

A ORDEM ECONÔMICA E A REVISÃO CONSTITUCIONAL

Washington Peluso Albino de Souza
Prof. Titular de Direito Econômico

O caminho mais recomendável de tratamento do tema “A Ordem Econômica e a Revisão Constitucional” parece não ser outro que não uma revisita introdutória às próprias teorias da Constituição, à sua peculiar hermenêutica combinada com a “tópica” na interpretação dos diversos dispositivos. No caso específico da Carta Brasileira de 1988, bem como nas anteriores, a partir de 1934, estamos diante de modelos de Constituições Plurais, portadoras de elementos ideológicos diferentes entre si, quando os tomamos como “puros”. Porém, quando ali reunidos, impõe-se a sua aceitação harmônica. Não se admite a lógica linear simplista de “conflitos” que conduziriam à conclusão de dispositivos inconstitucionais compondo a Constituição. As elaborações teóricas diante desta circunstância, tiveram que se enveredar pela “crítica” e os “debates ideológicos”, marchando para a hermenêutica Constitucional dialética, com a mútua complementariedade dos opostos e, levando-nos na própria teoria da Constituição até as teorias do Estado e da Sociedade, quando se nos deparamos, dentre outros, com os problemas da “Legitimação” e do “Consenso”. É neste sentido que se torna oportuna a lição de Harbermas ao questionar o problema da legitimidade do “Capitalismo tardio” contra Hennis que insiste na legitimidade do Estado Constitucional (Canotilho, “Constituição Dirigente”, pg. 18).

O que se verifica no Estado Constitucional Democrático, diferente do Estado de Direito Formal reduzido a simples “ordens” de organização e de “processo”, é que se procura legitimar o “Estado de justiça social”, realizável e não abstrato, sendo esta justiça social o “fator de legitimação Constitucional”, na opinião de Denniger (Canotilho, idem pág. 24).

Assim sendo, ao considerar as categorias tópicas da teoria da Constituição vamos identificar, em detalhe, a categoria “Consenso” sobre os princípios adotados no texto Constitucional, do mesmo modo que ali se encontra democraticamente consignada a realidade social, plural, antagônica, e em tensão, daí resultando que a Teoria da Constituição deva “ter em conta não apenas a tarefa ou a função de unidade da Constituição, mas também a ‘oposição’, o ‘antagonismo’ e a ‘tensão’ conscientemente aceitos na estrutura Constitucional”, na lição de Goldner (Canotilho, *idem*, pág. 142; D. Goldner, “Integration und Pluralismen in Demokratischen Reschstaat”). Nesta mesma linha de raciocínio afirma Canotilho que “a permanência das contradições e a consciência das mesmas não exclui uma intenção de justiça e de verdade nas propostas apresentadas”.

Coincidindo com tais pontos de vista e nas seqüentes pesquisas e estudos que vimos realizando sobre a Ordem Econômica nas Constituições foi que pudemos aprofundar o tema no artigo “Contradições Ideológicas na Constituição de 1988”, como simples retomada do que já vínhamos constatando nas anteriores Constituições Brasileiras, e que nos levará a alguns pontos e posições teóricas como o de tomar como “ideologias constitucionalmente adotada o conjunto de princípios incluídos pelo legislador constituinte nas respectivas Cartas, independentemente dos conceitos puros ou mesmo mesclados de ideologias habitualmente consideradas”. Em decorrência, procuramos também argumentar no sentido de que a hermenêutica constitucional, especialmente em se tratando de Ordem Econômica, deveria assentar-se na indicação das soluções consentâneas com a realidade posta nas diversas circunstâncias, seguindo a linha oferecida por Max Weber como a de maior vantagem no atendimento aos objetivos pretendidos. Foi neste sentido que fixamos o “princípio” ao qual chamamos de “economicidade” como um elemento instrumental a ser aplicado ante a necessidade de adoção de um dado ideológico com o afastamento do seu contrário, quando ambos se encontrem consagrados no mesmo texto Constitucional, e sem que se caracterize conflito entre os mesmos. Assim foi que no artigo citado afastávamos a idéia de “conflito” e adotávamos a de “convivência harmônica” especialmente levando em consideração que longe de contrariedade entre os mesmos o que se verificava era a complementariedade entre ambos e em lugar de conflito temos a ambigüidade do conceito oferecido por Merleau Pontí.

Trazendo este raciocínio para o texto Constitucional de 1988 vamos ter no Título VII, Capítulo I, “Dos Princípios Gerais de Atividade Econômica”, a definição dos “fundamentos” e dos “princípios” que regem todo o conjunto de artigos ali reunidos. Lembremos as referências sobre a teoria da Constituição quando ali encontramos a categoria “Justiça Social” com o mesmo significado que lhe é dado na Carta de 1988, ou seja, o de referência

valorativa superior da interpretação tópica buscada. Não por acaso os nove itens representando os “princípios” da Ordem Econômica nesta Carta estão impregnados de sentido ideológico fundamental. Em nossa opinião, não se permite sejam desprezados ou menosprezados, funcionando portando como “intocáveis” em qualquer hipótese de Revisão Constitucional, sob pena desfiguração e retalhamento da Carta em seu conjunto e sua estrutura orgânica. Assim proceder seria impor novo valor Constitucional, invalidando a competência do poder originário, pelo indevido excesso do poder derivado.

A partir de tal posicionamento, dificilmente nos parece aceitável qualquer expediente que se insurja contra estes fundamentos e princípios como dados de realidade Constitucional da Carta de 1988. E uma análise, ainda que sucinta, de projetos revisionistas, tanto do Governo Collor quanto da Comissão de Revisão do Congresso, ao nosso ver, concluímos que os mesmos insistem em proceder desta maneira.

Tal apreciação, entretanto, para que se mantenha na serenidade desejada e se limite a argumentos técnicos, leva-nos a algumas premissas sobre a Revisão autorizada no art. 3º das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta de 1988. Este parece-nos excessivamente lacônico por determinar apenas o período ao fim do qual deveria ser realizada e a modalidade da votação por maioria absoluta de membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral. Não estabelece limites, não enumera cláusulas intocáveis. Poder-se-ia imaginar que a Carta ao absorver todos os direitos identificados pelo inédito processo indutivo de recebimento de sugestões diretas do cidadão na fase de sua elaboração, o constituinte teria praticado um laço falso que a ser desfeito, pela revisão, jogasse por terra tudo o que ali havia sido consignado. As interpretações ligadas aos mais diversos interesses, assim como aquelas imbuídas dos mais sãos princípios jurídicos, debatem-se na busca de uma satisfatória conclusão, tais são as decorrências deste fato. Diante disto, indaga-se: Qual a natureza da “revisão”, total, parcial? Quais as áreas alcançáveis: Política, Social, Tributária, Econômica? Quais os limites: absolutos, relativos? Mas pelos primeiros poder-se-ia chegar à dupla revisão, incidindo inicialmente sobre as normas da própria revisão. Tomadas como normas supra constitucionais, incidiriam mesmo sobre os “topos” constitucionais imodificáveis e deixariam de ser ato inconstitucional para afirmar-se como ruptura revolucionária ou “golpe” de Estado (Canotilho, “Direito Constitucional”, pág. 752). Sem chegar a tal extremo, defendemos o ponto de vista de que, modificar ou falsear os “princípios” definidores da Ordem Econômica importa em violentar a Constituição no que tem de valores fundamentais. Se tal risco era admitido para o expediente da “revisão”, julgamos razoável estendê-lo até à hipótese da Emenda Constitucional. Fácil é compreender o significado de tal fato.

Partimos, portanto, do ponto de vista de que os “fundamentos” e os “princípios” definidos no art. 170, da Constituição de 1988 não possam ser objeto da revisão ou de quaisquer modificações, sob pena de se ferir medularmente a intenção do constituinte originário. No entanto, justamente para eles se voltam as vistas dos projetos revisionistas: O projeto Collor propõe que se modifique o art. 171, onde se estabelece a diferença entre “Empresa Brasileira” merecedora de estímulos especiais, e a “Empresa Brasileira de Capital Nacional”. Extirpa estes dois itens e substitui o art. 171 pela definição: “é considerada Empresa Brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sede e administração no país”. Da mesma maneira procedeu a Comissão do Congresso, no parecer nº 41 de 1.994-RCF, apresentando substitutivo do deputado relator Nelson Jobim em que determina: “art. 1º – São suprimidos os incisos I e II e os parágrafos 1 e 2 do art. 171 da Constituição, que passa a vigorar com a seguinte redação: art. 171 – É considerada Empresa Brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no país.

No tocante aos princípios da Ordem Econômica (art. 170) o parecer nº 42 de 1994-RCF, o mesmo relator, depois de entender que “o texto atual na fundamentação dos princípios da Ordem Econômica está adequado, exceto pelo que se refere à abrangência da possibilidade de restrição e livre iniciativa, distorsão que julgava sanar com a apresentação de emenda ao parágrafo único do art. 170, na forma do substitutivo que apresentou”, e que é o seguinte: art. 1º – O parágrafo único do art. 170 da Constituição, passa a vigorar com a seguinte redação: “É assegurado a todos os livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos nesta Constituição. Alegava que a modificação de “salvo em casos previstos em lei”, por “previstos na Constituição” restringia possível arbítrio do legislador com referência ao livre exercício da atividade econômica.

Saindo dos “princípios” constante do art. 170 para os artigos subsequentes, ainda integrantes do Capítulo I, outros pontos insistentemente visados por uma corrente de revisionistas merecem exame. Destaca-se a propósito a técnica de retirar dos artigos referentes ao Monopólio da União, elementos caracterizadores que são levados para o art. 21 onde é atribuída competência à União para conceder exploração por concessão ou permissão, mudando portanto a sua natureza monopolística. Assim, o projeto Collor estabelecia o regime de exploração direta ou mediante permissão ou concessão dos serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, excluindo as Empresas sob controle acionário estatal do artigo originário. No mesmo item II transferia para o art. 21 os incisos II, III, e IV do art. 177 que determina o Monopólio da União em rela-

ção ao petróleo. Colocava sob a possibilidade de concessão ou permissão, a refinação do petróleo por nacional ou estrangeiro, o transporte marítimo do petróleo a bruto de origem nacional ou de derivados de petróleo a produzidos no país, e o transporte, por meio de conduto, de petróleo a, seus derivados e gás natural de qualquer origem; a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades de pesquisa e lavra da jazida de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos.

Incluía também, e sob o mesmo regime, a pesquisa, a lavra, e o comércio de minérios nucleares, bem como serviços e instalações nucleares de qualquer natureza.

Por seu turno, o Parecer nº 39 da Comissão do Congresso de 1994-RCF passava igualmente para o artigo 21, retirando da condição de monopólio, as telecomunicações, com o seguinte substitutivo: “Explorar, diretamente ou mediante concessão ou autorização os serviços de telecomunicações”.

Quanto a pesquisa e lavra de recursos minerais e aproveitamento de potenciais de energia elétrica, que o art. 176 da Constituição Federal só admitia por brasileiros ou Empresa Brasileira de Capital Nacional, o parecer nº 45 de 1994-RCF substituiu aquela exigência por “brasileiro ou Empresa Brasileira”.

Os relatórios da Comissão do Congresso revelam-nos alguns outros elementos dignos de apreciação porque são as propostas oferecidas pelos parlamentares, em grande número de casos com posições tomadas por defensores da revisão na linha de aplicá-la a dispositivos da Ordem Econômica. Assim, voltando ao parecer nº 42 sobre Princípios da Ordem Econômica o relatório apresenta-nos seis grupos, com 75 propostas que alteram no todo ou em parte o art. 170. Dentre elas o relator destaca 12 que defendem pura e simplesmente a eliminação do tratamento favorecido para as Empresas Brasileiras de Capital Nacional e de Pequeno Porte. Outro, composto de 21 propostas, faz menção a Empresa defendendo a supressão do qualificativo “de Capital Nacional”. Ainda outro, composto de 13 propostas, altera o inciso IX além da supressão do qualificativo de “Capital Nacional” para as Empresas de Pequeno Porte, pretendendo o tratamento favorecido a todas as Empresas Brasileiras, a extensão aos pequenos produtores rurais e cooperativas, a substituição do “tratamento favorecido” por “tratamento diferenciado”. Outras defendem alterações nos fundamentos da Ordem Econômica, substituem a “redução das desigualdades regionais e sociais” por “justiça e bem estar social”, suprimem o inciso III retirando a “função social da propriedade” do rol dos princípios da Ordem Econômica, o mesmo fazendo com o inciso VIII, com a “busca do pleno emprego”. Outro grupo compõe-se de propostas de mudança substancial de todo o texto do artigo. Acrescenta “estabilidade da moeda nacional” aos fundamentos da Ordem Econômica, substitue os princí-

pios consignados nos incisos I a IX por três pressupostos – Direito à propriedade, Direito dos consumidores, e Direito Ambiental, retirando do conjunto a função social da propriedade, introduzindo a dignificação do trabalhador, a correção de entraves estruturais em direção à auto sustentação da economia e preconiza para o caput o exercício de qualquer atividade econômica assegurado a todos. Onze propostas alteravam a redação original do parágrafo único, do art. 170, ou o suprimem. Por fim, um grupo de 10 introduz novos dispositivos. Acrescenta novos princípios da Ordem Econômica como a duração da atividade econômica de no mínimo 72 horas semanais, inclui a racionalidade econômica no uso dos recursos naturais, a proteção e incentivo à tecnologia nacional, e a livre concorrência, livre iniciativa, livre mercado, vedado qualquer monopólio público ou privado. Um grupo de seis amplia a possibilidade de intervenção na Economia, atribui à União competência para desapropriar qualquer propriedade que não proteja o meio ambiente, preconiza a lei de defesa da livre concorrência contra o Abuso do Poder Econômico e da Posição Dominante, assegura aos depositantes em Caderneta de Poupança a livre movimentação dos ativos e veda a imposição de qualquer tipo de confisco, bloqueio ou empréstimo compulsório, bem como ao Poder Público, a interferência em setores competitivos.

Não se encontra consistência nestes projetos revisionistas, a não ser na atitude daqueles que situam seus impactos sobre pontos voltados para o desmantelamento das estruturas historicamente montadas levando à imposição de uma política de terra arrasada, tendo em vista que a iniciativa privada nacional ainda não provara a sua eficiência sem o apoio de medidas econômicas e financeiras protecionistas.

Em se tratando de “revisão” da Carta de 1988, por certo, a improbidade de dispositivos ali introduzidos para o modelo parlamentarista, modificado posteriormente para o presidencialismo requer correta readequação. Este foi, aliás, um dos motivos apontados para o art. 3º das Disposições Constitucionais Transitórias, que **autorizou**, mas não **obrigou**, a revisão, mesmo porque só na admissão de hipótese experimental da Carta pelo prazo de 5 (cinco) anos, se justificaria a medida em face da realidade encontrada. Justifica-se a “revisão” no tocante à relação de Poderes, a detalhes do comportamento político e à política tributária.

O tratamento a ser dado à Ordem Econômica na Carta de 1988, entretanto, voltada para a justiça social, não padece, em nosso modo de entender, de tais revisões, a menos que nos coloquemos em posição contrária a intenção do constituinte originário que a produziu. Foi na defesa deste ponto de vista que procuramos conduzir-nos nos trabalhos da Comissão Especial de Revisão Constitucional que integramos em atendimento a honroso convite formulado por Sua Excia. o Sr. Presidente da República e onde atuamos ao

lado de ilustres professores desta Casa e de destacados nomes dos quadros jurídicos nacionais.

Lidando com o estudo, a pesquisa, o ensino e as publicações sobre a Ordem Econômica nas Constituições por várias décadas, pudemos acompanhar atenta e serenamente o seu tratamento na seqüência histórica do constitucionalismo brasileiro e na política econômica vivida em todo este período. O primeiro dado extraído neste sentido está na orientação de se tratar a temática econômica em conjunto de incisos reunidos em Títulos ou capítulo, desde a Carta de 1934, afastando-se do estilo que hoje se denomina de “enxuto”, da Carta Liberal de 1891 e passando-se ao neo-liberal posterior. Verdade é que mesmo naquela, foram encontradas “dobras” intervencionistas que permitiram o Convênio de Taubaté para o comando da política cafeeira pelo Estado, para não se falar da emenda de 1926, voltada para a defesa de nossos recursos minerais, livremente explorados por nacionais ou estrangeiros, por força do princípio da “acessão” pelo qual o constituinte de 1891 romperá a tradição vinda desde o direito português. O restabelecimento do princípio da “separação”, efetivado a partir de 1934, manteve-se em todas as Cartas posteriores, sendo aperfeiçoado na atual, com a declaração de que as jazidas minerais e recursos energéticos “pertencem à União” e que a sua exploração se dará por “brasileiro ou empresa brasileira de capital nacional”, pontos que os revisionistas atacam com a nova definição de empresa brasileira e a transposição para o art. 21, como vimos. Com isto, procura-se subverter uma linha histórica só interrompida no período liberal de 1891 a 1926 quando a iniciativa privada não elevou esta atividade ao nível da importância de tais riquezas no país e do progresso industrial registrado no resto do mundo. Ao contrário, as jazidas permaneceram intocadas em mãos estrangeiras, como no caso do minério de Itabira, e os recursos hidrelétricos tiveram a sua exploração monopolizada por empresas estrangeiras nas grandes centrais do Rio de Janeiro e São Paulo, impedindo o desenvolvimento no interior e forçando a ação do Estado, como se deu em Minas e posteriormente com a monopolização nacional. Quanto ao petróleo, falsos técnicos de renome nacional ou internacional negaram a sua existência em território brasileiro, bastando lembrar a respeito o lastimável episódio de perseguição a Monteiro Lobato e do sacrifício de vidas e de carreira de brasileiros idealistas.

Na mesma trilha de argumentos poderiam ser perpassados todos os artigos do Título VII, não fossem as limitações de tempo a que estamos condicionados. E compreenderíamos as razões pelas quais foram alçados ao nível constitucional temas que não encontraram suficiente solução a partir da legislação ordinária existente. Entre eles, citaremos o disposto no art. 172, com a introdução do capital estrangeiro pela primeira vez em nossos textos constitucionais, apesar da legislação existente e dos excessos administrativos prati-

cados nas políticas correspondentes, levando o País à situação de dívidas com reflexos em todos os sentidos e conseqüências inflacionárias desafiantes e até agora incontrolláveis.

A técnica da Constituição portadora de diretivas de política econômica, possibilitou-nos o estabelecimento de parâmetros e definições de objetivos de desenvolvimento e de justiça social que qualquer texto considerado "enxuto" jamais possibilitaria, à falta mesmo de elementos culturais políticos e administrativos que não constam de nossa formação de país vindo de modelo colonialista de economia dominada, e ainda hoje subrepticamente alimentados no comportamento dos formadores de opinião e dos dirigentes públicos e privados.

Dados negativos de nossa realidade, tais como a corrupção, a ineficiência administrativa, tanto no governo como nas empresas estatais ou particulares, são temas da Ordem Econômica na Constituição, mas da ética em crise e do desmantelamento de valores positivos de nossa sociedade. Não obstante, e para confirmar tal ponto de vista, quando a Carta de 1988 procurou organizar o Sistema Financeiro Nacional de modo a estancar a ciranda financeira bancário-governamental, com a irrigação do crédito e das aplicações de recursos, em todo o território nacional em lugar da sua canalização forçada para os grandes centros industriais, e estabeleceu a taxa de juros procurando fixá-la ao nível de 12% a.a. contra mais de 50% ao mês, os grandes interesses contrários movimentaram os seus melhores cérebros para impedir ou protelar a sua aplicação. Procederam do mesmo modo nos trabalhos constitucionais sobre as reformas agrária e urbana.

Assim raciocinando, defendemos a posição de que a Ordem Econômica tal como tratada na Carta de 1988, obedece a aperfeiçoamentos e a técnica historicamente adotadas em nosso constitucionalismo, e que o tratamento explícito por ela conferido aos temas fundamentais é o registro da presença de nossa realidade, na convicção de que a posição hierárquica que lhes é conferida constitui o recurso inevitável contra a sua dispersão em leis ordinárias sem o devido embasamento na Lei Maior.

Se tais problemas transferem-se para o comportamento dos homens em termos de ética e de patriotismo, o fato é que em sede constitucional a interpretação e aplicação dos textos pelo método preconizado e em face da natureza plural que apresentam, recebem o sentido humano e de orientação pelo referencial da justiça social, libertando-se das conseqüências do logismo linear que realmente pode dispensar as explicitações temáticas, porque insiste em permanecer no modelo do "homo aecronicus", artificial, abstrato e sobretudo desumano.

Elaborada como vimos, segundo a metodologia zetetica, ou pelo método indutivo de elevação da realidade à condição de conteúdo da norma cons-

titucional, confirmada a metodologia hermenêutica de tratamento dialético de elementos que se complementam em lugar de se defrontarem em conflito, e traduzindo o verdadeiro sentido, em nosso ponto de vista, de que deva ser dado à Ordem Econômica em sede constitucional, a condição de compor-se dos temas fundamentais às condições dignas de vida do cidadão e do país, mantemos a opinião de que pouco ou quase nada haveria de ser revisto ao Título VII da Carta de 1988, quer pelo curto prazo de experimentação de suas inovações, quer pela aprovação dos elementos que tradicionalmente se mostraram positivos na sua evolução histórica. A vigilância contra os subterfúgios que poderão manifestar-se em futuras emendas, deve ser mantida de modo a evitar o dismantelamento da harmonia de conjunto. Este parece-nos ser o próximo passo a observar a luta constitucional contra a humilhante realidade que se impõe ao cidadão brasileiro, como tal considerados, todos os entes humanos, nossos patrícios, aos quais não se pode negar o título de nacionais, quer componham as elites privilegiadas, quer se incluam na miserável sociedade das sargetas composta da infância e da velhice desamparada, dos marginais de toda ordem e dos idealistas que, sonham com a estirpação de todos esses males pelo instrumento do direito, a partir da Constituição.

CAPÍTULO IV

DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL

SEÇÃO I

DA REPARTIÇÃO DAS COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I - impostos;

II - taxas, pelo exercício regular do poder de polícia ou pela prestação efetiva dos serviços públicos, excetuadas as divisíveis;

III - contribuições de melhoria decorrentes de obras públicas, tendo por base de cálculo o valor da coisa ou o aumento de valor corrente;

§ 1º - As taxas não poderão ter base de cálculo constituída em postos;