

DOCTRINA

A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUINTE *

NELSON EIZIRIK

1. O tema que nos propomos a discutir, na presente conferência, apresenta grande relevância, em face do momento político pelo qual passamos, embora venha sendo até o momento negligenciado por quase todos os que têm tratado de analisar a questão da Constituinte.

2. A importância da discussão sobre a Ordem Econômica e Social na futura Constituinte é inegável, uma vez que efetivas possibilidades de modificações na vigente estrutura econômica — caracterizada por uma excessiva concentração de riqueza e de poder econômico — não podem prescindir de disposições constitucionais adequadas.

3. Um primeiro aspecto a ser destacado diz respeito à relação entre o fenômeno social e político e o fenômeno jurídico. Tendo em vista a maior ou menor consonância das disposições constitucionais com a realidade social e política, as Constituições podem ser classificadas em: a) “normativas”; b) “semânticas”; c) nominais¹.

4. A Constituição efetivamente *normativa* não é apenas uma Constituição juridicamente válida, mas também um conjunto de disposições que se apresentam realmente integrados à sociedade, em perfeita consonância com as práticas sociais, sem qualquer discrepância entre os detentores e os destinatários do poder, todos eles lealmente obedecendo os preceitos constitucionais. Ademais, as normas da Constituição dominam o processo político, ou, inversamente, o processo do poder a elas se adapta e se submete.

5. No outro extremo, encontramos a chamada “Constituição *semântica*”, da qual a Constituição vigente constitui um bom exemplo. Com efeito, a Constituição semântica caracteriza uma situação de dispositivos constitucionais *formais*, ou seja, ela significa uma formalidade escrita da situação de poder político existente, sendo, em regra, utilizada para benefício exclusivo dos detentores “de fato” do poder, que dispõem, inclusive, para aplicá-los, do aparato coercitivo do Estado. A Constituição semântica, então, não freia o poder, senão que, ao contrário, ela reduz e limita o poder ao pequeno grupo de seus detentores, reunidos em torno de um ditador, de uma junta ou de um partido político.

6. Entre os dois casos, da Constituição normativa e da semântica, encontramos a Constituição *nominal*, situação que se caracteriza por uma desarmonia entre a constituição social e as disposições constitucionais escritas. Trata-se, a

* Conferência pronunciada em 29.11.85, no “Seminário sobre Mercado de Capitais para a Magistratura e o Ministério Público”, promovido pela Comissão Nacional de Bolsas de Valores, no Rio de Janeiro.

Constituição nominal, de uma Constituição que viria a ser aplicada no futuro, constituindo porém, no presente, uma peça legal de conteúdo puramente educativo. Poderíamos considerar que em tal categoria pode ser classificada a Constituição de 1946, cujos dispositivos estabeleciam os contornos de um estado político liberal e democrático, em contraste com uma sociedade autoritária e com perfil de poder político e econômico extremamente concentrado e tradicional.

7. Se o que desejamos é efetivamente uma Constituição normativa, é essencial que as disposições constitucionais estabeleçam um sistema de freios e contrapesos não só aos poderes políticos, mas também aos poderes econômicos, assim como ampliem o elenco de direitos fundamentais do cidadão, daí resultando a importância de uma total revisão nos preceitos relativos à Ordem Econômica e Social que permita o rompimento com a tradição de Constituições nominais ou semânticas.

8. Cabe notar, porém, que a Constituição, como qualquer lei, não pode, por si só, promover uma situação de maior justiça social, muito menos dinamizar e impulsionar a economia. O que ela pode, na realidade, é estabelecer determinadas diretrizes, que devem pautar a intervenção estatal na economia com vistas à promoção na política do bem-estar social.²

9. Em primeiro lugar, acreditamos que a futura Constituição, ao tratar da Ordem Econômica e Social, deverá estabelecer as modalidades e os critérios que deverão nortear a atuação do Estado no domínio econômico.

10. Tendo em vista uma atuação do Estado na atividade econômica que concilie a economia de mercado, para determinados setores, com uma política de efetivo planejamento, em outros, com vistas a assegurar uma política de bem-estar social, entendemos que a Constituição deveria distinguir três modalidades da intervenção estatal:

a) do Estado como efetivo *promotor de políticas sociais*, em áreas como saúde, habitação, educação, alimentação, urbanização e questões fundiárias, entre outras;

b) do Estado como *empresário*, em setores nos quais fosse considerado indispensável o monopólio de determinada atividade;

c) do Estado como *agente regulador*, ou seja, como disciplinador, mediante o exercício do seu poder de polícia, de setores nos quais a atividade econômica, embora exercida pelos agentes privados, em regime de competição, deva estar submetida a determinados controles, visando a coibir abusos e ineficiências do mercado.

11. Cabe observar, a propósito, que a atuação do Estado na economia, particularmente nos últimos 20 anos, concentrou-se excessivamente nas funções de empresário e de agente regulador, relegando a atividade fundamental de promover o bem-estar social a um segundo plano, o que favoreceu uma concentração sem precedentes de poder político e econômico em mãos de um limitado número de pessoas. Ou seja, o Estado pautou sua intervenção na economia não por critérios de efetivo interesse público, mas sim com vistas ao favorecimento de setores empresariais e da própria tecnocracia governamental.³

12. Nessa linha, os arts. 163 e 170 da vigente Constituição confundem as três funções essenciais do Estado na economia, acima mencionadas, constituindo um evidente empecilho a uma intervenção do Estado nas atividades econômicas que se oriente por critérios de eficácia administrativa e de efetiva promoção de políticas públicas de natureza social. Isto porque, condicionam a

intervenção estatal à “segurança nacional” ou à organização de setores que não possam ser desenvolvidos com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, não conferindo ao Estado poderes mínimos de planejamento para a execução de projetos socialmente prioritários.

13. Referentemente à atuação do Estado como agente regulador (hoje ainda manifestamente excessiva, submetendo a economia privada a um desnecessário elenco de controles), caberia a previsão constitucional expressa da possibilidade de delegação, mediante lei federal, de poderes regulamentares às autarquias, tendo em vista a superação da tese — a nosso ver anacrônica e derivada de interpretação puramente literal do art. 81, III, da vigente Constituição — de acordo com a qual o Presidente da República detém privativamente o poder de regulamentar leis ou decretos. Com efeito, em quase todos os países ocidentais mais adiantados, verifica-se uma tendência crescente no sentido de se delegar a determinadas agências reguladoras, descentralizadas e independentes do Poder Executivo, poderes de regulamentar as leis de conteúdo econômico e de fiscalizar a sua obediência, no exercício de seu poder de polícia.⁴

14. Ao prever expressamente a possibilidade de tal delegação, entendemos que caberá à futura Constituição o estabelecimento de determinados requisitos visando a dotar tais agências reguladoras de efetiva autonomia política. Nessa linha, poderá ser de grande utilidade, por exemplo, a eliminação da esdrúxula figura da demissibilidade *ad nutum* dos diretores de entidades públicas, infelizmente entre nós institucionalizada. Da mesma forma, seria importante que os diretores de tais agências tivessem seus nomes previamente aprovados pelo Congresso Nacional, visando a uma maior legitimidade em sua atuação. Tais medidas poderiam acarretar uma maior independência política das entidades da administração indireta, particularmente daquelas encarregadas da regulação de determinadas atividades econômicas, frente ao Poder Executivo, permitindo a sua institucionalização como efetivos órgãos da sociedade e não apenas do governo.

15. Além das questões acima mencionadas, que dizem respeito a questões mais propriamente técnicas, de organização constitucional da intervenção do Estado na economia, é fundamental que a futura Constituição estabeleça os parâmetros mínimos com vistas à promoção de uma política pública que melhor atenda às camadas mais pobres da população.

16. Inicialmente, cabe mencionar que a Constituição de 1946, de cunho marcadamente liberal, com relação à Ordem Econômica e Social, era bem mais progressista do que a vigente. Nos termos de seu art. 145, a ordem econômica deveria ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. Ademais, nos termos do parágrafo único do art. 145, assegurava-se a todos “trabalho que possibilite existência digna”. Tais menções à conciliação entre liberdade de iniciativa e valorização do trabalho humano, bem como à garantia de trabalho, foram excluídas a partir da Constituição de 67, tendo o texto Constitucional vigente consagrado o binômio “desenvolvimento nacional e justiça social”.

17. Seria fundamental o estabelecimento, na futura Constituição, do princípio que assegurasse o direito ao trabalho a todos, como correlato ao dever jurídico do Estado de efetivamente propiciá-lo, de tal sorte que se pudesse, na legislação ordinária, estabelecer mecanismos que assegurassem condições de so-

brevivência aos desempregados, via alguma modalidade de seguro-desemprego, bem como propiciassem o direito à estabilidade do empregado em seu trabalho.

18. Outro aspecto relevante diz respeito a definição da liberdade de iniciativa, a qual constitui, na vigente Constituição, um direito praticamente absoluto, inviolável, de caráter pleno e não residual, consistindo, ademais, em uma das prerrogativas fundamentais da personalidade.⁵

19. Em princípio, ainda que constituindo a liberdade de indústria ou atividade uma prerrogativa essencial do cidadão, deve ela ser condicionada, particularmente nas áreas em que o Estado atue como promotor de políticas sociais básicas (saúde, educação, habitação etc.), à utilidade social. Nessa linha, cabe mencionar ser esta, inequivocamente, a tendência das Constituições em vários países europeus. Exemplificativamente, a Constituição italiana proclama, em seu art. 41, a liberdade de empresa, submetendo-a, porém, à utilidade social, à segurança, à liberdade e à dignidade humana. Sem alguma disposição constitucional dessa natureza é praticamente impossível, por exemplo, o estabelecimento em lei, sem que esta sofra a pecha de inconstitucional, de uma política ambiental e que estabeleça sanções às práticas empresariais que agridem a natureza e os homens.

20. Ademais, deve a futura Constituição, a nosso ver, fixar alguns princípios visando à conciliação da liberdade de iniciativa com a dignidade do trabalho. Nesse sentido, caberia a previsão genérica, no texto constitucional, para posterior estabelecimento em lei, da participação dos empregados nos lucros e na gestão das empresas. Não se trata de consagrar o fenômeno da autogestão, verificado na Iugoslávia, mas sim de aproveitar as experiências recentes da Inglaterra, no campo da chamada "democracia industrial", bem como da Alemanha Ocidental, com o sistema da co-gestão, aplicável às macro-empresas. Observe-se que mesmo nos Estados Unidos verificou-se, na última década, um acréscimo notável na participação dos empregados na gestão e lucros das empresas. Tal movimento ganhou maior relevância a partir de 1974, quando uma lei federal estabeleceu um sistema de incentivos fiscais às empresas que cedem parte ou todo o capital dos empregados, através dos programas intitulados "employee stock ownership plans".⁶ Trata-se, a propósito, de interessante modalidade de indução a uma maior participação dos empregados nas empresas, sem qualquer natureza de sanção aos acionistas controladores.

21. Outro aspecto importante a ser tratado na Constituinte refere-se à questão da cidadania. Impõe-se uma extensão dos direitos tidos como invioláveis, no texto constitucional vigente (art. 153) centrados apenas nos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade.

22. A extensão dos direitos da cidadania deve, em nosso entendimento, ser enfocada sob um duplo aspecto, no sentido de:

a) assegurar uma maior participação no processo decisório de medidas que repercutam na ordem social e econômica;

b) ampliar o conjunto de direitos invioláveis do cidadão, neles incluindo direitos essenciais, de natureza econômica.

23. Quanto ao primeiro aspecto, cabe ressaltar que, conforme já foi entre nós observado, o Brasil, no período pós-64, caracteriza-se por um recesso da cidadania política, isto é, pelo não reconhecimento, por parte do Estado, do direito da sociedade governar-se a si própria, o que se reflete em todos os

níveis, inclusive nas instituições da política social. Nessa linha, verifica-se que não participam representantes dos empregados e empregadores do sistema previdenciário, nem participam os beneficiários da gestão do FGTS, do PIS-PASEP e do FINSOCIAL. Com efeito, trata-se de fundos administrados sem controle público e, principalmente, sem a participação de representantes dos beneficiários.⁷

24. Assim, seria importante o estabelecimento, no texto constitucional, de disposições que assegurassem, necessariamente, a participação de representantes dos beneficiários na administração de quaisquer fundos voltados para a implementação de políticas sociais, permitindo, de tal forma, o autogoverno pela sociedade, bem como minimizando a possibilidade de gestão autoritária ou meramente burocrática de tais fundos.

25. Tendo em vista uma ampliação dos direitos que compõem a cidadania, é indispensável que sejam considerados direitos invioláveis do cidadão, além daqueles concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, também os direitos econômicos e sociais, tais como os direitos ao trabalho, à saúde, à habitação. Da mesma forma, em tal categoria devem ser incluídos os direitos cada vez mais ameaçados pela moderna sociedade industrial, como são os dos consumidores e aqueles referentes à privacidade, à informação, à manutenção do equilíbrio ecológico etc.

26. Cabe mencionar, a propósito, o exemplo da Constituição de Portugal, referente ao direito à habitação, posto que não apenas o prevê genérica e abstratamente, mas também comete ao Estado o poder-dever de torná-lo realidade.

27. Nessa linha, a Constituição portuguesa, em seu art. 65, estabelece que: "Todos tem direito, para si e para a sua família, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar".

Mais adiante, dispõe que, visando a assegurar o direito à habitação, incumbe ao Estado:

a) programar e executar uma política de habitação apoiada em planos de urbanização que garantam a existência de uma rede adequada de transportes e de equipamento social;

b) incentivar e apoiar as iniciativas das comunidades tendentes a resolver os problemas habitacionais e fomentar a autoconstrução e a criação de cooperativas de habitação;

c) estimular a construção privada, com subordinação aos interesses gerais.

Estabelece ainda o n. 4.º do art. 65 que caberá ao Estado e às autarquias locais o exercício do efetivo controle do parque imobiliário, procedendo à nacionalização ou municipalização dos solos urbanos e à definição do respectivo direito de utilização.⁸

28. O exemplo acima parece-nos relevante, no sentido de demonstrar que não basta a previsão constitucional de determinados direitos sem o correlato cometimento ao Estado dos meios para tornar eficazes tais direitos. Assim, a definição dos direitos econômicos e sociais apresenta-se como a outra face do poder-dever atribuído ao Estado de promover o bem-estar social.

29. As observações aqui feitas não constituem, evidentemente, um programa, nem tal era nossa intenção. A Constituição que teremos será fruto de

embates que deverão ser travados na arena política, agora em moldes democráticos e, esperamos, com uma participação de toda a Nação e não apenas dos que até aqui exerceram o poder.

Os eventuais avanços, no sentido de elaborar os marcos jurídicos de uma sociedade mais justa, não poderão prescindir, conforme procuramos resumidamente demonstrar, de uma reformulação profunda nos princípios que presentemente disciplinam o capítulo referente à Ordem Econômica e Social na Constituição.

Rio de Janeiro, 25 de novembro de 1985.

NOTAS

1. Raymundo Faoro, *Assembléia Constituinte. A legitimidade recuperada*. São Paulo, Brasiliense, 1985, pp. 10 e 11.

2. A propósito, Fábio Konder Comparato observou que: "É preciso não esquecer que a Constituição, como toda lei, não dá impulso à atividade econômica. Ela fixa balizas, estabelece diretrizes. De modo que, sem peças políticas atuantes e, sobretudo, sem participação popular na vida política, a Constituição fica um esqueleto. Mas esse esqueleto é indispensável para que o corpo humano se mantenha em posição ereta" (entrevista à *Revista Senhor* 239/8, 16.10.85).

3. Por força de tal situação, conforme apontado por técnicos do Ministério do Planejamento, no "2.º Simpósio sobre Relações entre os Poderes Executivo e Legislativo na Nova República", a burocracia estatal não está preparada para executar projetos de caráter social, uma vez que não aparelhou-se para gerir grandes somas de recursos destinados a projetos em programas socialmente prioritários, apresentando respostas mais rápidas nos casos envolvendo a Construção de uma hidroelétrica, uma estrada, ou um programa de substituição de importações (*Jornal do Brasil*, 26.11.85, p. 12).

4. Em parecer publicado em 1953, San Tiago Dantas já apontava que a lei pode validamente delegar poderes regulamentares às autarquias, constituindo tal delegação tendência modernamente observada em quase todos os países, dada a necessidade de descentralização e especialização dos controles exercidos sobre determinadas atividades econômicas. ("O Poder Regular das Autarquias", in *Problemas de Direito Positivo (Estudos e Pareceres)*, Rio, Forense, 1953).

5. Modesto Carvalhosa, *A Ordem Econômica na Constituição de 1969*, São Paulo, Ed. RT, 1962, pp. 112 e ss.

6. José Simões Patrício, "A autogestão na lei e na jurisprudência", RDM 56/98, outubro-dezembro/1984, São Paulo, Ed. RT.

7. Wanderley Guilherme dos Santos, *Cidadania e Justiça*, Rio de Janeiro, ed. Campus, pp. 122 e 123.

8. Eliseu Figueira, *A Constituição e o Direito de Habitação*, Lisboa, Diabril, 1977, pp. 14 e 15.