

art. 037/83

clm

Ives Gandra da Silva Martins

A ORDEM ECONÔMICA NA NOVA CONSTITUIÇÃO

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,  
Professor Titular de Direito Econômico da  
Faculdade de Direito da Universidade  
Mackenzie; Presidente da Academia Internacional  
de Direito e Economia e Presidente do Conselho  
Superior de Estudos Jurídicos da Federação do Comércio  
do Estado de São Paulo.

A Ordem Econômica na nova Constituição é orientada por 7 princípios fundamentais. O primeiro deles é o princípio da patrimonialidade pelo qual a propriedade é um direito assegurado. Não se refere só à propriedade dos bens pessoais, o que esculpido está no Título dos Direitos e Garantias Individuais e Coletivos (art. 5º inciso XXII), mas à dos bens de produção, princípio este estatuído no artigo 170 inciso II.

Este aspecto merece especial consideração, visto que o direito de propriedade é conformado, na nova ordem, sem ter o mesmo desenho que ostentava na anterior. Tanto a nova Carta como a anterior, cuidam da função social da propriedade (artigo 160 inciso III da E.C. nº 1/69 e 170 inciso III da C.F. de 88). O pretérito texto, todavia, não previa o direito de propriedade na ordem econômica e, no atual, esse direito precede o da função social, o que vale dizer, pela nova ordem o direito de propriedade é um direito amplo e a função social, um direito vicário, secundário, auxiliar, acessório. Todos os textos mencionados estão assim redigidos:

"Art. 5º. inc. XXII: é garantido o direito de propriedade";

"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: .... II. propriedade privada; ...";

## Ives Gandra da Silva Martins

"Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: .... III. função social da propriedade; ..";

"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: .... III. função social da propriedade; ...".

É, pois, o princípio da patrimonialidade o primeiro estatuído na nova ordem.

O segundo deles é o princípio da livre iniciativa aberta. Garantia-a a anterior Constituição, mas como princípio decorrencial (artigo 160 inciso I). A atual coloca-o como princípio fundamental, pois o enumera no "caput" do artigo 170.

Desta forma, no texto atual ganha mais densidade, razão pela qual a presença subsidiária do Estado, exposta nos artigos 170 da anterior ordem e 173 da nova ordem, passa a ser, exceção feita às hipóteses expressamente excluídas, mais claro no atual texto que no anterior.

A livre iniciativa é, portanto, princípio assegurado, estando todos os textos assim expressos:

"Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

I. liberdade de iniciativa;"

"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: ....";

**Ives Gandra da Silva Martins**

"Art. 170. § 1º. Apenas em caráter suplementar da iniciativa o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica";

"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".

O terceiro princípio é o da reserva de mercado estrita. Apenas nos casos em que a empresa brasileira de capital estrangeiro for contrária às atividades estratégicas, ao desenvolvimento econômico e ao desenvolvimento tecnológico, a empresa brasileira de capital nacional poderá ter reserva de mercado. Está o artigo 171 § 1º assim redigido:

"Art. 171. São consideradas:

I. empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no país;

II. empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no país ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.

§ 1º. A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional:

I. conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do país;

II. estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos:

a) a exigência de que o controle referido no inciso II do caput se estenda às atividades tecnológicas da empresa, assim entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia;

b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes no país ou entidades de direito público interno".

## Ives Gandra da Silva Martins

À evidência, a leitura "a contrário sensu" leva à conclusão de que se uma empresa brasileira de capital estrangeiro não for contrária às atividades estratégicas, ao desenvolvimento nacional ou ao desenvolvimento tecnológico, não lhe poderá ser retirado o direito de atuar no país, a título de reserva de mercado constitucional.

O quarto princípio é o da livre concorrência. Tal dispositivo não estava plasmado na anterior ordem constitucional. Livre concorrência é mais do que livre iniciativa. Pela livre iniciativa é perfeitamente possível ao Estado controlar preços e estipular um planejamento objetivo para o setor privado, posto que a livre iniciativa não implica livre concorrência. A livre iniciativa apenas autoriza o setor privado a explorar atividades econômicas, mas poderá fazê-lo com nítida camisa de força imposta pelo Estado.

O princípio da livre concorrência é maior do que o da livre iniciativa. Por ele, não só é autorizado o setor privado a atuar na exploração econômica, como é defeso ao Estado intervir na formação dos preços. A livre concorrência não admite controle de preços, principalmente se tal controle desembocar no tabelamento ou no congelamento. O princípio da livre concorrência torna órgãos como o CIP, SEAP ou SUNAB, inconstitucionais, sem estrutura legal, injurídicos à luz do novo texto.

Está o artigo 170 inciso IV assim exposto:

"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: ..... IV. livre concorrência;"

O quinto princípio é o da preferência na aquisição pelo Poder Público de bens e serviços das empresas brasileiras de capital nacional.

O princípio é restrito, posto que apenas se houver "empate técnico" poderá o Poder Público adquirir de empresas nacionais bens e serviços, preferindo-as às empresas multinacionais. É que o Poder Público representa a sociedade e esta não pode, e nem deve, pagar mais por um bem ou serviço apenas porque o fornecedor é empresa nacional, mesmo que seus preços sejam superiores.

## Ives Gandra da Silva Martins

Esta o § 2º do artigo 171 assim redigido:

"§ 2º. Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional".

O sexto princípio é o do planejamento econômico indicativo para o setor privado.

Está o "caput" do artigo 174 da C.F. 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".

É o referido dispositivo novidade no sistema e torna obrigatório o planejamento econômico apenas para o Estado e nunca para o empresariado. Este apenas se subordinará à fiscalização governamental se aderir a incentivos ofertados pelo Estado, no que o planejamento, nesta matéria, passa a estar justificado.

À evidência, o planejamento macroeconômico resultante do plano verão e dos controles de preços pelo CIP e SEAP, que são obrigatórios, violentam o texto constitucional, dilacerando-o de forma inequívoca.

O último princípio é o da repressão ao abuso do poder econômico que se exterioriza por 6 facetas, a saber: aumento arbitrário de lucros, eliminação da concorrência, dominação de mercados, crimes contra a economia popular, sistema econômico e financeiro.

Os §§ 4º e 5º do artigo 173 têm a seguinte dicção:

"§ 4º. A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros";

## Ives Gandra da Silva Martins

§ 5º. A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular".

O que seja "aumento arbitrário de lucros" é impossível dizer, sem que se produza lei que o conceitue. O lucro arbitrário é o lucro acima do normal, e se a lei não definir qual é o lucro normal, não se pode falar em lucro arbitrário.

A eliminação da concorrência e a dominação dos mercados já estavam, como de resto o lucro arbitrário, contemplados na velha ordem, que os proibia no inciso V do artigo 160 da E.C. nº 1/69, com a seguinte dicção:

"Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

V. repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros".

As três formas de abuso do poder econômico são de competência apenadora e julgadora do CADE e suas hipóteses estão plasmadas na lei 4.137/62.

À evidência, CIP, SEAP ou SUNAB não têm a mesma competência para cuidar da matéria, antes podendo o CIP e o SEAP serem enquadrados em órgão causadores do abuso do poder econômico, por ao nivelarem os preços de todos os setores, retirando a força do mercado, ajudar à dominação dos mais fortes e a eliminação da concorrência.

Por fim, os crimes contra a economia popular, sistema financeiro e econômico estão previstos na lei penal ou constituem ilícitos administrativos também de previsão legislativa ordinária, cabendo sua apuração final ao Ministério Público da União ou dos Estados.

**Ives Gandra da Silva Martins**

Como se percebe, é o governo federal o grande descumpridor da Constituição, sendo o Plano Verão o mais notável exemplo de esfrangalhamento do direito supremo que a recente história jurídica do país detectou. Seu fragoroso fracasso econômico esteve aliado ao mais notório caso de desrespeito à ordem constitucional que um governo já provocou. E os governos que não respeitam a lei não têm autoridade para fazê-la respeitada.

A handwritten signature in black ink, consisting of a vertical line on the left that curves into a large, sweeping arch to the right, ending in a small hook.