

Do ponto de vista de um recurso efetivo, de um recurso efetivamente capaz de proporcionar a tutela jurisdicional de um direito constitucionalmente assegurado, ou de um direito legalmente assegurado, o processo que não enseja resultado senão fora de um prazo razoável, pode ser uma solução inválida perante a Carta das Nações Unidas e seria, por conseqüência, inválida perante a nossa Constituição.

Deixo o problema em aberto. Não meditei o suficiente e não tive tempo para amadurecer uma solução. Não estou na contingência de emitir opinião como juiz em torno disso, o que me deixa com a possibilidade de manter a questão em aberto, mas ponho em debate esse aspecto do problema. Através da cláusula do recurso efetivo, conjugado ao prazo razoável, abre-se, a meu ver, um horizonte novo, para o efeito de se pensar em examinar novamente o problema da proibição das liminares.

Já ultrapassei o limite? Desculpem-me por tê-lo feito. Agradeço a todos a paciência e a tolerância com que me ouviram.

A Ordem Econômica na Constituição de 1988

Diogo de Figueiredo Moreira Neto
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

SUMÁRIO

1. A ordem econômica — 2. Princípios da ordem econômica. 3. Institutos normativos da ordem econômica. 4. Institutos de intervenção regulatória. 5. Institutos de intervenção sancionatória. 6. Institutos de intervenção concorrencial. 7. Institutos de intervenção monopolista. 8. Conclusões.

1. A ORDEM ECONÔMICA

Por volta da década de cinquenta, LUDWIG VON BERTALANFFY, professor da Universidade de Alberta, no Canadá, propôs uma “Teoria Geral dos Sistemas”, a partir do conceito básico de sistema como “um complexo de elementos em interação”⁽¹⁾. A esse conceito veio agregar-se a idéia de organização, definindo o caráter regular e estável das interações dentro de um determinado sistema⁽²⁾.

O sistema é, portanto, “uma unidade global organizada de inter-relações entre elementos, ações ou indivíduos”⁽³⁾ ou, em outros termos, *um conjunto de elementos que se interrelacionam de maneira regular e estável*.

Ora, é essa idéia de *organização*, que assumiu, assim, papel tão importante na análise sistêmica, que traz implícita a de *ordem*, como um princípio que regula e estabiliza a disposição do conjunto, de modo a que produza os resultados a que se destina: uma disposição interna que viabiliza a organização de um sistema.

Quando nos referimos aos sistemas sociais, a ordem passa a ser “uma condição básica indispensável para o funcionamento de uma sociedade”, tal como a define JOSÉ GARMENDIA⁽⁴⁾.

Quando nos referimos à *ordem econômica* falamos, portanto, desse princípio de disposição interna que regula e estabiliza um *sistema econômico*, entendido como um dos muitos subsistemas em que habitualmente se destaca do sistema social, relativo aos fenômenos de produção, transformação, circulação, distribuição e consumo das riquezas.

Mas mesmo assim, a esse nível de precisão, o conceito de *ordem econômica* não basta para o Direito, pois não esclarece de que ordem se trata: se de uma ordem espontânea, gerada no seio da sociedade, ou de uma ordem imposta, racionalmente elaborada.

Com efeito, se for entendido como um *sistema real*, o sistema econômico é um produto espontâneo da convivência, presente em todas as sociedades, explicável por normas estatísticas; diversamente, en-

tendido como um *sistema ideal*, o sistema econômico é uma concepção racional do que deveria ser a realidade que se impõe à sociedade por meio de normas jurídicas, de modo a produzir, no sistema real, as alterações desejáveis.

Em outros termos: a ordem espontânea, que rege o sistema real, funda-se em princípios econômicos fáticos, induzidos das leis estatísticas, que formulamos a partir da observação, enquanto que a ordem racional, que informa o sistema ideal, funda-se em princípios econômicos teóricos, induzidos das leis que a organização político-jurídica impõe aos fenômenos sociais.

Isso posto, quando nos referimos, em Direito Político, à ordem econômica, indicamos o conjunto de *princípios e normas jurídicas* que conformam um padrão desejável para moldar os processos econômicos de determinada sociedade, atuando como limitações, condicionamentos, suplementações e incentivos para sua efetiva realização.

O acréscimo do *financeiro*, ao cabeçalho do Título VII, da Constituição de 1988, embora tecnicamente supérfluo, de vez que o financeiro se inclui no econômico, como particularização referente à moeda e ao crédito, tem o sentido de enfatizar essa atividade interventiva do Estado, destacada que foi, em um Capítulo especial (Cap. IV) daquele Título.

Outra inovação sistemática consistiu na separação da Ordem Econômica da Ordem Social, em dois Títulos distintos (VII e VIII), tratamento esse que vimos dando em nosso *Curso de Direito Administrativo*, desde 1970⁽⁶⁾.

A disposição do atual texto constitucional põe em evidência seu conteúdo duplício: a afirmação dos princípios reitores da atividade econômica e a relação dos *institutos* normativos deles derivados.

2. PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA

Quanto aos *princípios*, embora se concentrem em sua maior parte, no rol do art. 170, tanto em seu *caput* quanto nos nove incisos que se lhe seguem, podem ser encontrados difusos por toda a Carta, a começar pelo Título I, no qual são expressos como princípios organizacionais do Estado brasileiro, os valores do trabalho e da livre iniciativa (art. 1.º, IV) e, como seus princípios finalísticos, o desenvolvimento nacional (art. 3.º, II) e a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3.º, III).

Seguem-se, ainda, no mesmo Título, o princípio da cooperação econômica internacional (implícito no art. 4.º, IX), e no Título seguinte (II), dedicado aos direitos e garantias fundamentais, toda uma lista de princípios que tutelam direta e precipuamente as expressões da liberdade humana, dos quais alguns referem-se ou repercutem sobre sua liberdade econômica, como: a livre atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5.º, IX); o livre exercício de qualquer traba-

lho, ofício ou profissão (art. 5.º, XIII); a liberdade de associação (art. 5.º, XVII); a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e da voz humanas, inclusive nas atividades desportivas, e o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem, aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas (art. 5.º, XXVIII, "a" e "b"); o privilégio das invenções e proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes das empresas e outros signos distintivos (art. 5.º, XXIX); o direito de herança (art. 5.º, XXX) e a defesa do consumidor (art. 5.º, XXXII).

A própria dicotomia entre a ordem econômica e social, até certo ponto, reflete uma conveniência sistemática, de vez que ambas se interpenetram, por vezes, profundamente, como no caso dos direitos sociais que regem as relações de trabalho urbano e rural (art. 7.º, com seus trinta e quatro incisos).

De resto, mesmo sem indicação, poderá, o leitor atento da nova Carta, encontrar vários outros princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, em quase todos os seus nove Títulos.

Essa grande quantidade de princípios, não só esses referidos, como todos os demais, mantidos ou introduzidos pela Constituição de 1988, acabam suscitando o problema prático de sua aplicação harmônica, pois muitos deles são antinômicos à primeira vista, necessitando de um processo hermenêutico para conciliá-los.

A solução está no reconhecimento de uma necessária hierarquização axiológica desses princípios, como regra de aplicação harmônica. Embora todos os dispositivos constitucionais tenham a mesma *hierarquia normativa*, obviamente não terão a mesma *hierarquia axiológica*.

Essa desigualdade decorre do fato, muitas vezes esquecido, de que a Constituição não é apenas um diploma legal a mais, no ordenamento jurídico do País, embora seja o de maior importância; mas é também, e sobretudo, um documento político, impregnado de valores metajurídicos, de distintos níveis e diversas abrangências, de modo que os princípios normativos, que os exprimem positivamente, carregam suas características políticas e têm, por isso, diferentes cargas de eficácia.

Exemplificando, sucintamente, essa hierarquia axiológica, podemos afirmar que os princípios que definem liberdades, preferem aos que as condicionam ou restringem; e os que atribuem poderes ao Estado, cedem aos que reservam poderes aos indivíduos, e os que reforçam a ordem espontânea têm preferência sobre os que a excepcionam.

Isso posto, na hipótese de uma instituição vir a ser informada por dois princípios constitucionais, poderá ocorrer:

- a) — que esses princípios se harmonizem plenamente não haverá qualquer problema, pois ambos se aplicam com igual eficácia;
- b) — que esses princípios não se harmonizem integralmente —

e, neste caso, prevalecerá o de maior hierarquia axiológica, aplicando-se o de menor hierarquia no que não colidir;

c) — que esses princípios sejam incompatíveis — e, neste caso, o princípio de maior hierarquia axiológica prevalecerá sempre que o legislador constitucional não houver optado pelo de menor hierarquia, *excepcionando expressamente* a incidência do princípio superior.

Em todos os casos, o princípio hierarquicamente superior servirá de *referencial informativo* para a compreensão e dimensionamento do princípio hierarquicamente inferior, sempre que este tenha aplicação, parcial ou total.

A Constituição de 1988 é pródiga nesses exemplos de plur incidência principiológica, destacando-se, desde logo, no campo econômico, a subordinação da ação do Estado aos princípios *organizativos*, do art. 1.º e aos *finalísticos*, do art. 3.º, de um lado, e aos princípios gerais de ordem econômica, do art. 170, e aos demais, específicos, dos artigos subsequentes. Como se vê, neste caso, a própria disposição sistemática dos princípios no texto da Carta, é a melhor indicação de sua hierarquização axiológica, subordinando-se, os gerais e especiais, da ordem econômica, aos organizativos e finalísticos da República Federativa do Brasil.

3. INSTITUTOS NORMATIVOS DA ORDEM ECONÔMICA

Quanto aos *institutos* normativos da ordem econômica, são decorrentes dos *princípios* correspectivos. As normas principiológicas, de caráter programático, dependem de normas definitórias de institutos, de caráter pragmático, para produzirem seus efeitos plenos. Realmente, embora alguma eficácia *direta* possa resultar de um princípio, enquanto afirmação de valor subordinante, a eficácia plena só é obtida pela integração que lhe der o legislador, tanto o constitucional quanto o ordinário, na definição das normas específicas que disciplinarão as instituições interventivas do Estado na ordem econômica.

Da mesma forma que os princípios, os institutos normativos da ordem econômica, não obstante a maciça concentração que apresentam no Título específico (VII, Capítulos I, II, III e IV), estão também difusos por todo o texto constitucional. São normas atributivas de domínio e de competência, normas definidoras de mecanismos de coordenação, de integração, de fomento e de intervenção e normas outras, que alcançam, direta ou indiretamente, a vida econômica do País.

São dessa natureza as normas que atribuem à União o domínio sobre os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva (art. 20, V), sobre os potenciais de energia hidráulica (art. 20, VIII) e os recursos minerais, inclusive os do subsolo (art. 20, IX).

Seguem-se os inúmeros dispositivos definidores da competência administrativa da União com expressão econômica (art. 21, I, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XV, XIX, XXIII e XXV); da competência legislativa privativa da União, de expressão econômica (art. 22, I, II, IV, V, VI, VII, VIII,

IX, X, XI, XII, XVI, XVIII, XIX, XX, XXVII, e XXIX); da competência comum, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 23, VII e X); da competência concorrente, da União, dos Estados e do Distrito Federal (art. 24, I, III, V e VI); e da competência privativa dos Municípios, em matéria de ordenamento territorial urbano (art. 30, VIII).

O Congresso Nacional, por sua vez, tem destacada atuação sobre a ordem econômica, não só ao apreciar os projetos de lei do Poder Executivo, (arts. 22 e 24), como, expressamente, nas previsões específicas que lhe são feitas (art. 48, II, IV, XII, XIII e XIV), especialmente neste último inciso, que trata da moeda, de seus limites de emissão e do montante da dívida mobiliária federal; na apreciação de acordos internacionais de expressão econômica (art. 49, I), na aferição dos atos de concessão ou de renovação de concessão das emissoras de rádio e televisão (art. 49, VII); e na apuração prévia da alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares (art. 49, XVII). O Senado Federal, por fim, isoladamente, tem competência para decidir inúmeros assuntos de relevância para a economia (art. 52, V, VI, VII, VIII e IX).

Na competência do Presidente da República figuram além de sua iniciativa privativa de projetos de lei sobre criação, estruturação e atribuições de ministérios e órgãos de administração pública de expressão na vida econômica do País (art. 61, § 1.º, II, "e"), a competência privativa para regular o seu funcionamento (art. 84, VI), celebrar tratados e convenções de conteúdo econômico, sujeitos a referendo do Congresso Nacional (art. 84, VIII) e enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, que regulará, uma vez transformado em lei, os investimentos de capital da União (art. 84, XXIII, c/c art. 165, I e § 1.º).

Obviamente, a interferência tributária nos processos econômicos é onimoda, profunda e permanente, interessando, portanto, à configuração do sistema econômico, os institutos do Sistema Tributário Nacional, dispostos no Capítulo I, do Título VI (arts. 145 a 162).

O Título VIII, da Ordem Social, igualmente, apresenta inúmeras interseções e interferências na Ordem Econômica, como sejam, nos institutos da Seguridade Social (art. 194 e 195); da Saúde (arts. 196 a 200); da Previdência Social (arts. 201 e 202); da Assistência Social (arts. 203 e 204); da Educação (arts. 205 a 214), especialmente para o trabalho (art. 214, IV); da Ciência e Tecnologia (arts. 218 e 219); da Comunicação Social (art. 220 a 224); e do Meio Ambiente (art. 225), em especial os incisos referentes a instalações de obra ou de atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente (art. 223, V), de controle de produção, comercialização e empregos de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente (art. 225, VI) e o dispositivo que determina a recuperação obrigatória do meio ambiente (art. 225, § 2.º).

Finalmente, nas Disposições Constitucionais Gerais, há uma obrigação tributária especial para o empregador rural (art. 223), uma prescrição sobre fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, es-

senciais à defesa dos interesses fazendários nacionais (art. 237), a ordenação da venda e revenda de combustíveis de petróleo, álcool carburante e outros combustíveis derivados de matérias-primas renováveis (art. 238), e a sanção às culturas ilegais de plantas psicotrópicas (art. 243).

A intervenção do Estado na ordem econômica está prevista em quarenta institutos normativos, maciçamente encontrados no Título VII — Da Ordem Econômica e Financeira, Capítulos I, II, III e IV (artigos 170 e 192).

Esses institutos classificam-se em quatro categorias, segundo a modalidade e a intensidade dessa intervenção: *regulatórios, sancionatórios, concorrenciais e monopolistas*.

4. INSTITUTOS DE INTERVENÇÃO REGULATÓRIA

Os institutos regulatórios estabelecem exceções parciais, sob a forma de limites e condicionamentos à livre iniciativa (art. 170, *caput*) e à livre concorrência (art. 170, IV), impondo regras de obrigatoria observância nas atividades econômicas. São os mais abundantes, em número de vinte e oito, dispostos taxativamente, como *exceções* aos princípios gerais acima referidos, e, por isso, não admitem interpretação extensiva ou analógica.

São de natureza regulatória os institutos de intervenção na ordem econômica definidos e regradados nos seguintes dispositivos constitucionais: art. 171, § 1.º, I; art. 171, § 1.º, II, a; art. 171, § 1.º, II, b; art. 171, § 2.º; art. 172; art. 174, *caput*; art. 176, § 1.º; art. 178, I; art. 178, II; art. 178, III; art. 178, IV; art. 178, § 2.º; art. 178, § 3.º; art. 184, *caput*; art. 190; art. 192, I; art. 192, II; art. 192, III; art. 192, VII; art. 192, § 3.º; art. 222, *caput*; art. 222, § 1.º; art. 223, *caput*; art. 223, § 5.º; art. 231, § 3.º; art. 237; art. 238; art. 25, § 2.º; e art. 21, VI.

5. INSTITUTOS DE INTERVENÇÃO SANCIONATÓRIA

Seguem-se os institutos sancionatórios, que se destinam a reprimir certos tipos de abuso de poder econômico, como a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros, protegendo a economia popular e a integridade dos princípios da livre competição e da defesa do consumidor (art. 170, IV e V), e o sentido finalístico da propriedade urbana, dando prevalência ao princípio da sua função social (art. 170, III). São em número de cinco, apenas, definidos nos seguintes dispositivos: art. 173, § 4.º; 173, § 5.º; 182, I; 182, II e 182, III.

Nos três institutos, do art. 182, relativos à política urbana, o legislador constitucional definiu positivamente sua posição no tocante à antiga divergência entre privatistas e publicistas quanto à natureza jurídica do direito de construir.

No *caput* do artigo 192 vincula o desenvolvimento urbano ao atendimento das “funções sociais da cidade”. Está claro que o direito de propriedade, por si só, não mais contém o direito de construir, pois “a propriedade *urbana* cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor” (art. 192, § 2.º), de tal forma que o desatendimento dessas exigências pode ser sancionado, sucessivamente, com o parcelamento ou edificação compulsórios; com o imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana progressivo no tempo; e, até, com a desapropriação por interesse urbanístico (art. 182, § 4.º I, II, e III).

Observe-se que a mais branda dessas três categorias de sanções urbanísticas, de crescente oneração, que é a *edificação compulsória*, não pode ser conciliada com o conceito privatista do direito de construir (*nemo praecise potest cogi ad factum*) mas, apenas com um conceito publicista, que o vê como uma *outorga* e, em certos casos, uma *imposição* do legislador urbano.

A liberdade privada consiste na opção de *ser ou não* proprietário de um imóvel urbano, pois sua *utilização* passa a ser ditada pela política urbana de cada cidade, para cada zona e para cada rua, considerando os *múltiplos fatores de interesse público* que se superpõem ao interesse privado. Tudo ocorre da mesma forma que a propriedade de uma patente de interesse público: seu proprietário pode optar em mantê-la ou não, nunca entre utilizá-la ou não. Em suma: imóvel urbano não é mercadoria, que se estoca e se especula, mas um bem individual de expressão coletiva.

6. INSTITUTOS DE INTERVENÇÃO CONCORRENCIAL

Vêm, a seguir, os *institutos concorrenciais*, que levam a intervenção um pouco mais longe, admitindo a concorrência estatal na exploração direta da atividade econômica. São, também, exceções parciais à livre iniciativa (art. 170, *caput*) e à livre concorrência (art. 170, IV); aparecendo em grande número, em termos de casos específicos, mas sua admissão está feita, em forma genérica, num só dispositivo constitucional, mas com amplitude suficiente para admitir qualquer modalidade de concorrência do Estado empresário com a iniciativa privada, desde que o decida o legislador ordinário, e atendida a motivação obrigatória: o art. 173, *caput*.

Nele se admite a exploração direta da atividade econômica pelo Estado, quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, com sua aplicabilidade dependente de lei para cada caso. Restringiu-se, portanto, a *suplementaridade*, do artigo 170, § 1.º, da antiga Carta, e sua autorização genérica para a intervenção concorrenciais do art. 163, *caput*, recuando a posição demasiadamente interventiva das Constituições anteriores, notadamente das outorgadas no período autocrático (1967 e 1969).

Basta confrontarem-se os artigos 169 e 170, da Carta de 1969, com

o art. 173, da de 1988, para que se estabeleçam as diferenças que agora restringem o Estado empresário, isto é, quando explora *diretamente* uma atividade econômica. A expressão "diretamente" nada tem a ver com a técnica de descentralização de atividades estatais, que distingue *administração direta* da *administração indireta*; sua referência é *econômica* e não *administrativa* devendo-se entender por *exploração direta* aquela em que o Estado ou seus delegados (pessoas jurídicas políticas, autárquicas, paraestatais, concessionárias ou permissionárias) tomam o lugar da empresa privada na iniciativa de exploração econômica.

Com efeito, em vez da generalidade do antigo artigo 163 (Carta de 1969): "facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante *lei federal* quando indispensável por motivo de *segurança nacional* ou *para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia* no regime de competição e de liberdade de iniciativa", que admitia qualquer modalidade, desde que a lei a instituisse, e do estabelecimento de mera "preferência" a empresas privadas, apenas com a "suplementação" da atividade estatal, do art. 170, da antiga Carta, temos agora a *restritividade* do art. 173, da nova 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*", frisando ou seu caráter excepcional.

Com efeito, o dispositivo vigente limita o Estado empresário a apenas três hipóteses:

- a) — *Nos casos previstos* na própria Constituição, como para a prestação de serviços públicos e de atividades monopolizadas.
- b) — Nos casos em que a exploração direta da atividade econômica do Estado for necessária aos imperativos de *segurança nacional*, definidos em lei.
- c) — Nos casos em que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado for necessária à satisfação de relevante interesse *coletivo*, definido em lei.

Como se vê, de uma complementaridade ampla, do antigo art. 170, § 1º da iniciativa estatal sobre a privada, que era então meramente "preferencial" (art. 170, *caput*), passou-se a uma complementaridade restrita, do novo art. 173, *caput*, em que a livre iniciativa não figura apenas como princípio geral da atividade econômica, no artigo 170, *caput*, mas como *princípio fundamental* do próprio Estado brasileiro, no artigo 1º, IV.

A partir do dia 5 de outubro de 1988, portanto, qualquer atividade empresarial do Estado — União, Estados e Municípios — é inconstitucional, salvo se for o caso de prestação de *serviço público* para o qual seja constitucionalmente competente, ou se a lei que a instituiu tenha invocado, consistentemente, imperativo da segurança nacional ou relevante interesse coletivo.

Acresce que as exigências constitucionais que podem caracterizar a excepcionalidade da atividade empresarial do Estado — *segurança nacional* e *relevante interesse coletivo* — não devem estar apenas invocadas, como efetivamente *existirem*. Não há discricionariedade legislativa para inventar hipóteses de segurança nacional e relevante interesse coletivo mas, apenas, para *identificá-las* quando facticamente existam; pois, ambos, são conceitos jurídicos indeterminados, mas determináveis em certas circunstâncias que são, assim, seus motivos vinculantes.

O Poder Judiciário, por fim, como já ensinava PONTES DE MIRANDA⁽⁶⁾, tem sindicância plena sobre a materialidade dessas condições, agora mais que nas Cartas anteriores, face à linguagem restrita do art. 173, *caput*; pois a Constituição anterior não fazia a complementaridade depender de lei, enquanto que a atual a torna não só dependente de lei como a configura como uma exceção, fazendo-a depender da existência dos pressupostos caracterizadores dos conceitos jurídicos indeterminados e não do mero exercício discricional.

A rigorosa aplicação desse dispositivo deverá levar a União, Estados e Municípios a reverem, um por um, o fundamento jurídico de suas empresas estatais e, por certo, encontrarão muitas delas *concorrendo inconstitucionalmente* em atividades econômicas reservadas ao setor privado, como na construção civil, na mineração, no turismo, na fabricação de produtos não monopolizados, no transporte de cargas e outros.

7. INSTITUTOS DE INTERVENÇÃO MONOPOLISTA

Finalmente, os *institutos monopolistas* estabelecem exceções plenas aos princípios do artigo 170, *caput* e inciso IV, transferindo da sociedade ao Estado a exploração de atividades econômicas específicas. É a eliminação total da concorrência e, em consequência, da definição do lucro pelos mecanismos de mercado. Distintamente da Carta de 1969, que também deixava em aberto, ao legislador ordinário, instituir monopólios (art. 163), a Constituição de 1988 restringiu a seis, os monopólios estatais — petróleo (arts. 177, I, II, III e IV), energia nuclear (art. 177, V) e distribuição local de gás canalizado (art. 25, § 2º), sendo que os cinco primeiros, em favor da União e o sexto, dos Estados-membros.

O Estado brasileiro ampliou, portanto, seus monopólios constitucionais mas, em compensação, com o desaparecimento da imprecisa regra do art. 163, *caput*, da Carta de 1969, tornou-se impossível, salvo em caso de Emenda à Constituição, a criação de qualquer outra modalidade.

8. CONCLUSÕES

Não cabe, a esta altura, sem uma vivência maior da Constituição de 1988, uma apreciação crítica segura. Algumas observações, contu-

do, podem ser feitas, à guisa de contribuição para seu melhor entendimento e execução.

Sem que nos deixemos levar pelo aspecto quantitativo, que evidencia uma multiplicação de institutos de intervenção, de 14, da Carta de 1969, para 40, na de 1988, podemos adiantar que, não obstante certa relutância na manutenção da presença do Estado e da proteção corporalista a certos tipos de empresa, estão abertas as possibilidades de construção de uma economia mais livre e dinâmica.

Embora sejam em maior número, os institutos de intervenção, são, vantajosamente, mais precisos e, o que é melhor, em *numerus clausus*, já que representam exceções constitucionais ao princípio da livre iniciativa, de dupla definição na Carta de 1988; art. 1.º, IV e art. 170, *caput*.

Dessa superioridade qualitativa da precisão técnica resultarão, na sua aplicação, um melhor controle judiciário e, conseqüentemente, maior segurança dos administrados.

Em outros termos: pode-se esperar, não obstante a teimosa presença de institutos inibidores do desenvolvimento econômico e da integração do País nas modernas economias de mercado, um razoável aumento de eficácia das normas constitucionais relativas à ordem econômica.

Embora, como se saiba, toda norma constitucional seja, por natureza, eficaz, há que se distinguir a norma exeqüível daquela cuja exeqüibilidade pende de termo ou de condição.

Se tudo o que é eficaz, em Direito é, em princípio exeqüível, a ineqüibilidade, de qualquer norma ou ato concreto, é sempre exceção, que deve resultar inequívoca ao intérprete.

No caso da norma constitucional de intervenção econômica, essa exceção se dará:

a) Quando a própria Constituição a tiver previsto (exemplos: art. 176, § 1.º, submetida ao prazo do art. 44 do ADCT, como termo, e o art. 171, § 2.º, dependência de lei ordinária, como condição). Nesses casos, há impossibilidade jurídica de execução.

b) Quando for faticamente impossível dar-se execução à norma constitucional sem que se exerçam atividades normativas definitórias secundárias, a serem desenvolvidas por órgãos técnicos, do Poder Executivo, e políticos, dos Poderes Legislativo e Executivo. Essas atividades, disciplinadas basicamente pelo processo legislativo (arts. 59 a 69), são produto da competência política constitucionalmente estabelecida para cada Poder que atua na função legiferante (arts. 48, 52, V a IX, e 61). Nesses casos, há dupla impossibilidade, fática e jurídica.

Existe impossibilidade de suprirem-se os requisitos técnicos e jurídicos, de vez que se não pode obrigar a qualquer desses Poderes do Estado a exercer o poder legiferante, coagindo-os a tomar decisões políticas.

Nesses casos, em conseqüência, será também impossível o emprego do mandado de injunção (art. 5.º, LXXI), porquanto inexistirá direito subjetivo individual ou coletivo à integração de norma constitucional, embora possa haver um direito difuso dedutível em ação direta pelos que a elas forem titulados (art. 103).

Na hipótese de integração de princípio ou de preceito referido à ordem econômica será de extrema dificuldade encontrar-se um direito subjetivo individual ou coletivo a tal integração infraconstitucional, em razão de seu caráter excepcionador do princípio da liberdade de iniciativa.

Além disso, o conteúdo técnico-político, em regra exigido para a elaboração de normatividade infraconstitucional em matéria econômica, que tornasse "viável" o exercício de direitos e liberdades constitucionais e de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, dificilmente poderia ser preenchido por força de um mandado judicial. Ao contrário, a intervenção estatal exeqüível é que limitaria, condicionaria ou impediria o exercício dos direitos individuais e coletivos relativos à liberdade econômica, de modo que não haveria, nem mesmo, na maioria dos casos, legitimidade para pedir ao Estado que tornasse exeqüíveis princípios e preceitos *restritivos* dessa liberdade.

Por outro lado, de parte do Poder Judiciário, mesmo que a omissão dos Poderes legiferantes fosse julgada *inconstitucional*, o que seria um *prius* desse remédio constitucional, pois nem toda omissão de integração constitucional é uma omissão inconstitucional, o juiz não poderia suprir, com seus próprios subsídios jurídicos, a lacuna infraconstitucional, quando fosse necessário fazer opções técnicas e políticas.

O juiz está habilitado, profissional e funcionalmente, a fazer integração de cunho estritamente jurídico, mas lhe falece competência para integrar complexamente uma norma constitucional através de decisões técnicas e políticas. Faltam-lhe habilitação técnica, de um lado, e legitimidade política, de outro, de modo que o eventual provimento de um mandado de injunção só teria execução na mesma modalidade prevista no art. 103, § 2.º, para a ação de inconstitucionalidade por omissão. De outra forma, haveria uma exorbitância do Poder Judiciário e violação do princípio maior, do artigo 2.º, regedor da partilha do poder político no Estado brasileiro.

Finalmente, deve-se considerar que a Constituição de 1988, não obstante os vícios técnicos e desvios políticos de que padece, pode e deve ser aperfeiçoada pelo seu cumprimento: aos Poderes do Estado e ao povo, origem desses Poderes, cabe a tarefa. Aos excessos, deve suceder-se a prudência interpretativa e a moderação integrativa, de modo a minimizarem-se os traumas e desenvolver-se o consenso democrático, único capaz, afinal, de legitimá-la ampla e permanentemente.

NOTAS

- (1) — *Teoria Geral dos Sistemas*, Petrópolis, Ed. Vozes, 1975, p.84.
- (2) — Elemento já observado em semântica por FERDINAND DE SAUSSURE, desde 1931 no seu *Cours de linguistique générale*, Genebra, Ed. Payot, 1931.
- (3) — EDGAR MORIN, *La Méthode*, 1, Paris, Ed du Seuil, 1977, pp. 99-100.
- (4) — *Dicionário de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1986, p. 966.
- (5) — Ed. Forense; 1ª edição, em 1970; 7ª edição, no prelo — Capítulos XVII e XVIII.
- (6) — Comentários, São Paulo, RT, 1968, Tomo VI, p. 84.

O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais

Ricardo Lobo Torres

Procurador do Estado do Rio de Janeiro

SUMÁRIO. 1. O conceito de mínimo existencial. 2. Fundamento: as condições da liberdade. 3. *Status negativus*. 3.2. *Status positivus libertatis* 4. O mínimo existencial e o processo democrático. 4.1. Legislação. 4.2. Administração. 4.3. Jurisdição. 5. Conclusões.

1. O Conceito de Mínimo Existencial.

Há um direito às condições *mínimas de existência humana digna* que não pode ser objeto da intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas.

O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria nem conteúdo específico.

Mas aparece algumas vezes no texto básico com referência a certos direitos. Assim, a Constituição de 1946 declarava “isentos de imposto de consumo os artigos que a lei classificar como o mínimo indispensável à habitação, vestuário, alimentação e tratamento médico das pessoas de restrita capacidade econômica” (art. 15, § 1º). A CF de 1967, na redação da Emenda nº 1, de 1969, proclama que “o ensino primário é obrigatório para todos, dos sete aos quatorze anos, e gratuito nos estabelecimentos oficiais” (art. 176, § 3º, II). O art. 153, § 32, da CF, assegura a “assistência judiciária aos necessitados” e a nova Constituição, na redação para o segundo turno de discussão e votação, amplia o direito, ao dizer que o “Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (art. 5º, item LXXIV).

Outras vezes o mínimo existencial está implícito nos princípios constitucionais que o fundamentam, como o da igualdade, o do devido processo legal, o da livre iniciativa, etc., abrangendo qualquer direito, ainda que originariamente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação, etc.), considerado em sua dimensão essencial e inalienável.

2. Fundamento: as condições da liberdade.

O mínimo necessário à existência constitui um *direito fundamental*, posto que sem ele cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as *condições iniciais da liberdade*⁽¹⁾. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados⁽²⁾. A liberdade de viver debaixo da ponte, de que falava Anatole France, não é liberdade⁽³⁾.