

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO

*Marco Aurélio Serau Junior**

Sumário. 1. Introdução. 2. Os princípios constitucionais da ordem econômica. 3. A globalização e o novo paradigma constitucional. 4. A globalização e os princípios constitucionais da ordem econômica. Conclusão. Bibliografia.

1. Introdução

O fenômeno da globalização mudou os paradigmas jurídicos tradicionais. De fato, ninguém mais pode pensar o fenômeno jurídico sem considerar as profundas transformações trazidas pelo movimento de internacionalização econômica. André-Jean Arnaud acentua que “a globalização ameaça recolocar em questão, de uma forma bastante radical, a regulação jurídica do tipo clássico. Esta última era até aqui o apanágio dos Estados soberanos, quer seja nos limites de seu território, quer nos laços que eles mantêm com outras nações (1999, p. 18)”.

Oscar Vilhena Vieira observa o mesmo fenômeno: “As conseqüências desse processo de integração para as democracias constitucionais contemporâneas ainda não são de todo conhecidas, mas as primeiras impressões nos levam a constatar uma forte erosão da capacidade decisória dos Estados-nações, especialmente os periféricos. A força dos conglomerados transnacionais, o surgimento de esferas de decisão política e econômica em torno das diversas pessoas jurídicas de direito internacional público, grupos de Estados ligados por interesses comuns e consórcios regionais, além da hegemonia do pensamento econômico liberal, vêm esvaziando as democracias e conseqüentemente retirando poder dos seus cidadãos (2002, p. 450)”¹.

* Especialista em Direito Constitucional (ESDC) e em Direitos Humanos (USP). Chefe de Gabinete da Desembargadora Federal Suzana Camargo, no Tribunal Regional Federal da 3ª Região-SP.

¹ Quanto à internacionalização da produção econômica, veja-se a vanguarda da exortação de Themístocles Brandão Cavalcanti, formulada ainda na vigência da Constituição anterior: “o problema econômico também sofreu as conseqüências de todo esse mecanismo. Além

Porém, o que se verifica na literatura jurídica é que a mudança de paradigmas implicou na aceitação *acrítica* dos postulados veiculados pela globalização. Eis a advertência de Eros Roberto Grau: “a unanimidade nacional a propósito da excelência do *neoliberalismo* e da *globalização da economia* basta, no mínimo, para que ambos sejam colocados sob suspeição, já que – como, em algum momento, disse Nelson Rodrigues – *toda unanimidade é burra* (2001, p. 37)”.

Todavia, embora as bases do ordenamento jurídico já não sejam as mesmas, pouco ou nenhum esforço se fez quanto à preservação de alguns institutos tradicionais ou certos princípios e padrões jurídicos.

2. Os princípios constitucionais da ordem econômica

Antes de passarmos a analisar os princípios constitucionais da ordem econômica, vale a pena sublinhar, com André de Laubadère, que “tout système économique a nécessairement une formulation juridique: son organisation et son fonctionnement dépendent de normes juridiques. Comme base du système juridique, la Constitution est nécessairement la base du système économique (1983, p. 94)”.

Partindo desse pressuposto de que a Constituição é a base do sistema econômico, verifica-se que a Constituição de 1988 define “um modelo econômico de bem-estar”, modelo este que se encontra “desenhado desde o disposto nos seus arts. 1º e 3º, até o quanto enunciado no seu art. 170 (Grau, 2001, p. 37)”.

Assim, na ânsia de realizar esse modelo econômico calcado na idéia do *Welfare State*, vemos que o artigo 170 da Carta Magna impõe que a ordem econômica deve observar, dentre outros, os seguintes princípios: soberania nacional; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede e administração no País (incisos, respectivamente, I, III, IV, V, VI, VII, VIII e IX²).

disso, os problemas econômicos já ultrapassaram os limites nacionais, já são problemas internacionais. Nenhum país pode-se isolar dentro dos princípios de sua economia; não há economia interna isolada; as economias são, evidentemente, internacionais (1977, p. 246)”.

² Anteriormente à Emenda Constitucional nº 06, de 15.08.1995, o texto do inciso IX previa o “tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte”.

Ademais, o parágrafo único ressalva que é “assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica”.

E todos estes princípios são elencados para que a ordem econômica possa realizar seus princípios maiores: a realização da justiça social e da dignidade humana, sempre com fundamento na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano.

Segundo José Afonso da Silva, a Constituição Federal de 1988 “dá à justiça social um conteúdo preciso. Preordena alguns princípios da ordem econômica – a *defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e pessoais e a busca do pleno emprego* – que possibilitam a compreensão de que o capitalismo concebido há de *humanizar-se* (se é que isso seja possível). Traz, por outro lado, mecanismos na ordem social voltados à sua efetivação. Tudo depende da aplicação das normas constitucionais que contêm essas determinantes, esses princípios e esses mecanismos (2002, p. 766)”.

Ademais, ressalta o mesmo professor que “um regime de justiça social será aquele em que cada um deve poder dispor dos meios materiais para viver confortavelmente segundo as exigências de sua natureza física, espiritual e política. Não aceita as profundas desigualdades, a pobreza absoluta e a miséria (Silva, 2002, p. 765)”.

Themistocles Brandão Cavalcanti, por sua vez, define o princípio fundamental da justiça social como “bem comum - justa distribuição dos benefícios decorrentes da atividade econômica para atender à coletividade fora da exploração, dos privilégios, da dominação do homem pelo homem (1977, p. 256)”.

A justiça social e os demais princípios constitucionais da ordem econômica, a despeito de se constituírem como **princípios**, não se descaracterizam, todavia, como **normas constitucionais**, dotadas de juridicidade, portanto, e que devem ser concretizadas, quer dizer, tornadas reais, plenamente eficazes em termos sociais.

Com efeito, existem atuações estatais *negativas*, que correspondem às liberdades clássicas, as quais constituem o cerne do constitucionalismo clássico: o Estado deve deixar de fazer, preservando os direitos dos cidadãos. Entretanto, há outros direitos fundamentais dos cidadãos que demandam uma prestação positiva por parte do Estado. É o que ensina Léon Duguit: “il est incontestable que, dans les conceptions modernes, la subordination de l’Etat au droit entraîne d’autres conséquences. Non seulement il y a des choses que l’Etat ne peut pas mais encore il y a des choses que l’Etat est *obligé* de faire; il y a des obligations positives qui s’imposent à lui; il y a des lois qu’il est *obligé* de faire (1930, p. 674-675)”.

O Estado não é mais visto como óbice à evolução do sistema produtivo. Ao revés, a parceria com o Estado é buscada e desejada pela sociedade civil, ansiosa por participar da vida econômica. Segundo Dalmo Dallari, “observa-se que os modernos processos de organização, produção, divulgação, venda e distribuição não ficam mais na dependência de mecanismos espontâneos de oferta e procura, nem decorrem de iniciativas idealistas que assumem todos os riscos. Em lugar disso, apóiam-se em pessoal técnico altamente especializado, que, na sua quase-totalidade, têm a sua formação financiada ou mesmo custeada pelo Estado”. Ademais, “desapareceram os limites entre o público e o privado, e o Estado, antigo mal necessário, passou à condição de financiador, sócio e consumidor altamente apreciado, tendo cada vez mais estimulada sua atitude intervencionista, justamente pelos grupos que mais se opunham a ela (2003, p. 281)”.

André Ramos Tavares posiciona-se em termos equivalentes: “A intervenção do Estado é, pois, compreendida, no momento presente, como uma necessidade no estabelecimento de uma sociedade justa e igualitária, objetivo maior do Direito. Dessa forma, mesmo onde há arraigada e forte tradição liberal reconhece-se a possibilidade de atuação do Estado na economia, seja no desempenho de determinadas atividades (intervenção propriamente dita), seja na regulação e fiscalização da atuação da iniciativa privada (intervenção indireta) (2003, p. 67)”.

Themistocles Brandão Cavalcanti já proclamava, há muito, que “o Estado exerce hoje atividade normal no terreno da economia, assumindo deveres e obrigações antes vedados à sua interferência e considerados abusivos e contrários aos interesses privados (1977, p. 248)”. Ademais, “a chamada intervenção do Estado não constitui nenhum procedimento revolucionário, senão processo normal da vida democrática, desde que sejam respeitados os princípios fundamentais da Constituição, especialmente os direitos de propriedade, em todas as suas manifestações (Cavalcanti, 1977, p. 254)”.

Nestes termos, é oportuno atentar para o ensinamento de Konrad Hesse, que afirma que “embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida (...). Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a *vontade de poder* (*Wille zur Macht*), mas também a *vontade de Constituição* (*Wille zur Verfassung*)”.

E prossegue: “um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também da sua *práxis*.

De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição” (Hesse, 1991, p. 19-21).

A concretização dos princípios constitucionais da ordem econômica acima enumerados, o que corresponde à concretização da própria *Constituição material*, portanto, depende de atuação *positiva* do ente estatal. Não ocorre por si só, como sói acontecer com algumas normas constitucionais, mas implementa-se apenas através da prestação positiva do Estado.

Nestes termos, para o Estado, na visão de Tércio Sampaio Ferraz Jr., “a Constituição consagra uma perspectiva ativa e não passiva (...). Não se trata de uma instituição que atua apenas se provocada, mas que tem um papel próprio na cena econômica: não é público ouvinte, é ator e diretor. É ator quando atua empresarialmente (art. 173). É diretor quando impõe normas de delimitação e regula (1989, p. 48)”. Outrossim, nos termos do artigo 174, da Constituição Federal, “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento”.

E a atividade de fiscalização da Economia, “no contexto deste art. 174, significa prover a eficácia das normas produzidas e medidas encetadas, pelo Estado, no sentido de regular a atividade econômica. Essas normas e medidas (...) hão de necessariamente estar a dar concreção aos princípios que conformam a ordem econômica” (Grau, 2001, p. 317).

A concretização da Constituição Econômica, nos termos já assinalados, não ocorre de qualquer maneira. Canotilho, ao explicar como se dá seu funcionamento, leciona que: “A Constituição, ao impor aos órgãos do Estado a criação de pressupostos materiais para a realização da democracia social e econômica, atribuiu também ao Estado *funções de Estado de terceira ordem*. Isto significa que o quadro das funções do Estado não se reduz à manutenção da segurança interna e externa à manutenção de uma ordem-quadro para o exercício de liberdade política e econômica (funções de Estado de primeira ordem). As funções de Estado não se reconduzem também a uma política de ‘intervenção’ e ‘estímulo’ com o fim de criar instrumentos de ‘integração’ necessários à organização capitalista da economia (funções de Estado de segunda ordem). Avançou-se para funções de Estado de terceira ordem que pressupõem intervenções qualitativas na ordem econômica existente. Estas intervenções não se limitam a uma função de *direcção* (*Steuerung durch Recht, Lenkungsrecht*) ou de ‘coordenação’ de uma ‘economia de mercado’. São instrumentos de transformação e modernização das estruturas econômicas e sociais (2001, p. 339).”

Ademais, o âmbito de liberdade da atuação estatal “aparece restringido directamente pela Constituição: a política económica e social a concretizar pelo legislador é uma *política de concretização dos princípios constitucionais* e não uma política totalmente livre, a coberto de uma hipotética ‘neutralidade económica’ da Constituição ou de um pretenso mandato democrático da maioria parlamentar (Canotilho, 2001, p. 340)”.

Em outras palavras, a Constituição Económica constitui *limite* e *impulso* para o Poder Público. Como *limite*, estabelece a impossibilidade de execução de políticas económicas distintas daquelas impostas pela Constituição. Como *impulso*, por sua vez, exige positivamente do Estado que *desenvolva* políticas económicas em conformidade com os preceitos constitucionais (Canotilho, 2001, p. 340).

Por outro lado, quanto a esta ideia dos princípios constitucionais económicos como *impulso* necessário da atuação estatal, Jorge Miranda afirma que a primeira regra específica a respeito dos direitos económicos é que estes se prendem com a noção de *promoção*, quer dizer, é *tarefa* do Estado realizá-los: “Como se sabe, *tarefas* equivalem a fins do Estado manifestados em certo tempo histórico, em certa situação político-constitucional, em certo regime, em certa Constituição em sentido material (2000, p. 385-386)”³.

3. A globalização e o novo paradigma constitucional

Uma vez examinados os princípios constitucionais da ordem económica, bem como as conseqüências em relação à atuação estatal daí decorrentes, necessária a análise da sua situação e da possibilidade de sua efetivação no contexto da Economia globalizada.

Pois bem. O Consenso de Washington, um dos elementos caracterizadores ou constituintes da globalização, representou o veículo difusor do ideário neoliberal no mundo. Elaborado como um receituário para combater a crise económica em que estavam envolvidos os países latino-americanos na década de 80, propunha como remédios para a superação desses problemas a “liberalização do comércio, na privatização das empresas estatais, na estabilização da moeda e no equilíbrio das contas públicas (Lewandowski,

³ Sob outro aspecto que também importa mencionar, os princípios constitucionais da ordem económica devem ser defendidos e preservados pelo fato de que são expressão da democracia económica, a qual é manifestação direta, por sua vez, da democracia política (Laubadère, 1983, p. 235).

2002, p. 83)”⁴. Ademais, no “plano microeconômico, preconizava-se a desregulação dos mercados, especialmente o financeiro, e a flexibilização das obrigações trabalhistas para incrementar a competitividade internacional das empresas (Lewandowski, 2002, p. 84)”.

Com efeito, como anota Oscar Vieira, “a onda neoliberal pegou o constitucionalismo brasileiro no contrapé. Se os anos do pós-Segunda Guerra foram de confiança nos Estados, quanto a mecanismos de propulsão e intervenção na economia, assim como de construção de uma rede de seguridade social, a partir dos anos 80 esse consenso passa a ser substituído por uma profunda desconfiança na capacidade dos Estados nacionais, enquanto agentes econômicos e sociais. A ação dos Estados é vista ainda como bloqueio ao livre desenvolvimento das forças do mercado, que gera a ineficiência e coloca esses mercados em desvantagem face à competitividade do sistema internacional. Mais do que isso, argumenta-se, o Estado intervencionista tende a gerar desequilíbrio fiscal, agravado, nos países em desenvolvimento, pela contração de enormes empréstimos internacionais, destinados a saldar este débito (2002, p. 469-470)”.

Neste contexto, um novo paradigma econômico-constitucional eclodiu e foi adotado pelo Estado Brasileiro⁵. Determina este que o Estado deixe de prestar diretamente alguns serviços públicos, com o objetivo de ga-

⁴ A aplicação do termo *Consenso* não possui muito cabimento, visto que de *consenso*, no sentido de acordo recíproco de vontades, não se tratou. Muito mais correto seria pensar-se em imposição, pois “os países emergentes, de um modo geral, passaram a adotar essas políticas, seja por imposição dos credores para a renegociação das respectivas dívidas externas, seja como condição para a obtenção de novos empréstimos. (...) Em outras palavras, os pleitos financeiros somente eram atendidos se o país interessado demonstrasse que equilibrou as contas públicas, estabilizou a moeda, abriu o comércio e desregulou os mercados (Lewandowski, 2002, p. 84).

⁵ A título de contraponto, destaco que Raul Machado Horta, já em 1988, alertava para o engessamento que as normas constitucionais relativas à ordem econômica poderiam proporcionar à atividade produtiva no país: “O volume considerável de normas econômicas na Constituição poderá acarretar a conseqüente rigidez da atividade econômica do País, com a perda da plasticidade que é necessária ao crescimento e às negociações econômicas nos planos interno e externo, considerando, sobretudo, a crescente comunicação entre as economias nacionais, ora caminhando no rumo de comunidades supra-estatais, não só no âmbito das economias desenvolvidas, mas, também, na área de economias em desenvolvimento, como a latino-americana. O constituinte afastou-se do modelo plástico, que se formulou na Constituição da Espanha de 1978, e preferiu o modelo rígido e ortodoxo, que conduz ao dirigismo econômico (1990, p. 390-391)”.

rantir a melhoria na qualidade e oportunidade de sua fruição, destituindo os monopólios das empresas estatais, através do processo de *privatização*.

Concomitantemente ao processo de *privatização*, e ainda dentro do contexto do Consenso de Washington, ocorreu o fenômeno da *liberalização dos mercados nacionais* – os dois elementos que podem ser considerados como os pontos-chave da economia globalizada, aos quais o ordenamento jurídico nacional deve procurar conformar-se.

Em nosso país, esse processo de conformação ocorreu principalmente durante o segundo ciclo de Emendas Constitucionais (Emendas de números 05 a 10, todas promulgadas no primeiro mandato de Fernando Henrique Cardoso). Este ciclo de Emendas, ademais, fez o país, segundo Paulo Bonavides, mergulhar fundo num projeto neoliberal para a ordem econômica, de caráter privatista e desnacionalizador: “atente-se, por exemplo, em regras novas sobre abertura da economia, queda de monopólios estatais, definição de empresa brasileira, sistema financeiro (2003, p. 659-660)”.

Tome-se como exemplo o fato de que a Emenda nº 06\95 modificou o inciso IX do artigo 170 da Constituição, suprimindo o tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte, o qual é reservado, a partir de então, a quaisquer empresas de pequeno porte, desde que constituídas sob leis brasileiras e com sede e administração no Brasil (Bonavides, 2003, p. 661).

A justificativa governamental utilizada para legitimar o processo de *liberalização-privatização* da economia - melhora das condições sócio-econômicas –, resta clara na exposição de Luiz Carlos Mendonça de Barros: “vivemos uma transformação histórica que nos dá, neste momento, condições para, no processo de reestruturação do Estado, separar de maneira muito clara o Estado produtor de bens e serviços do Estado regulador e, portanto, defensor do cidadão. Nós entendemos que o Estado brasileiro tem hoje a função muito especial de assegurar o fornecimento de bons serviços aos cidadãos – função esta que nada mais tem a ver com a produção de bens e serviços. Temos um Estado (...) voltado para ação social em favor dos segmentos da nossa sociedade que ainda vivem em condições abaixo da linha de preservação de sua cidadania (1998, p. 02)”.

A argumentação também seguia no sentido de que uma maior liberdade de concorrência, considerando o ingresso dos investidores externos, traria maiores benefícios sociais à população, dado que “o esgotamento do modelo derivou do fato de que, sem a liderança estatal, mas com a permanência de um protecionismo exacerbado (ausência de competição real e\ou potencial

para as empresas aqui instaladas) e com o fechamento econômico dele decorrente (...), houve um estreitamento do horizonte de cálculo dos empresários, que acabou comprometendo os elementos dinâmicos responsáveis pela concorrência dos surtos expansivos característicos da fase clássica da substituição de importações (Bier, 1998, p. 09)”.

Entretanto, a idéia de que a abertura comercial seria saudável para nossa Economia foi arduamente defendida pelos Governos anteriores, de que fazem exemplo as palavras de Amaury G. Bier: “a maior abertura comercial tenderá a reforçar os impactos dinâmicos positivos (com o realargamento do horizonte de cálculo dos empresários)” ao lado da concomitante abertura de uma nova frente de expansão para o setor privado na economia (fruto da transferência de atividades produtivas estranguladas do setor estatal).

E prossegue o autor: “Por sua vez, a maior abertura financeira permite o financiamento transitório do aumento do investimento sobre a poupança doméstica, viabilizando, além disso, a transferência de tecnologia decisiva para a transformação estrutural da economia no tempo (1998, p. 10)”.

A pretensão liberalizante era a de que, para tornar mais saudável o sistema econômico brasileiro, propiciando, ademais, desenvolvimento econômico e progresso social, em alegada consonância com os ditames constitucionais, seria necessária a liberalização e desregulação econômica, acompanhada do movimento de privatização.

Em termos reais, porém, isso significou jogar Davi frente a Golias. Nós conhecemos, e os resultados sociais dessa escolha são verificados até hoje, os pontos negativos da opção feita pelo Estado, posto que desmantelou boa parte do setor produtivo brasileiro, então despreparado para a agressiva concorrência estrangeira.

É o que nos coloca Oscar Vilhena Vieira: “Todas essas reformas têm sido feitas sob o argumento de que é necessário buscar adaptar o Estado brasileiro às demandas da globalização. Porém não é segredo que decorrem fundamentalmente da imposição das economias centrais, das agências intergovernamentais de financiamento, como o FMI e o Banco Mundial, e das empresas de caráter transnacional. De acordo com a retórica da globalização, o capital internacional só irá se interessar por investir num determinado território se houver um conjunto de condições adequadas, que vão no sentido da desregulamentação, da flexibilidade da legislação social, da ampla liberdade de movimentação de capital, previsibilidade e minimização dos custos fiscais e da estabilidade monetária, que por sua vez exige redução dos gastos públicos e equilíbrio fiscal. Essa a cartilha. Como no Brasil muitas dessas questões encontram-se na Constituição, essa a direção das

reformas. Poucos, porém, foram os benefícios palpáveis, visto que uma grande parte do que resultou das privatizações foi consumida com o custo dos juros, juros esses inflados para seduzir capitais, financiar a dívida interna e manter o equilíbrio da moeda (2002, p. 473-474)”.

As Reformas Constitucionais na parte econômica, ao que resta claro numa primeira leitura, procuraram inverter o conteúdo da Constituição Econômica, o que na visão de muitos seria inviável ou indevido, barrado mesmo pelas cláusulas pétreas, posto que amarrado pelo constituinte originário. Ademais, e conforme já apresentado, seus resultados não tiveram totalmente, conforme expusemos, os efeitos anunciados.

Sob outro aspecto, e resgatando a idéia de mudança de paradigma, a contrapartida dessa tomada de posição quanto aos determinantes constitucionais econômicos implica que, deixando de prestar alguns serviços diretamente, bem como liberalizando suas fronteiras econômicas, o Estado se compromete a regulá-los e fiscalizá-los, principalmente para assegurar os postulados da Constituição Econômica.

Surge, portanto, a figura do *Estado Regulador*, o qual fica explícito nas palavras de Canotilho: “A liberalização e a privatização dos serviços económicos de interesse geral não significa, de resto, a despedida do Estado e a inexistência de regras públicas. Pelo contrário, os *sistemas ou redes de infraestruturas* indispensáveis à gestão dos serviços de interesse económico geral são sistemas próximos do estado e de outras entidades reguladoras (por exemplo a Comunidade Europeia) assentes em formas mistas de estruturas regulativas, nas quais a *autoregulação privada* e a *intervenção pública regulativa* se combinam e ganham eficácia (2001, p. 346)”.

Fernando Herren Aguillar, no mesmo sentido, afirma que: “O fenómeno da liberalização económica, que precede logicamente a globalização, impôs ao Estado ainda um novo figurino. O Estado deixa de atuar como agente económico para ocupar o posto de agente normatizador das atividades económicas. De prestador de serviços públicos passa a ser preferencialmente seu regulador” (1999, p. 274-275)⁶.

⁶ No campo dos segmentos económicos privatizados, o instrumento jurídico “criado” após a quebra dos monopólios estatais para essa função de regulação e fiscalização destes setores económicos, oriundo do direito norte-americano, consiste na idéia de *agência*. Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro, as agências podem ser de dois tipos. O primeiro consistiria naquelas que exercem, com base em lei, poder de polícia. O segundo, que mais nos interessa, seria o das “que regulam e controlam as atividades

Contudo, embora a concepção econômico-constitucional tenha sido alterada, os princípios da ordem econômica estatuídos pelo constituinte não se alteraram de forma alguma; ao revés, ganharam posição ainda mais destacada, posto que mudou a *forma* de atuação estatal, mas não seus *objetivos e conteúdo*. Eros Roberto Grau, neste sentido, afirma que “a ‘reforma constitucional’ operada a partir de 1994, inicialmente como ‘revisão’, não comprometeu as linhas básicas da *ordem econômica na Constituição de 1988*” (2001, p. 211)⁷.

4. A globalização e os princípios constitucionais da ordem econômica

Uma vez vistos um breve panorama da ordem econômica constitucional, bem como suas qualidades e implicações, principalmente em relação à atuação do Estado, mister se faz o exame da sua situação face o fenômeno da globalização, objeto do presente trabalho.

Inicialmente, porém, necessário nos atentarmos para o alerta de Jorge Miranda: “a efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais não depende apenas da aplicação das normas constitucionais concernentes à orga-

que constituem objeto de concessão, permissão ou autorização de serviço público (telecomunicações, energia elétrica, transportes, etc.)”. Ainda segundo a autora, “as segundas é que constituem novidade maior no direito brasileiro, pelo papel que vêm desempenhando, ao assumirem os poderes que, na concessão, permissão e na autorização, eram antes desempenhados pela própria Administração Pública Direta, na qualidade de poder concedente. E esse papel vem sendo assumido quando o objeto da concessão é um serviço público, como nas hipóteses elencadas no art. 21, XI e XII, da Constituição, e quando o objeto da concessão é a exploração de atividade econômica monopolizada, como nas hipóteses do art. 177” (2002, p. 403).

⁷ A fim de assegurar o necessário contraponto acadêmico às idéias defendidas no presente artigo, trago à colação o magistério de André Ramos Tavares e Celso Bastos: “Há, pois, duas ordens de normas constitucionais que estão a merecer uma maior atenção na atualidade. Uma parcela, que é constituída de normas que jamais passam de programáticas e são praticamente inalcançáveis pela maioria dos Estados; e uma outra sorte de normas que não são implementadas por simples falta de motivação política dos administradores e governantes responsáveis. As primeiras precisam ser erradicadas dos corpos constitucionais, podendo figurar, no máximo, apenas como objetivos a serem alcançados a longo prazo, e não como declarações de realidades utópicas, como se bastasse a mera declaração jurídica para transformar-se o ferro em ouro. As segundas precisam ser cobradas do Poder Público com mais força, o que envolve, em muitos casos, a participação da sociedade na gestão das verbas públicas e a atuação de organismos de controle e cobrança, como o Ministério Público, na preservação da ordem jurídica e consecução do interesse público vertido nas cláusulas constitucionais (2000, p. 58)”.

nização económica. Depende também, e sobretudo, dos próprios factores económicos (2000, p. 392)”⁸.

No mesmo sentido a lição de Pinto Ferreira: “As constituições não se apresentam como formas puramente espirituais, esculpidas pela razão pura tais quais obras da imaginação, esfumando-se no céu multicolor do pensamento teórico. Ao contrário, se bosquejam como um traslado, um decalque ou um reflexo do meio social, econômico, histórico e cultural (1951, p. 47)”.

O analisar da Constituição Econômica “não pode bastar-se, portanto, com ser uma investigação jurídico-formal. Exige-se uma consideração da realidade econômica e das suas estruturas, da sua evolução e da sua dinâmica própria como indispensável à própria compreensão do direito, do seu próprio movimento, da sua verdadeira função de regulador de relações sociais, enfim, da sua verdadeira autonomia. Se é certo que o raciocínio sobre puras categorias intelectuais leva a esquecer a realidade, o objecto da constituição económica apresenta-se como manifestamente inadequado para exercícios de precisão conceitual quando não pressuponha essa realidade (Moreira, 1979, p. 15)”.

Com efeito, ainda que nossa Constituição albergue preceitos quanto à ordem econômica, o que se verifica é que o Estado, obrigado a concretizá-los, pouco ou nada pode fazer – sequer como Estado Regulador -, impossibilitado ou ao menos debilitado que se encontra face o fenómeno da globalização econômica⁹.

⁸ Neste sentido a lição de José Afonso da Silva: “Reconhecemos valor ao conceito de constituição econômica, desde que não pensemos que as bases constitucionais da ordem econômica é que definem a estrutura de determinado sistema econômico, pois isso seria admitir que a constituição formal (superestrutura) *constitua* a realidade material (constituição material: infra-estrutura) (2002, p. 767)”.

⁹ Vale ressaltar, a título de contra-argumento à tese ora exposta, as palavras de Celso Bastos e André Ramos Tavares: “A soberania absoluta, na verdade, nunca existiu. Um Estado sempre teve que se limitar a situações políticas, geográficas, econômicas que sua realidade impunha. Mas, pelo menos, a sua não-vinculação direta a tratados internacionais, bem como a inexistência de organismos internacionais na época davam ao Estado esse papel formal de ser a fonte mais alta geradora do direito. Na verdade, isso já ocorria antes mesmo da queda do império soviético. Estamos a assistir no curso do século XX a uma gradativa implantação de organizações que desempenham um papel que, se por hora ainda não é transcendental, pelo menos denota uma predisposição significativa para chegar à administração do mundo. Muitas áreas de atuação dos países (...) não seriam possíveis de serem realizadas a partir de atividades isoladas dos Estados. Temos, portanto, integrações econômicas que também são formas de mútua ajuda. Há que se falar ainda na Organização Mundial do Comércio (OMC), no Fundo Monetário Interna

Não é por outra razão que José Eduardo Faria afirma que “o Estado já não consegue mais regular a sociedade e gerir a economia exclusivamente por meio de seus instrumentos jurídicos tradicionais e de suas soluções homogêneas ou padronizadoras (2002, p. 79)”.

E explica o autor: “Com as intrincadas tramas e os densos entrelaçamentos promovidos pelos diferentes setores sócio-econômicos no âmbito dos mercados transnacionalizados, além do advento de matérias e situações novas e não padronizáveis pelos paradigmas jurídicos vigentes, o alcance do direito positivo tende a ser cada vez mais reduzido e a eficácia de suas normas ficar cada vez mais limitada (Faria, 2002, p. 79)”. De fato, o Estado atualmente encontra-se “sem condições de assegurar uma eficaz regulação direta e uma intervenção centralizadora das situações sociais e das atividades econômicas, pressionado por crises fiscais sucessivas e com sua ação comprometida pela ineficiência e pelas disfuncionalidades das estruturas públicas (Faria, 2002, p. 80)”.

Sintetizando esse pensamento, em outra passagem, conclui Faria que uma das tendências da atual arquitetura do Direito é justamente a progressiva redução do grau de imperatividade do direito positivo: “Com os programas de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização e com a superposição de novas esferas de poder, muitas de suas normas já não mais se destacam por seu *enforcement* – ou seja, por sua capacidade de atuar como um comando inconstatado. Ao contrário, elas se caracterizam, justamente, por seu baixo grau de coercibilidade (2002, p. 91)”.

No mesmo sentido a colocação de André-Jean Arnaud: “O direito estatal também é substituído, cada vez mais, por instâncias que se situam, conforme a hierarquia tradicional, abaixo dele. Podemos assinalar, como exemplos, o deslocamento da produção jurídica em direção aos poderes privados econômicos (...), a jurisdicização crescente da normalização técnica (1999, p. 157)”. Com efeito, “as economias nacionais se tornam cada vez mais sensíveis aos acontecimentos e às políticas (públicas) surgidas no exterior, ou que escapam ao controle dos governos. Os Estados se encontram diante de um desafio: governar em matéria econômica quando não são os donos do mercado mundial (Arnaud, 1999, p. 162-163)”.

cional (FMI) e outras entidades ‘transcendentais’ a que todo país deve estar ligado, sob pena de desvincular-se e ficar alheio por completo ao mundo, o que já agora é um absoluto *non sense*. Dessa maneira, o Estado perde a capacidade de regular toda a atividade e todos os comportamentos sociais desenvolvidos em seu território. De fato, vê-se obrigado a levar em consideração o mercado internacional para saber sobre qual assunto poderá legislar e se essa legislação será eficaz (2000, p. 106-107)”.

E este mesmo autor, em outro momento: “As companhias multinacionais, transformadas em agentes centrais da globalização das relações econômicas, escapam largamente à regulação tanto nacional quanto internacional. O direito estatal, que tem sempre, em princípio, o monopólio do direito, surge como uma estrutura cada vez mais ausente quando se trata de relações jurídicas de fato, que se fazem cada vez mais à margem do direito estatal (Arnaud, 1999, p. 166)”.

A respeito da regulação de mercados e economia, Lewandowki afirma que “com a globalização, todavia, essa tarefa tornou-se cada vez mais complexa e menos eficaz. Isso porque, na economia global, não só os bens e serviços transitam com crescente desembaraço por entre as fronteiras nacionais, como também os capitais circulam livremente, fluindo para onde são melhor remunerados. E não é só isso: os mercados financeiros estão hoje de tal maneira interligados que influenciam reciprocamente as taxas de juros, os valores do câmbio e o preço das ações (...). Contra esse fluxo e refluxo de capitais, os Estados isoladamente pouco ou nada podem empreender (2002, p.. 89)¹⁰”.

De fato, conforme a síntese que esse autor elabora, “o Estado não consegue mais controlar de forma satisfatória a repercussão doméstica das variáveis econômicas geradas externamente. Em outras palavras, o poder de autodeterminação das comunidades políticas organizadas em Estados passou a ser cerceado pelo poder dos agentes econômicos transnacionais, com o que ficou abalada a própria legitimidade dos governantes (Lewandowski, 2002, p. 311)”.

Ainda quanto a isso, a mensagem de Peter Drucker, para quem “o controle sobre o dinheiro estava no centro daquilo que veio a ser chamado de ‘soberania’. Mas o dinheiro escapou ao controle e tornou-se transnacional. Ele não pode mais ser controlado por estados nacionais, nem mesmo através de ações conjuntas. Nenhum banco central controla mais os fluxos de dinheiro. Ele pode tentar influenciá-los elevando ou baixando as taxas de juros. Mas no fluxo de dinheiro, os fatores políticos estão ficando tão importantes quanto as taxas de juros. A quantidade de dinheiro que está fora do controle de qualquer banco central, isto é, o dinheiro negociado todos os dias nos mercados transnacionais (...), excede em tanto as necessidades de financiamento de transações nacio-

¹⁰ Complementando o que já se disse, de se mencionar que “a chamada ‘interdependência’ dos mercados de câmbio, juros e dívida pública e as políticas de ajuste do FMI, em seu conjunto, liquidaram qualquer possibilidade, dos países em desenvolvimento, periféricos ou subdesenvolvidos, de terem condições de implementar políticas monetárias, fiscais e de crédito autônomas (Lewandowski, 2002, p. 92)”.

nais e internacionais que os fluxos escapam a qualquer tentativa de controle, limitação ou gerenciamento (1997, p. 104-105)”.

Adicionando mais um nome a essa lista de pensadores que atestam a incapacidade estatal de gerir a Economia no contexto da globalização, temos a tese de Viviane Forrester: “O que se pode medir hoje é a amplitude da progressão das potências privadas, devida em grande parte à expansão das prodigiosas redes de comunicação, de intercâmbios instantâneos, aos fatores de ubiquidade que daí decorrem e dos quais elas foram as primeiras a dispor, as primeiras a explorar, abolindo assim as distâncias e o tempo (...) em seu próprio proveito (...). Sem se preocupar muito com Estados, geralmente tão desprovidos em comparação a elas, entravados, controlados, contestados, colocados na berlinda, enquanto elas avançam, mais livres, mais motivadas, mais móveis, infinitamente mais influentes que estes (...). Elas estão acima das instâncias políticas e não levam em conta nenhuma ética, nenhum sentimento (...). Essas redes econômicas privadas, transnacionais, dominam então cada vez mais os poderes estatais; muito longe de ser controladas por eles, são elas que os controlam e formam, em suma, uma espécie de nação que, fora de qualquer território, de qualquer instituição governamental, comanda cada vez mais as instituições dos diversos países, suas políticas, geralmente por meio de organizações consideráveis, como o Banco Mundial, o FMI ou a OCDE (1997, p. 29-30)”.

Este contexto advindo da mundialização levou o economista Kenichi Ohmae a pronunciar as seguintes palavras, decerto inquietantes: “A verdade perturbadora é que, em termos de economia global, os Estados-nações tornaram-se pouco mais que atores coadjuvantes. Originalmente, em sua fase mercantilista, eles podem ter sido mecanismos independentes e terrivelmente eficientes da geração de riquezas. Mais recentemente, porém, com a economia sob o domínio mortal da lógica da política eleitoral, tornaram-se mecanismos notadamente ineficientes de distribuição de riquezas (1996, p. 06)”.

E este prossegue com sua terrível advertência: “Portanto, em questões de economia política (...) o Estado-nação tornou-se rapidamente uma unidade antinatural, até disfuncional, em termos da qual pensar ou organizar a atividade econômica. Como a criação de um estágio bem anterior da história industrial, ele carece da vontade, do incentivo, da credibilidade, das ferramentas e da base política para desempenhar um papel eficaz numa economia realmente sem fronteiras (Ohmae, 1996, p. 36)”.

Engrossando o coro dos que suscitam a falência do Estado face a globalização econômica encontramos Celso Campilongo, para quem “a globalização impõe ao direito o tratamento jurídico de matérias não rotinizadas

e muito específicas”, sendo que “essa fragmentação normativa diminui a capacidade do Estado-nação fazer prevalecer os interesses públicos sobre os interesses específicos dos agentes produtivos (2000, p. 153)”.

Não é diversa a posição de Octavio Ianni: “A globalização da economia capitalista, compreendendo a formação de centros decisórios extra e supranacionais, debilita ou mesmo anula possibilidades de estratégias nacionais. Nesse contexto, não há desconexão possível, em termos de soluções nacionais, autárquicas, soberanas. Toda e qualquer tentativa de autonomização, afirmação de soberania, realização de projeto nacional (...) está sujeita às determinações globais, que adquirem preeminência crescente sobre as nacionais. Pos isso o movimento anti-sistêmico, ou a desconexão, seja qual for o projeto político, econômico ou social, revela-se difícil ou propriamente impossível (1997, p. 103-104)”.

O ordenamento jurídico, inclusive as normas constitucionais, não se expressa, à luz da globalização, mais do que sob a forma de um conjunto de princípios, recomendações, códigos de conduta ou meras diretivas (Faria, 2002, p. 92). Muito difícil, portanto, fica para o Estado desenvolver suas políticas econômicas num contexto como o ora apresentado, pois “as empresas transnacionais buscam, atualmente, as vantagens competitivas de escala no nível da corporação mundial e não na lógica de produção de cada fábrica ou país. Os objetivos a serem por elas atingidos são complexos e muitas vezes contraditórios (Dupas, 1999, p. 61)”.

Conclusão

Após todo o panorama exposto (a respeito das obrigações estatais quanto à ordem econômica e das impossibilidades de concreção da mesma, advindas da globalização), bem como cotejando a pretensão do presente trabalho - investigação crítica da ordem econômica no contexto da mundialização -, não se pode ficar impassível diante da afirmação de Kenichi Ohmae: “No atual mundo sem fronteiras, a lição para os governos centrais é clara: apegar-se por muito tempo ao controle econômico acaba tornando-o inútil. Os ônus aumentam, e quem arcará com eles será o próprio governo. Porém, se este abrir mão rapidamente desse controle, ou melhor, transmutá-lo em uma ou em outra forma de catálise, a economia global virá correndo ajudar (1996, p. 137)”.

É que, conforme se procurou demonstrar ao longo deste trabalho, os paradigmas jurídicos foram sumamente modificados, mas a economia global não veio em nosso socorro. Questiona-se se houve benefício concreto à popu-

lação e à economia nacional. A globalização, decerto, é hoje fato inescusável, e o Estado Nacional pouco pode fazer em termos de política econômica; todavia, ainda nos resta o caminho do questionamento crítico.

Não se pode olvidar da assertiva de Celso Campilongo: “A teoria do direito não se encontra em condições de resolver essas questões de maneira definitiva. Não há evidências empíricas nem construções teóricas capazes de responder categoricamente a esses desafios. As velhas teorias do direito – que não são sequer capazes de levantar essas questões – são de pouca valia no presente. Assim como o sistema político – ou qualquer outro sistema parcial – é incapaz de controlar seu ambiente externo (não apenas em termos territoriais, mas, principalmente, em termos funcionais), também o sistema jurídico não está habilitado a substituir as operações dos sistemas político e econômico (2000, p. 147)”¹¹.

Entretanto, ainda que o simples estudo das normas e teorias jurídicas não tenha o condão de fazer valer a soberania nacional na concretização dos princípios constitucionais da ordem econômica, espera-se que os juristas e demais profissionais voltados ao Direito Econômico sintam-se tocados para, ao menos, buscar mecanismos, jurídicos ou metajurídicos (sobretudo), de garantia e efetivação daqueles postulados.

Embora não se vislumbre de imediato qualquer solução possível, a defesa intransigente da Constituição faz rejeitar a postura passiva frente ao desmantelamento do Estado e do soterramento dos princípios instalados na Carta Magna, bem como a aceitação *acrítica* das novas teorias econômico-jurídicas que chegam conjuntamente à globalização.

É como diz Oscar Vilhena Vieira: “...se aceitarmos os argumentos (...) de que a retórica de um capitalismo globalizado, onde o capital se encontra absolutamente desvinculado de pátria e que se bem trabalhado pode beneficiar a todos, apenas encobre a realidade de uma expansão do capitalismo internacional, nossos esforços reformistas têm que ser repensados. Se o capital tem pátria e se a sua expansão gera benefícios incomensuravelmente maiores às economias centrais do que àquelas que têm servido de fonte de mão-de-obra e infra-estrutura baratas, as reformas têm que ser redirecionadas, de forma a satisfazer os interesses da

¹¹ Jean Claude Thoenig afirma que “a cooperação entre direito e sociologia permite ir mais longe do que a constatação errônea e caricatural da inefetividade do direito, em setores como políticas fiscais (...) porque é possível um novo olhar sobre a importância que as atividades de produção e de implementação de normas secundárias de aplicação ocupam, que resultam da adaptação das administrações nos contextos locais e da negociação com os interesses que aí se desenvolvem (1999, p. 607)”.

sociedade brasileira. Isso significa manter nas mãos do Estado mecanismos, ainda que mais limitados do que no passado, de governabilidade econômica. Aceitar incondicionalmente a retórica da globalização e promover as reformas por ela exigidas é cometer um suicídio político (2002, p. 474-475)”.

Caso contrário, ficaremos em situação como a descrita na severa advertência de Ferdinand Lassalle, e a Constituição pode sucumbir às forças reais de poder e transformar-se em simples *folha de papel* (2001, p. 33).

Bibliografia

AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico e Globalização*, in SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena (coord.). *Direito Global*, São Paulo: Max Limonad, 1999.

ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização – Lições de Filosofia do Direito e do Estado*, trad. WUILLAUME, Patrice Charles, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BARROS, Luiz Carlos Mendonça de. A Essência do Programa de Privatização, in *Aspectos Jurídicos, Econômicos e Sociais da Privatização, Anais do Seminário, Escola Nacional da Magistratura*, Rio de Janeiro: 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro & TAVARES, André Ramos. *As Tendências do Direito Público no limiar de um novo milênio*, São Paulo: Saraiva, 2000.

BIER, Amaury G. Abertura Econômica, Reforma do Estado e Privatização, in *Aspectos Jurídicos, Econômicos e Sociais da Privatização, Anais do Seminário, Escola Nacional da Magistratura*, Rio de Janeiro: 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 13 ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2003.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*, São Paulo: Max Limonad, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2001.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Manual da Constituição*, 3 ed., atual., Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1977.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 24 ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 14ª ed., São Paulo: Atlas, 2002.

DRUCKER, Peter. *Sociedade Pós-Capitalista*, 6 ed., trad. MONTIGELLI JR., Nivaldo, São Paulo: Pioneira, 1997.

DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*, III, 3 ed., Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1930.

DUPAS, Gilberto. *Economia Global e Exclusão Social*, São Paulo: Paz e Terra, 1999.

FARIA, José Eduardo. Qual o futuro dos direitos – *Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*, São Paulo: Max Limonad, 2002.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio *et alli*. *Constituição de 1988, Legitimidade, Vigência e Eficácia, Supremacia*, São Paulo: Atlas, 1989.

FERREIRA, Pinto. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*, I, 2 ed., ampl. e atual., Rio de Janeiro: José Konfino, 1951.

FORRESTER, Viviane. *O Horror Econômico*, 7ª reimpressão, trad. LORENCINI, Álvaro, São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 6ª ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2001.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

HORTA, Raul Machado. *A ordem econômica na Nova Constituição: problemas e contradições*, in MARTINS, Yves Gandra da Silva, *A Constituição Brasileira 1988 – Interpretações*, 2 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

IANNI, Octavio. *A Era do Globalismo*, 3 ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*, 6 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LAUBADÈRE, André. *Droit Public Économique*, 4 ed., augmt. et refondue par Pierre Delvolvé, Paris: Dalloz, 1983.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, Regionalização e Soberania*. Tese apresentada para concurso de Professor Titular, junto ao Departamento de Direito do Estado, na área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV – Direitos Fundamentais, 3 ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição*, 2 ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1979.

OHMAE, Kenichi. *O Fim do Estado Nação*, 2 ed., Rio de Janeiro: Campus, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 21 ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2002.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*, São Paulo: Método, 2003.

THOENIG, Jean Claude. Política pública, in ARNAUD, André-Jean (org.), *Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito*, 2 ed., trad. WUILLAUME, Patrice, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Globalização e Constituição Republicana, in PIOVESAN, Flávia (coord.), *Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional*, São Paulo: Max Limonad, 2002.