a de tornar a denominação desse novo ramo do Direito acolhida pelo texto constitucional.

Comentávamos, os dois, que as linhas do Direito econômico – como o princípio da repressão ao abuso do poder econômico (art. 160, inciso V, do texto pretérito) – já estavam consagradas, faltando apenas consagrar a expressão *Direito econômico*.²

(1) Professor Emérito da Universidade Mackenzie, Presidente da Academia Internacional de Direito e Economia e do Conselho de Estudos Jurídicos da Federação do Comércio do Estado de São Paulo.

(2) Escrevi, à época: “Diversas concepções têm sido formuladas a respeito do campo de abrangência do Direito Econômico. Em face de sua inequívoca juventude científica, embora possa ser tido como o mais antigo de todos os ramos jurídicos, os autores variam da delimitação de sua área de atuação, nem sempre encontrando um denominador comum para seus estudos.

Temos, através dos anos, procurado ensinar que o Direito Econômico sinônima a disciplina jurídica da Macroeconomia.

O exame dos variados conceitos, contornos e definições do Direito Econômico estão a demonstrar, entretanto, que longe está a questão de se sedimentar, como podemos verificar pelas seguintes enunciações: “O Direito Econômico é o conjunto sistemático de princípios e normas que disciplinam: A) a produção de bens e serviços; B) a partilha dos benefícios desse trabalho; C) o consumo das utilidades produzidas; D) os meios necessários à consecução desses objetivos para realizar; E) determinada política econômica” (RAMOS, José Nabantino. *Sistema Brasileiro de Direito Econômico*. Ed. Resenha Tributária, IBDT, p. 92 – D. 02.01 – Discriminações). ”.

“A necessária função conformadora do Estado, manifestada pela modificação autoritária da ordem social e pela participação ativa estatal na vida social, decorreu da inarredável intervenção no domínio econômico para estabelecer o seu equilíbrio abalado pelo liberalismo” (BRITO, Edvaldo. *Reflexos Jurídicos da Atuação do Estado no Domínio Econômico*. Ed. Saraiva, p. 154).

“O Direito Econômico é o ramo do Direito composto por um conjunto de normas de conteúdo econômico e que tem por objeto regulamentar as medidas de política econômica referentes às relações e interesses individuais e coletivos, harmonizando-as — pelo princípio da “economicidade” — com a ideologia adotada na ordem jurídica” (SOUZA, Washington

De rigor, a ordem constitucional anterior já possuía um complexo bem definido de normas e princípios próprios desse ramo do Direito como, por exemplo, todo o título VI da Constituição, dedicado à ordem social e econômica. Havia, pois, um Direito econômico, plasmado entre os arts. 160 a 174 da EC nº 1/69.³

A ordem constitucional atual, enfim, ofertou aquilo que nós, professores de Direito econômico, desejávamos, ou seja, separar a ordem econômica da ordem social (Ordem Econômica – arts. 170 a 192 e Ordem Social – arts. 193 a 232).

Por outro lado, colocou, na competência concernente de Estados e Municípios, legislar sobre Direito econômico, estando o art. 24, inciso I, da lei suprema, assim redigido:

“Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I – Direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico”.

E, em todo o Título VII, expôs os princípios que norteiam a atividade empresarial no Direito brasileiro, inclusive na área agrícola e financeira.

Peluso Albino de. *Direito Econômico*. Ed. Saraiva, p. 3).

“O Direito Econômico é a disciplina jurídica de atividades desenvolvidas nos mercados, visando a organizá-los sob a inspiração dominante do interesse social” (VIDIGAL, Geraldo de Camargo. *Teoria do Direito Econômico*. Ed. Revista dos Tribunais, p. 44).

“Conceituo-o como o sistema normativo voltado à ordenação do processo econômico, mediante a regulação, sob o ponto de vista macro-jurídico, da atividade econômica, de sorte a definir uma disciplina destinada à efetivação da política econômica estatal” (GRAU, Eros. *Elementos de Direito Econômico*. Ed. Revista dos Tribunais, p. 31).

“Os ordenamentos jurídicos, veiculadores das normas econômicas, são necessariamente formulados a partir de uma concepção dinâmica, com flexível adaptação de conceitos clássicos aos nascentes desafios, não raras vezes descortinadores de soluções originais. Os modelos tradicionais e as regras hermenêuticas sofrem, na área específica do Direito econômico, mutações sensíveis, espelhando, quase sempre, a lei maior de cada país, maleabilidade suficiente para adotar sua estrutura legal de instrumental célere e descomplicado, capaz de acompanhar a velocidade de tais fenômenos” (MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direito Econômico e Tributário*. Ed. Resenha Tributária/FIEO, pp. 9/10).

Como se percebe, é a nossa definição a mais sintética. Direito Econômico é disciplina jurídica da Macroeconomia.” (In: Caderno de Direito Econômico, nº 1, co-ed CEEU Ed. Resenha Tributária, 1983, pp. 109/111).

- (3) Geraldo de Camargo Vidigal recuava para 1934 a conformação constitucional de Direito econômico: “Desde a Constituição de 1934, está presente, no quadro constitucional brasileiro, um Título dedicado à estruturação da ordem econômica e social. Título que teria significação e abrangência sempre ampliadas — nas sucessivas Constituições de 1937, 1946 e 1967/69.

Pode-se criticar o constituinte, por ter colocado o Direito econômico entre as matérias passíveis de competência concorrente, visto que o sistema financeiro, que faz parte do Direito econômico, é regulado por legislação exclusivamente federal, como se lê na competência privativa da união, art. 22, incisos VI e VII, cuja dicção é a seguinte:

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: ...

VI – sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais;

VII – política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores; ...”

Assim, nem todo o Direito econômico está na competência da União, Estados e Distrito Federal, embora parte dele esteja⁴.

É bem verdade que o art. 24 contém outras imperfeições, como aquela do § 1º, que declara:

“§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais,”

visto que muitas vezes, nesta matéria, a União produz, também, normas de aplicação e não apenas normas gerais.⁵

Parte da doutrina, por outro lado, entende que a lei a que se refere o art. 24, § 1º, é a lei ordinária, que é federal, e não a lei complementar, que é lei naci-

(4) Escrevi: “O Direito econômico, por outro lado, é a disciplina da macroeconomia. Se o Direito financeiro cuida da economia interna corporis, isto é, da economia de aquisição compulsória que é aquela das receitas e das despesas públicas, o Direito econômico cuida da regulamentação da economia como um todo, em nível de suas diretrizes fundamentais. Disciplina a macroeconomia, ou seja, a participação do Estado no processo econômico, em sua tríplice intervenção, a saber: monopolista, regulatória e concorrencial, assim como a participação da sociedade. A Constituição brasileira, pela primeira vez, faz menção ao Direito econômico como ramo autônomo e o art. 174 da mesma explicita a forma de atuação maior de suas normas, seja em face da participação estatal, seja naquela da participação privada.

Geraldo Vidigal denomina a relação, imposta pelo Direito econômico, não de subordinação (direito público), nem de coordenação (direito privado), mas de dominação, com a conjugação de relações de coordenação e de subordinação, de uma só vez.

(5) Manoel Gonçalves Ferreira Filho suscita a dúvida: “Em face do texto em estudo, sempre que a competência é concorrente, à União apenas cabe fixar “normas gerais”.

Não é fácil conceituar “normas gerais”, pelo ângulo positivo. Pode-se afirmar, e corretamente, que “normas gerais” são princípios, bases, diretrizes que hão de presidir todo um subsistema jurídico. Sempre haverá, no entanto, em face de casos concretos, dúvida até onde a norma será efetivamente geral, a partir de onde ela estará particularizando.

Mais fácil é determinar o que sejam “normas gerais”, pelo ângulo negativo. Quer dizer, indicar os caracteres de uma norma que não é “geral”; é, conseqüentemente, específica, particularizante, complementar.

onal, sempre que cuidando de normas gerais, pois aplicáveis a União, Estados e Municípios⁶.

Em outras palavras, o art. 24 cria uma competência concorrente em que o princípio alemão de que *Bundesrecht bricht Landsrecht* prevalece.

O que caracteriza, todavia, a essência do Direito econômico, são os princípios estatuídos no art. 170, assim redigido:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente;

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

Como se percebe, grande parte das definições do Direito econômico ofertadas por juristas teve nesse dispositivo sua hospedagem.

A meta essencial, todavia, está na adoção do princípio da economia de mercado, com a inclusão da *livre concorrência* como princípio de Direito econômico, pela primeira vez, de forma expressa.

Em verdade, o art. 170 esclarece que dois são os fundamentos da ordem econômica ou do Direito econômico brasileiro, a saber: “livre iniciativa” e “justiça social”. E dez são os princípios enunciados no art. 170, nove como incisos e um como parágrafo, todos inspirados pelos dois referidos fundamentos.

(6) Escrevi: “O segundo aspecto a ser examinado é a questão de saber se a competência concorrente diz respeito apenas às leis ordinárias, isto é, se ao falar em competência concorrente, admitiu, o constituinte, que nela se incluísse a competência concorrente da União em produzir leis complementares e a dos Estados de supri-la por leis ordinárias.

Pela ótica do contribuinte, a livre concorrência é assegurada, com desdobramento do discurso constitucional, no art. 174, assim redigido:

“Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

§ 2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

§ 3º O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§ 4º As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei,”

em que o planejamento econômico é meramente indicativo para o segmento privado, embora obrigatório para o segmento público.⁷

-
- (7) Miguel Reale ensina: “Vem, a seguir, o art. 174 que tem sido o cavalo de batalha dos que persistem em proclamar a natureza intervencionista do Estatuto Político de 1988. Nada melhor do que a reprodução desse preceito: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá na forma da lei (note-se) as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o *setor público e indicativo para o setor privado*” (grifei).

Em face de um texto tão claro, custa-me crer que se possa pensar em dirigismo econômico, cuja característica principal é a natureza imperativa e não meramente indicativa do planejamento para os particulares, considerados individualmente ou consorciados em empresas.

Dir-se-á que o Estado é configurado como “Agente normativo e regulador” da economia, mas, a esta altura da evolução histórica, a afirmação contrária daria provas de preocupante irrealismo. O importante é que se declare, tal como consta do mencionado art. 174 que, naquela qualidade, o Estado deverá exercer suas funções de fiscalização e planejamento “na forma da lei”. Mais uma vez o princípio da legalidade baliza a ação estatal e de modo puramente indicativo.

Praticam, pois, um grande erro aqueles que não contribuem com uma interpretação objetiva e serena do texto constitucional, assumindo atitude hostil ou depreciativa perante o Estatuto de 1988, o qual, apesar das múltiplas contradições que o comprometem, abre clareiras à defesa tão necessária da livre iniciativa, o que quer dizer, da economia de mercado” (*Aplicações da Constituição de 1988*. Ed. Forense, 1990, p. 15).

Este, por outro lado, não pode atuar na economia, a não ser nas duas hipóteses do *caput* do art. 173, assim redigido:

“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”,

e subordinado, pelos §§ 1º e 2º, às regras do Direito privado.

Neste particular, é bom lembrar que, em face da dualidade da iniciativa econômica, dois são também os regimes de exploração econômica, ou seja, o regime do art. 173, com a subordinação do setor público às normas do Direito privado, e o regime jurídico do art. 175, em que o setor privado subordina-se às regras de Direito público, pois chamado a prestar serviços públicos com densidade econômica, estando o art. 175 assim redigido:

“Art. 175. Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado.⁸

(8) Celso Ribeiro Bastos preleciona: “A nossa Constituição não deixa dúvidas, ao nível dos princípios, pelo menos, quanto a filiar-se ao modelo de organização econômica de mercado. É dizer, consagra-se a propriedade e a liberdade de iniciativa. Examine-se a respeito os arts. 5º, XXII; 170, II (propriedade privada); 170, IV (livre concorrência) e 170, *caput* (livre iniciativa).”

As nossas constituições precedentes também nunca reservaram ao Estado um papel de protagonista pleno da atividade econômica. Sua atuação dependeu sempre de preenchimento de requisitos constitucionais. Em outras palavras, só quando devidamente justificada ela se tornava legítima.

Tal circunstância não impediu, no entanto, que um volumoso setor público viesse a desenvolver-se. Um pouco por toda parte, no correr deste século, acreditou-se nas virtudes miraculosas de um Estado interventor na economia. A ele passou-se a atribuir um suposto papel de distribuidor da renda nacional, que ele cumpriria por meio das suas empresas, mais voltadas ao interesse comum do que as privadas, entregues na mão de empresários egoístas, cujos únicos móveis consistiam na voracidade e na cupidez por lucros cada vez maiores. Legitimada por estas pretensas qualidades sociais e sobre o influxo de correntes políticas socialistas deu-se, em diversos países do Ocidente, uma ocupação do espaço econômico por parte do Estado.

Desta forma, no regime do Direito privado (art. 173), o Estado submete-se às regras próprias das empresas privadas, e, no regime do Direito público (art. 175), a sociedade submete-se a regras de Direito público. Pelo regime do art. 173, o Estado é um explorador acólito em relação à sociedade; pelo regime do art. 175, de Direito público, a sociedade é uma exploradora vicária, em relação ao Estado.

Pelo menos mais quatro aspectos relevantes completam os princípios gerais da ordem econômica, ou seja, o tratamento preferencial às empresas de pequeno porte, que, a meu ver, deveriam ter, obrigatoriamente, tratamento preferencial tributário por parte de todas as esferas de poder na Federação, estando o art. 179 assim redigido:

“A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.”

Em minha opinião, não previu, o constituinte, mera faculdade de tratamento preferencial e favorecido, a ser ou não outorgada pelas entidades federativas, mas um dever dessas entidades ofertarem tal tratamento, risco de agirem em violação à Carta, por omissão. É típico caso de inconstitucionalidade por omissão, que pode, inclusive, ensejar *ação direta de inconstitucionalidade por omissão*, em face de furtarem-se, Estados e Municípios, à regulação do art. 179 da CF⁹.

O outro aspecto diz respeito à política agrícola, estando o art. 185 assim redigido de modo a afastar a hipótese de terras produtivas serem desapropriadas para a reforma agrária:

A experiência feita não provou bem. A ineficiência do Estado no campo econômico tem sido tão acentuada a ponto de provocar reviravoltas mesmo em países sob o jugo comunista. Assiste-se, pois, neste findar do século XX a um retorno, senão a um liberalismo clássico, tornado inviável pela complexidade do Estado moderno, ao menos para o primado da livre iniciativa. Nesta reconhece-se o instrumento mais adequado para propulsionar o desenvolvimento econômico cada vez mais dependente da inventiva individual, na exata medida em que o desenvolvimento econômico depende mais diretamente da criatividade tecnológica do que do enquadramento de grandes massas em unidades fabris a cumprirem misturas mecânicas e estereotipadas” (*Comentários à Constituição do Brasil*. 7º Volume. Ed. Saraiva, 1990, pp. 70/71).

- (9) O art. 103 §2º da Constituição Federal está assim redigido: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

“São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

I – a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;

II – a propriedade produtiva.

Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.”

Lamentavelmente, o movimento político de contestação ao Governo de Fernando Henrique, denominado de *Movimento dos Sem-Terra*, insiste em invadir terras produtivas, gerando tensões, conflitos e sobrecarga de trabalho à Justiça, com pressões, muitas vezes inaceitáveis, sobre representar, cada invasão, um desrespeito à ordem e à lei. Bastaria o Governo baixar uma medida provisória pela qual terra invadida não seria desapropriada por dois anos e invasor de terras não poderia ser assentado senão dois anos após a última invasão e a ordem voltaria ao campo.¹⁰

O terceiro aspecto diz respeito ao sistema financeiro, ainda dependente de lei complementar para regulá-lo, como determina o art. 192, sendo o grande mérito do texto constitucional ter criado o perfil jurídico de Direito econômico quanto à atuação das autoridades monetárias e dos agentes econômicos nesta área.¹¹

(10) Wolgran Junqueira Ferreira esclarece: “Fixa este parágrafo a garantia de tratamento especial a propriedade produtiva. Lei a ser editada deverá ainda fixar normas para o cumprimento dos requisitos relativos à sua função social.

(11) O art. 192 tem a seguinte dicção: “O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre: I. a autorização para o funcionamento das instituições financeiras, assegurado às instituições bancárias oficiais e privadas acesso a todos os instrumentos do mercado financeiro bancário, sendo vedada a essas instituições a participação em atividades não previstas na autorização de que trata este inciso; II. autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador e do órgão oficial ressegurador; III. as condições para a participação do capital estrangeiro nas instituições a que se referem os incisos anteriores, tendo em vista, especialmente: a) os interesses nacionais; b) os acordos internacionais; IV. a organização, o funcionamento e as atribuições do Banco Central e demais instituições financeiras públicas e privadas; V. os requisitos para a designação de membros da diretoria do Banco Central e demais instituições financeiras, bem como seus impedimentos após o exercício do cargo; VI. a criação de fundo ou seguro, com o objetivo de proteger a economia popular, garantindo créditos, aplicações e depósitos até determinado valor, vedada a participação de recursos da União; VII. os critérios restritivos da transferência de poupança de regiões com renda inferior à média nacional para outras de maior desenvolvimento; VIII. o funcionamento das cooperativas de crédito e os requisitos para que possam ter condições de operacionalidade e estruturação próprias

Por fim, o último aspecto dos que elenquei para aflorar neste perfunctório estudo, é o da repressão ao abuso do poder econômico e da garantia do consumidor, colocados no art. 173, §§ 4º e 5º, da CF.

As duas partes de uma economia de mercado são protegidas no texto constitucional. De um lado, o consumidor é garantido por legislação que o protege contra a inadequada atividade patrimonial e de, outro lado, no pólo oposto, o Estado vigia a atuação das empresas, para que não haja dominação de mercado, eliminação da concorrência e abuso do poder econômico.

Na dicção do § 4º do art. 173, alguns autores lêem que duas, e não três, seriam as ações a serem contidas pelos órgãos responsáveis, a saber: eliminação da concorrência e eliminação de mercado, pois consideram que a dicção constitucional referente ao abuso do poder econômico abrange as duas práticas condenáveis.

Outros entendem, todavia, que são três as atitudes a serem evitadas, entre elas o abuso do poder econômico.¹²

Tanto na defesa do consumidor, quanto no combate ao abuso do poder econômico, a Lei nº 8.078/90 (Código do Consumidor) e a Lei nº 8.884/94 (Lei Antitruste) regularam o texto constitucional, com algumas falhas e inconstitucionalidades, mas com o mérito de tornar possível uma ação do Estado na matéria.

das instituições financeiras.

§ 1º A autorização a que se referem os incisos I e II será inegociável e intransferível, permitida a transmissão do controle da pessoa jurídica titular, e concedida sem ônus, na forma da lei do sistema financeiro nacional, a pessoa jurídica cujos diretores tenham capacidade técnica e reputação ilibada, e que comprove capacidade econômica compatível com o empreendimento.

§ 2º Os recursos financeiros relativos a programas e projetos de caráter regional, de responsabilidade da União, serão depositados em suas instituições regionais de crédito e por elas aplicados.

§ 3º As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a 12% ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar”.

- (12) Coordenei Simpósio Nacional sobre o Direito de concorrência, com a publicação de obra escrita, sob este título, pelos seguintes autores: Alberto Venâncio Filho, Almir de Lima Pereira, Attila de Souza Leão Andrade Júnior, Carlo Barbieri Filho, Carlos Francisco Magalhães, Ives Gandra da Silva Martins, Luiz Felizardo Barroso, Luiz Olavo Baptista, Marcos Paulo de Almeida Salles, Sérgio Marques da Cruz e Sinval Antunes de Souza (*Caderno de Direito Econômico*. Nº 3, Co-ed. Centro de Extensão Universitária e Centro de Estudos Superiores COAD).

À evidência, não basta lei para que a defesa do consumidor e da democracia se realize, mas os órgãos fiscalizadores necessitam estar melhor aparelhados para que, a título de defesa dos princípios da lei suprema, não venham a prejudicar mais do que beneficiar a Economia. Esta matéria, todavia, que merece considerações em outro estudo, creio ser preocupação não só daqueles que lecionam Direito econômico, mas das próprias autoridades encarregadas em tornar cada vez mais transparente a correção de rumos, em uma economia de mercado.