

A Outra Face da Regulação: o Cidadão-Usuário de Serviços Públicos
no Novo Modelo Regulatório Brasileiro
Alketa Peci, Bianor Scelza Cavalcanti

As Funções das Normas Reguladoras
Cass R. Sunstein

A Constituição Econômica Brasileira em seus 15 Anos
Fernando Facury Scaff

O Modelo de Regulação das Águas e Resíduos em Portugal
Jaime Melo Baptista, Dulce Álvaro Pássaro, Rui Ferreira dos Santos

REVISTA DE DIREITO PÚBLICO DA ECONOMIA RDPE

DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
COMENTADA

A Regulação na Aviação Civil em Portugal, no Quadro da União Europeia
José Tomás Baganha

Serviço de Abastecimento de Água e a Suspensão do Fornecimento
Leila Cuéllar

Serviços Públicos e Regulação em Portugal
Manuel Porto

Agências Reguladoras: Reforma ou Extinção?
Pedro Dutra

A Natureza da Cobrança pelo Serviço Prestado por Concessionário
de Serviço Público (Comentários a acórdão do STJ)
Andreia Cristina Bagatin

A Constituição Econômica Brasileira em Seus 15 Anos

Fernando Facury Scaff

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor de Direito Econômico e de Direito Tributário da Universidade Federal do Pará. Professor convidado de várias Universidades brasileiras. Advogado

1 *Constituição econômica formal*, material e ordem econômica: questões conceituais

1 Dois debates devem preceder o estudo que será aqui versado. O primeiro sobre o conceito de *constituição econômica*; e o segundo sobre a importância atual do uso deste conceito.

2 O conceito de *constituição econômica* pode ser observado sob vários prismas, sendo que dois possuem maior relevo. Vital Moreira, em obra do final da década de 70, expõe “o problema de saber se a *constituição económica* é a constituição (:ordenação fundamental) *da economia* ou se é, antes, o conjunto das normas da *constituição* relativas à economia”. Desta forma, a *constituição econômica* poderia estar ou não encerrada no âmbito da norma fundamental de um país (contida nas normas constitucionais) ou espalhada pelo ordenamento jurídico. Entende Vital Moreira que esta expressão está além dos limites da Constituição, abrangendo todo o ordenamento econômico; algo que iria além do que dispõem as normas constitucionais, alcançando também as normas que estruturam sua economia. Poder-se-ia exemplificar, no caso brasileiro, com um sem-número de normas imprescindíveis para o desenvolvimento de seu sistema econômico, integrando as normas que regem a relação capital-trabalho (Consolidação das Leis do Trabalho – CLT) e aquelas que regem a organização do capital (Lei das Sociedades Anônimas, Código Civil).

Dentre os que entendem que a *constituição econômica* encontra-se encerrada na Constituição, existem os que identificam este conceito com o de *ordem econômica constitucional*,¹ localizando topograficamente ambos os conceitos.

¹ É o que faz Oscar de Juan Asenjo. *La Constitución Económica Española*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. Ver também QUADRI, Giovanni. *Diritto Pubblico Dell'Economia*. Padova: Cedam, 1980, p. 45 et seq.

Outros autores fazem questão de distinguir entre *constituição econômica formal* e *constituição econômica material*. Dizem que a primeira encerra todas as normas constitucionais que tratam de matéria econômica, estejam ou não incluídas propriamente no capítulo da “Ordem Econômica”; sendo que a segunda, *material*, abrange não apenas as normas constitucionais, mas todas aquelas que concedem a efetiva organização da economia de um Estado. Esta distinção é feita por autores como Washington Peluso Albino de Souza,² Manoel Gonçalves Ferreira Filho,³ António Sousa Franco e Guilherme Martins⁴ e por Gomes Canotilho.⁵

A distinção efetuada por este grupo permite identificar como objeto do conceito de *constituição econômica formal* aquelas normas constitucionais que tratam de matéria econômica, estejam ou não contempladas no capítulo da “Ordem Econômica” da Constituição. Esta distinção é importante, pois permite demonstrar que o conceito de *constituição econômica* não alcança apenas o que tiver sido topologicamente localizado dentro do capítulo da “Ordem Econômica”, mas alcança muito mais do que nele é constante. No caso brasileiro, normas constitucionais inscritas no capítulo do *Sistema Financeiro Nacional* (art. 192) fazem parte da *constituição econômica formal*. No mesmo sentido fazem parte deste conceito de *constituição econômica formal* os preceitos referentes aos Princípios Fundamentais da República, dentre eles o de *erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades regionais*, que se configuram como objetivos fundamentais da República brasileira (art. 3º, III).

Com estas considerações, podemos distinguir os três conceitos: (1) o de *ordem econômica*, que diz respeito às normas inscritas na Constituição de um país sob esta rubrica; (2) o de *constituição econômica formal*, que alcança o de *ordem econômica* e o amplia, alcançando todas as normas que dizem respeito à matéria econômica em uma Constituição; e o de (3) *constituição econômica material*, onde o vocábulo “constituição” não corresponde ao de norma fundamental de um país, pois extrapola seus limites alcançando todas as normas que organizam sua economia.

3 Outro aspecto deste debate diz respeito à importância de ainda discutir o conceito de *constituição econômica* e sua autonomia em face dos estudos constitucionais.

² *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 21.

³ *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 6-7.

⁴ *A Constituição Económica Portuguesa*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 16-20.

⁵ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, p. 343-344.

Eros Roberto Grau afirma peremptoriamente que “a teorização da constituição econômica morreu”,⁶ e utiliza-se do conceito de “ordem econômica (constitucional) material”⁷ com várias ressalvas, considerando-a como a ordem de um dever-ser constitucional, inserida no âmbito de uma *constituição dirigente*. Somente assim, no âmbito de uma constituição dirigente, em que o Direito cumpriria um papel de implementador de políticas públicas, é que se poderia falar de uma *ordem econômica*.

Outra é a opinião de Washington Peluso Albino de Souza que reafirma a importância do conceito, que se baseia “tão-somente na presença do ‘econômico’ no texto constitucional (...) integra-se na ideologia definida na Constituição em apreço e a partir desta são estabelecidas as bases para a política econômica a ser traduzida na legislação infraconstitucional.”⁸ Aliás, registre-se que o título do livro de Washington Peluso é *Teoria da Constituição Econômica*, sendo sua primeira edição de 2002, o que dá a dimensão que este autor concede ao conceito.

As palavras podem facilmente nos levar a algumas ciladas, por isso é que registro a importância dos estudos sobre a matéria econômica na Constituição, especialmente a partir da concepção do Direito enquanto um implementador de políticas públicas, como nos fala Eros Grau. Entendo que mesmo em épocas passadas, quando o Direito não cumpria a função de implementador de políticas públicas e as Constituições não possuíam um caráter dirigista, e nelas não existia um capítulo propriamente denominado de “Ordem Econômica”, havia um campo de estudo para a *constituição econômica*: seria a *constituição econômica do liberalismo, do ponto zero de intervenção do Estado*, onde sua função seria apenas a de permitir a livre circulação de bens e serviços, em um sistema de igualdades formais de oportunidades.⁹ Mesmo então haveria campo para os estudos sobre uma *constituição econômica absenteísta*. Tal observação apenas reforça a necessidade de análise da matéria econômica das constituições dirigistas — e não apenas a de sua *ordem econômica*.¹⁰

⁶ *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 75.

⁷ *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 80.

⁸ *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 23.

⁹ Sobre o *ponto zero de intervenção* ver meu *Responsabilidade do Estado Intervencionista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 88 et seq. Também: MOREIRA, Vital. *A Ordem Jurídica do Capitalismo*. Coimbra: Centelha, 1973, p. 103.

¹⁰ É importante destacar o fato de que Eros Grau, em seu livro *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, a despeito de se utilizar da expressão *ordem econômica* com várias ressalvas, destaca de forma bastante significativa a importância dos Princípios jurídicos na busca de um Direito justo — os quais nem sempre se encontram topicamente situados no referido capítulo.

Estas considerações não implicam em uma análise apartada da *constituição econômica* dos demais preceitos e configurações constitucionais. O que diferencia o conceito de *constituição econômica formal* do conceito de Constituição é a matéria, e não a forma de interpretação. O que se interpreta é o Direito, seja este constitucional, econômico, civil ou comercial. A interpretação da *constituição econômica formal* deve seguir os mesmos preceitos interpretativos utilizados na exegese da Constituição.

4 Feitas estas considerações iniciais, pode-se definir que, para o âmbito deste trabalho, efetuar-se-á a análise da *constituição econômica formal* brasileira de 1988 ao longo destes 15 anos de sua existência, considerando não apenas as normas constitucionais adstritas ao capítulo da “Ordem Econômica”, porém várias das normas que deram a feição econômica de nossa Carta Constitucional de 1988, e suas modificações.

Dito isso, recortarei do conteúdo econômico do texto constitucional, para mais acurada análise, apenas a parte propriamente econômica da Carta, deixando de lado dois outros âmbitos que considero de fundamental importância para a implementação de um Estado Democrático de Direito, de conformidade com o que estabelece a norma do art. 1º da Constituição de 1988 como razão de existir de nossa República: o subsistema orçamentário e o subsistema tributário.¹¹ Outros subsistemas poderiam participar na implementação da *constituição econômica formal*, mas, para os efeitos deste trabalho, deve-se fazer o recorte epistemológico apenas na área propriamente econômica, observando o que foi construído na Constituição de 1988 para a implementação das ações positivas necessárias ao Estado Democrático de Direito e as alterações efetuadas ao longo destes 15 anos.

2 A Constituinte brasileira de 1987-1988 e sua ambiência político-econômica

5 Para conhecer a Constituição de 1988 é imperioso que se analise o processo político no qual este documento foi gestado.

¹¹ Justifico a escolha destes três âmbitos — econômico, orçamentário e tributário — como prioritários em razão de que a construção e a manutenção de um Estado Democrático de Direito implicam em ações positivas por parte do Estado, o que somente será obtido através de uma correlação entre de quem se arrecada (direito tributário), por quem se distribui o dinheiro arrecadado (orçamento público) visando alcançar uma ordem econômica justa (direito econômico). Porém a abordagem de todos estes aspectos não será desenvolvida no âmbito deste trabalho.

Excluindo o período em que o Brasil foi colônia de Portugal,¹² vigoraram neste país 07 Constituições ao longo de sua história,¹³ na qual foram alternados períodos de autoritarismo e de democracia, em variados graus.¹⁴

6 Em 1985 o mais recente período autoritário da história brasileira, iniciado em 1964, não possuía mais a base econômica e política que lhe havia dado sustentação. O argumento da “ameaça comunista” não mais metia medo na sociedade e havia a busca pelo *novo*, visando oxigenar as estruturas de poder então existentes. Todo o cansaço do golpe militar de 1964 desembocou na campanha em favor de eleições presidenciais “Diretas-Já”, um marco político no Brasil contemporâneo.

A campanha pelas “Diretas-Já” se cristalizou em torno de uma proposta de Emenda Constitucional apresentada pelo deputado Dante de Oliveira, do PMDB – Partido do Movimento Democrático Brasileiro, eleito pelo Estado do Mato Grosso do Sul. Sua redação era bastante singela e estabelecia em poucos artigos que a eleição para Presidente da República ocorreria através de votação direta dos eleitores, tal como ocorria com os deputados e 2/3 dos senadores, e não mais através de um Colégio Eleitoral, como determinava a legislação então em vigor.¹⁵ O clamor popular em prol desta idéia moveu multidões. São dignos de registro os comícios ocorridos na Praça da Sé, em São Paulo, e na Praça da Candelária, no Rio de Janeiro, cada qual congregando mais de 2 milhões de pessoas.

Ocorre que o projeto de Emenda Constitucional não passou no Congresso Nacional, tendo sido mantidas as eleições indiretas, através de um Colégio Eleitoral. Todavia, esta derrota não desanimou a população, que estava cansada do regime militar então imposto, e a pressão popular recrudesceu. Foi formada uma coalizão entre as forças de oposição ao regime militar lideradas pelo deputado Ulisses Guimarães, também do PMDB, e

¹² O que ocorreu entre 21 de abril de 1500 até a data de sua independência e transformação em Império, 07 de setembro de 1822.

¹³ A primeira Constituição brasileira e única do Império data de 1822. Posteriormente surgiu a primeira Republicana de 1891, à qual se seguiram as de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988.

¹⁴ Apesar desses conceitos possuírem elevado grau de imprecisão, pode-se classificar estes períodos, ao longo da história republicana do país, da seguinte forma: períodos autoritários ou com “democracias de fachada” por falta de eleições livres: 1891-1934; 1937-1946 e 1964-1985. Por conseguinte, a democracia, também em variados graus, foi vivenciada pela sociedade brasileira nos seguintes períodos: 1934-1937; 1946-1964 e de 1985 até os dias atuais.

¹⁵ Este Colégio Eleitoral era composto pelos membros do Congresso Nacional e por 06 delegados indicados pela bancada do respectivo partido majoritário, dentre seus membros, de cada qual das Assembléias Legislativas de cada Estado brasileiro (art. 74 da Constituição de 1967, com emendas).

os dissidentes daquele regime, tendo sido apresentada uma chapa formada pelo então Governador do Estado das Minas Gerais, Tancredo Neves, como candidato a Presidente da República, e o ex-presidente do partido que deu sustentação ao regime militar, PDS – Partido Democrático Social, e que havia com ele dissentido poucos meses antes, senador José Sarney, como candidato a Vice-Presidente da República. Esta chapa venceu as eleições de forma indireta, no Colégio Eleitoral, enterrando assim o período do governo militar.

Acontece que entre a eleição e a posse ocorreu um infortúnio. Morreu o Presidente eleito Tancredo Neves, vítima de uma doença que procurou esconder da Nação até o último minuto, quando teve que ser operado às pressas e não conseguiu se recuperar na fase pós-operatória.

Surgiu então um impasse: deveria ser empossado o Vice-Presidente eleito, ou deveria assumir interinamente o Presidente da Câmara dos Deputados a fim de convocar novas eleições? Este aspecto foi bastante debatido no Brasil daquela época, até mesmo porque o texto da Carta de 1967, que estava em vigor, não era claro a respeito do assunto. Voltou à cena o deputado Ulisses Guimarães, secundado pelo senador Afonso Arinos de Mello Franco, do partido de sustentação ao regime militar, ambos munidos de legitimidade técnica e carismática, dando sustentação à tese de que o Vice-Presidente eleito deveria assumir, mesmo não tendo tomado posse o Presidente eleito. Certamente o temor de um veto militar à convocação de novas eleições estava presente no comportamento de ambos. E foi desta forma que o senador José Sarney, egresso do partido que apoiara a ditadura e membro destacado de suas fileiras até meses antes, assumiu a Presidência da República Federativa do Brasil no início de seu processo recente de redemocratização.

7 Ocorre que um dos eixos centrais dos movimentos pela redemocratização do país e da campanha eleitoral de Tancredo Neves à Presidência havia sido a convocação de uma Constituinte “livre e soberana”, que deveria dar uma nova Carta ao país, e que o deveria conduzi-lo a um novo patamar de democracia e desenvolvimento. Com a morte de Tancredo Neves em 21 de abril de 1985 e a posse de Sarney (que havia assumido interinamente desde 15.03.1985), este fortemente identificado com o regime militar e um político nitidamente populista, foi votada a Emenda Constitucional nº 26 à Constituição de 1967, datada de 27.11.1985, que convocava eleições em novembro de 1986 para instalação de uma Constituinte a partir de 01.02.1987.

A discussão que se travou naquela época dizia respeito à figura da Constituinte Exclusiva *versus* Constituinte Congressual. Venceu a tese da Constituinte Congressual, muito mais por limitações políticas e práticas que por razões teóricas. E desta opção por uma Constituinte Congressual foi que ocorreram vários vícios que contaminaram a legitimidade do processo, entre eles: a) 1/3 de senadores que haviam sido eleitos de forma indireta, pelas Assembléias Legislativas dos Estados, e que ainda possuíam 04 anos de mandato, foram mantidos no Congresso Constituinte; b) as eleições foram realizadas com a mesma base partidária e eleitoral que existia antes, o que causou grande deformação em razão do princípio proporcional utilizado para a eleição dos deputados, ocasionando que muitos foram eleitos com menor número de votos que outros candidatos, que não lograram êxito. Além disso, c) foram eleitos 2/3 de membros do Senado, que, em tese, representam os Estados. Ora, se até a divisão territorial do país poderia ter sido revista, por que eleger 02 representantes constituintes com base na conformação territorial existente? Como se não fosse bastante, d) tais deputados e senadores, ao invés de trabalharem com exclusividade na atividade constituinte, conjugaram seus esforços com o da legislação ordinária, que são atividades dificilmente compatíveis. Não esquecendo ainda e) das candidaturas natas — aqueles que dispunham de cargos eletivos tinham direito, pela legislação eleitoral então em vigor, a serem candidatos, independentemente de decisão partidária. E f) foram mantidos os mesmos partidos antes existentes, com vários dos vícios e oportunismos das eleições realizadas no período militar. Por fim, g) estes parlamentares construíram uma Constituição que regeria a si próprios, pois seus mandatos foram mantidos com o término dos trabalhos constituintes.

Além disso, no âmbito econômico, dentre outros problemas, a inflação se situava em patamar altíssimo. Havia sido de 223,8% no ano de 1984 e de 235,5% em 1985. Em fevereiro de 1986 foi lançado um plano econômico, que ficou conhecido como Plano Cruzado, visando debelar a inflação. A estratégia econômica do plano estava vinculada a um congelamento de preços que rendeu bons frutos eleitorais ao Presidente Sarney, que obteve ampla maioria nas eleições constituintes de 15 de novembro de 1986. Logo após a eleição o congelamento foi desfeito, tendo sido reconhecida a fragilidade do plano econômico.¹⁶ Ocorre que os constituintes já haviam

¹⁶ Este episódio ficou conhecido como Plano Cruzado II e foi um rotundo fracasso. Para uma leitura deste período, ver: *Presidentes do Brasil: de Deodoro a FHC*, Fábio Koifman, Departamento de Pesquisa da Universidade Estácio de Sá, SP, Cultura, 2002.

sido eleitos e com eles a feição da Constituição que seria elaborada. Uma expressão muito utilizada na época era de ter ocorrido um “*estelionato eleitoral*” por parte do governo, pois este se aproveitou de uma estabilidade econômica fictícia, baseada em um congelamento de preços, que, por óbvio, não se sustentou, mas que gerou a avassaladora vitória eleitoral em 1986.

Várias outras deformações ocorreram naquela eleição constituinte, de tal forma que acabaram por produzir uma Constituinte completamente desvirtuada daquela que a teoria política sugere para que se construa uma Constituição que possa corresponder ao anseio popular. *Houve um déficit original de legitimidade*. Esta é uma das grandes causas da desconexão existente entre a constituição e a realidade, causando o surgimento de tantas normas não implementadas e de tantas reformas em tão pouco tempo. Mas não foi a única grande causa, como adiante será exposto.

8 Para balizar os trabalhos constituintes, o Presidente Sarney havia formalizado uma Comissão de Notáveis, que deveria redigir um anteprojeto de Constituição. Tal comissão ficou conhecida como comissão Afonso Arinos. Ocorre que, em face de todo este *imbroglio* político e econômico, o anteprojeto de constituição elaborado pela comissão Afonso Arinos foi absolutamente ignorado pelo Congresso Constituinte, por ser considerado “elitista”. A inexistência de um projeto que balizasse os debates levou a Constituinte a começar os trabalhos “do zero”, sem qualquer rumo preestabelecido, exceto o de redemocratizar o país.

O Congresso Constituinte se dividiu em subcomissões para tratar de toda uma gama de direitos, construindo a Constituição aos pedaços, de parcelas menores para as maiores, por aglutinação. Tal fato acarretou outro problema grave, qual seja, a superposição de vários institutos, de vários direitos e a criação de uma Constituição muito detalhada e quilométrica, que busca atender a todas as necessidades do corpo social, sem se dar conta de que o papel a tudo aceita, mas os fatores reais de poder nem sempre estão de acordo com o que nele se escreve.

Merece detida atenção em todo este processo político a figura do “Centrão”. O trabalho nas subcomissões se desenvolveu com uma perspectiva predominantemente social, visando transformar as estruturas do país para uma perspectiva mais solidária. Contudo, no momento da votação em Plenário, vários constituintes — a maior parte deles — notaram que não era aquela a visão que desejavam para o país e formaram um bloco político que ficou conhecido por “Centrão”, congregando parlamentares

mais conservadores, e que passaram a trabalhar no Plenário para vetar ou alterar as propostas progressistas que haviam sido aprovadas nos subgrupos e grupos que haviam trabalhado durante o longuíssimo período constituinte. Através desta congregação de políticos conservadores, foi dada uma feição ainda mais *frankenstein* na Carta de 1988, uma vez que, a depender do jogo de forças no Plenário, um certo direito que havia sido aprovado em uma subcomissão e posteriormente retirado no Plenário retornava sob outra redação, ao ser discutido outro Capítulo da Carta. Desta forma, a Constituição de 1988 estava sendo montada aos pedaços e sendo dilapidada e reconstruída diariamente, em uma faina incansável, tal como fez Penélope esperando o retorno de seu Ulysses, na *Odisséia* de Homero.

9 Além disso tudo havia ainda a questão da legislação ordinária, com a figura dos decretos-lei expedidos pelo Poder Executivo, e que possuíam força de lei até sua aprovação ou rejeição pelo Congresso,¹⁷ e um Presidente da República fraco, que não cabia no figurino que a história havia traçado para outro homem. Assim, chegava a grandes extremos a tensão existente entre um Poder Executivo com fortes instrumentos jurídicos herdados da ditadura, como o decreto-lei, mas comandado por um Presidente fraco, José Sarney, e um Poder Legislativo forte, presidido pelo deputado Ulysses Guimarães, que, além da legitimidade que possuía por ter liderado a luta contra a ditadura, enfeixava em suas mãos a Presidência da Câmara dos Deputados, do Congresso Constituinte e do partido majoritário, o PMDB. Tudo isso dificultava sobremaneira a qualidade dos trabalhos constituintes, arrastando-os por 18 meses.

10 Como se tudo que anteriormente foi descrito não fosse bastante para dificultar os trabalhos constituintes então em curso, havia ainda a questão do prazo do mandato presidencial. A Constituição de 1967 previa inicialmente um prazo de 04 anos, que foi ampliado para 06 anos ainda durante o regime militar.¹⁸ O debate era intenso sobre o mandato presidencial em curso. Deveria ser de quanto tempo: 04, 05 ou 06 anos? Caberia

¹⁷ Art. 55. "O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias: I - segurança nacional; II - finanças públicas, inclusive normas tributárias; e III - criação de cargos públicos e fixação de vencimentos. § 1º Publicado o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação, o texto será tido por aprovado. § 2º A rejeição do decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência".

¹⁸ Emenda Constitucional nº 8, de abril de 1977.

reeleição? As dúvidas apenas exacerbavam as tensões existentes. O Presidente Sarney defendia que tinha direito a um mandato de 06 anos, uma vez que tinha sido eleito sob a égide da Constituição de 1967 que determinava esse período. Mas não faltava quem afirmasse, e com bastante razão, que, sendo o Congresso Constituinte soberano (pelo menos em tese, pois na realidade brasileira isto não se concretizou), ele poderia estabelecer outro prazo para o mandato em curso do Presidente da República.

O Presidente José Sarney buscou a afirmação de seu mandato de todas as formas. E esta pressão foi mais uma vez dirigida ao Congresso Constituinte. É importante observar a incoerência da situação. Existia uma Constituição, de 1967, em seus estertores, com um Congresso Constituinte em plena atividade, cumulada com a tarefa da legislação ordinária, e ainda mais pressionada para definir o prazo de mandato presidencial em curso, sendo que o Presidente da República não aceitava de forma nenhuma encurtá-lo. Após muito debate e negociações políticas, foi-lhe reconhecido um quinto ano de mandato através do artigo 4º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988. Os jornais do período registram muitas acusações, não comprovadas, de compra de votos pela outorga de canais de rádio e televisão, que no Brasil são monopólio estatal e que, de acordo com a Constituição que estava findando, eram de livre concessão do Poder Executivo, mas que, pela Constituição que estava nascendo, somente poderiam ser concedidos através de licitação.¹⁹ Dados divulgados indicam que foram concedidas nos 05 anos de mandato do Presidente Sarney 1.028 autorizações para exploração dos serviços de rádio e televisão, sendo que mais da metade desse número foi distribuída nos últimos 09 meses de trabalho da Constituinte, entre janeiro e outubro de 1988.²⁰

11 A economia também não andava nada bem naquele período. O Plano Cruzado havia naufragado logo após as eleições constituintes em novembro de 1986. A moratória da dívida externa foi declarada em fevereiro de 1987. Outro plano econômico, batizado de Plano Bresser, em homenagem ao ministro da Fazenda da época, foi lançado em junho de 1987, também sem sucesso duradouro, pois os índices de inflação chegaram a 366% naquele ano. Em 1988 a inflação alcançou o patamar de 933% ao

¹⁹ E o art. 175 da Carta de 1988 passou a estabelecer a exigência de licitação para a concessão e a permissão de serviços públicos.

²⁰ KOIFMAN, Fábio. *Presidentes do Brasil: de Deodoro a FHC*. São Paulo: Cultura, 2002, p. 802.

ano. Em janeiro de 1989, já com a nova Constituição promulgada, foi lançado um novo plano econômico, batizado de Plano Verão, cujos resultados foram pífios, pois a inflação chegou a 2.751% entre fevereiro de 1989 e fevereiro de 1990. Em março de 1990, quando Sarney concluiu seu 5º ano de mandato, a inflação *mensal* alcançou 84%, e a economia estava estagnada. Durante seu mandato, Sarney enfrentou 12 mil greves, além de diversas manifestações populares de insatisfação.²¹

Passados vários anos é que se pode constatar, rememorando aquele período, quão agitados e atropelados foram os anos de 1985-1988, o que inclui a fase constituinte de 1987-1988, o que refletiu em seu resultado final: a Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. E influenciou também o início de sua vigência, pois, de certa forma, norteou sua interpretação pelo aparato oficial nos anos seguintes.

3 A constituição econômica formal brasileira de 1988

12 Em 05 de outubro de 1988 foi promulgada a 7ª Constituição brasileira, denominada Constituição da República Federativa do Brasil, com 245 artigos em seu corpo permanente (além de outros 70 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), divididos em 09 Títulos, por sua vez subdivididos em 33 Capítulos.

O Título VI trata “Da Tributação e do Orçamento”, com dois Capítulos: um “Do Sistema Tributário Nacional” (arts. 145-162) e outro “Das Finanças Públicas” (arts. 163-169). O Título VII trata “Da Ordem Econômica e Financeira”, com 04 Capítulos: “Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica” (arts. 170 a 181), “Da Política Urbana” (arts. 182-183), “Da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária” (arts. 184 a 191) e “Do Sistema Financeiro Nacional” (art. 192).

13 O capítulo da “Ordem Econômica” estabeleceu uma economia de mercado, com forte conotação nacionalista e com instrumentos para o exercício supletivo de atividade econômica por parte do Estado.

Para além dos Princípios Fundamentais da República Federativa do Brasil,²² estabeleceu como fundamento da *ordem econômica* a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, visando assegurar a todos existência digna, tendo como princípios gerais da atividade econômica a soberania

²¹ Para estes dados, ver: KOIFMAN, Fábio. *Presidentes do Brasil: de Deodoro a FHC*. São Paulo: Cultura, 2002, p. 796-803.

²² Que se encontram nos arts. 1º a 4º da Constituição.

nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento diferenciado para as empresas de capital nacional de pequeno porte.²³

14 O caráter nacionalista da Carta — afastado por Emendas Constitucionais — encontrava-se assente no artigo 171, que previa ser “empresa brasileira” aquela constituída sob as leis brasileiras e que tivesse sua sede e administração no país; e “empresa brasileira de capital nacional” aquela em que a maioria do capital votante e o exercício de fato e de direito do poder decisório estivesse em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no país, ou de entidades de direito público interno. Para estas “empresas brasileiras de capital nacional” era prevista a possibilidade de, através de lei, serem concedidos proteção e benefícios especiais temporários para o desenvolvimento de atividades estratégicas necessárias ao desenvolvimento do país. Era prevista também a possibilidade de serem estabelecidas, por lei, quotas de capital nacional e reserva de mercado tecnológico para estas empresas, e deveriam ter tratamento diferenciado na aquisição de bens e serviços por parte do poder público.

Outras normas espalhadas pelo texto também previam este caráter nacionalista, como a que estabelecia que a pesquisa e a lavra dos recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica somente poderiam ser outorgados a brasileiros ou a empresas brasileiras de capital nacional (art. 176), ou ainda a que mencionava ser a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, aos quais caberá a responsabilidade por sua administração e orientação intelectual (art. 222).

Foi ainda determinada a predominância dos armadores nacionais e navios de bandeira e registros brasileiros (art. 178, II), devendo ser brasileiros os armadores, os proprietários, os comandantes e dois terços, pelo menos, dos tripulantes de embarcações nacionais (art. 178, § 2º) e, ainda, que a navegação de cabotagem e a interior eram privativas de embarcações nacionais, salvo caso de necessidade pública (art. 178, § 3º).

²³ Art. 170, em sua versão original.

No âmbito financeiro, foi previsto que a lei complementar que trataria da regulamentação do sistema financeiro nacional estipularia as condições para a participação do capital estrangeiro nas instituições financeiras, tendo em vista especialmente os interesses nacionais (art. 192, III, *a*).

Vários destes preceitos de proteção ao capital nacional tiveram vida curta, tendo sido revogados em 1995, como adiante será melhor explicitado. Outros, tal como o que se refere ao âmbito financeiro, não foram implementados.

15 A atuação do Estado na economia foi estabelecida em várias normas, tendo sido divididos os campos de atuação do Estado na atividade econômica, de forma supletiva, e aqueles em que deveria atuar prioritariamente enquanto executor de serviços públicos. Em cada caso a intenção era delimitar onde era o campo de atuação prioritário do Estado (prestação de serviços públicos), no qual a iniciativa privada poderia atuar de forma supletiva, e aquele em que a atuação dos agentes privados seria prioritária, cabendo ao Estado um papel supletivo.

Na prestação de serviços públicos foi estabelecido ser incumbência do poder público a prestação de serviços públicos, podendo ser estes outorgados, através de concessão ou de permissão, sempre através de licitação (art. 175). À União competia uma enorme lista de atividades (art. 21), dentre elas as de: (inciso XI) explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União; (inciso XII, *a*) radiodifusão sonora e de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações;²⁴ (inciso XII, *b*) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; (inciso XII, *c*) a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária; (inciso XII, *d*) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; (inciso XII, *e*) os serviços de

²⁴ Muito embora as concessões de serviços públicos de telecomunicações que estivessem em vigor na data de promulgação da Constituição, 05.10.1988, tivessem sido mantidas expressamente no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 66. Este fato apenas reforçou a suspeita de transação no caso da determinação do prazo de mandato do Presidente Sarney.

transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; e (inciso XII, f) os portos marítimos, fluviais e lacustres. Duas destas atribuições foram alteradas através de Emendas Constitucionais, a do inciso XI e a do inciso XII, a.

O regime de mercado foi assegurado, sendo cabível a exploração direta da atividade econômica pelo Estado apenas em caráter supletivo em duas hipóteses: quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme fosse estabelecido em lei (art. 173). De toda forma, quando isso ocorresse, o Estado deveria submeter-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, sendo incabível a concessão de privilégios ao Estado que não fossem estendidos ao setor privado. Além disso, asseverava ao Estado o papel de agente normativo e regulador da atividade econômica, devendo exercer o papel de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este apenas indicativo para o setor privado e vinculante para o público (art. 174).

16 Muito embora o regime de mercado esteja assegurado na Carta, a atividade planejadora do Estado foi bastante destacada, podendo-se encontrá-la sob diversos aspectos, sendo o mais relevante, para efeito de desenvolvimento econômico, o plano plurianual, ao qual está incumbido estabelecer, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada (art. 165, § 1º). Todo o sistema de planejamento público deve estar de conformidade com este plano plurianual, sejam planos nacionais, regionais ou setoriais (art. 165, § 4º), acerca dos quais cabe ao Congresso Nacional dispor (arts. 48, IV, e 165, § 4º).

A importância do sistema de planejamento público na Constituição de 1988 é tamanha que é vedado o início de qualquer investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro sem sua prévia inclusão no plano plurianual, sob pena de incursão em crime de responsabilidade (art. 167, § 1º).

Lei Complementar deveria estabelecer a vigência, os prazos, a elaboração e a organização deste plano plurianual (art. 165, § 9º, I), tendo sido fixado, como regra transitória na Constituição (art. 35, § 2º, I), que no primeiro ano do mandato presidencial seria elaborado e encaminhado ao Congresso Nacional o plano plurianual, que deveria ser votado até o final desse primeiro ano, para vigorar até o último dia do primeiro ano do

mandato presidencial subsequente.²⁵ Desta forma, sendo de quatro anos o mandato presidencial, o prazo do plano plurianual ficou estabelecido em 04 anos.

17 Foram previstas como monopólio da União (art. 177) a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados. Este monopólio centrado nas mãos da União era transferido por lei para ser explorado, de forma monopolística, por uma empresa estatal federal denominada Petrobras – Petróleo Brasileiro S/A.

18 No âmbito financeiro foi estabelecido que o sistema financeiro nacional seria estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade e seria regulado em lei complementar que disporia sobre as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, que não poderiam ser superiores a doze por cento ao ano, sendo a cobrança acima deste limite conceituada como crime de usura, devendo ser punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.

Este artigo, verdadeiramente inusitado em matéria constitucional, se constituía em uma aspiração para a redução do alto custo do dinheiro no Brasil, especialmente naqueles anos de forte inflação, como anteriormente mencionado. Foi, de todos os preceitos da Constituição de 1988, o que teve a vida mais curta, porque nunca implementado.

19 Outras normas referentes especificamente à *ordem econômica* surgiram com a Carta de 1988, seja com relação à proteção das pequenas e microempresas, visando conceder-lhes tratamento diferenciado simplificando suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias (art. 179). Ou ainda obrigando o poder público a incentivar o turismo. Contudo, estas não se constituem como o cerne do subsistema econômico de 1988.

²⁵ Lei complementar posterior manteve a mesma redação da disposição transitória.

4 A luta pela concreção da Constituição

20 Expostos os eixos fundamentais da *constituição econômica formal* brasileira tal qual aprovados em 1988, resta perguntar: estas normas foram implementadas? O que aconteceu com o caráter nacionalista e planejador da *constituição econômica* brasileira? Antes de analisar as Emendas Constitucionais que alteraram este perfil cabe mais uma breve digressão sobre a situação política no Brasil e no mundo nesse período.

21 A Constituição brasileira foi promulgada em 05 de outubro de 1988, fruto de um longo trabalho constituinte, fortemente principiológica e com um perfil social acentuado. Foi uma reação ao período autoritário anterior e centrada na construção de uma democracia participativa em nosso país.

É bem verdade que as normas jurídicas, uma vez criadas, se despregam de seus criadores, passando a ter vida própria, com funções e interpretações diversas daquelas originalmente idealizadas.

Da vinculação inicialmente existente com o criador, passam a ter uma relação fundamental com o intérprete. E existem vários intérpretes para as normas jurídicas, tantos quantos as utilizem. Não se trata de uma função única e restrita aos bacharéis em Direito, mas a todos aqueles que vivem sob a incidência daquelas normas. Da ditadura do criador as normas passam à ditadura dos intérpretes.

E a luta pela concreção da Constituição de 1988 começou bastante cedo, com um ponto a favor daqueles que se posicionaram por sua inaplicabilidade. A desconstrução da Constituição começou no mesmo dia em que foi promulgada.

É particularmente conhecida a situação da norma constante do § 3º do art. 192 que estabeleceu teto de juros de 12% ao ano.²⁶ No mesmo dia em que o *Diário Oficial da União* circulou em edição especial com o texto da nova Constituição, em sua edição ordinária circulou um Parecer da Consultoria Geral da República argumentando que esta norma não era auto-aplicável, sendo necessária a edição de uma lei complementar e de uma lei ordinária para que sua eficácia surtisse efeito.²⁷ Os bancos oficiais,

²⁶ "§ 3º As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar".

²⁷ Parecer nº SR-70, da lavra do então Consultor Geral da República Saulo Ramos, exarado no dia 06.10.88 e publicado no DOU de 07.10.88.

vinculados normativamente às orientações da Consultoria Geral da República,²⁸ não adotaram o patamar que a Constituição estabelecia, e, por conseguinte, os bancos privados também não. Logo, no mesmo dia de sua edição, a *interpretação oficial* formulada pelo Poder Executivo fez com que esta norma constitucional deixasse de ter eficácia. Ação Direta de Inconstitucionalidade foi proposta contra este Parecer, porém somente foi julgada vários anos depois, acatando o entendimento nele esposado²⁹ — como não poderia deixar de ser em face do tempo decorrido e das situações econômicas consolidadas neste interregno.

Passados vários anos deste episódio, seu autor, o então Consultor-Geral da República, ainda se vangloria do fato, ao mencionar que “o ‘*Diário Oficial*’ rodou, no dia 6, edição especial com a nova Constituição e uma normal, mais modesta, com o meu parecer dizendo que o art. 192 não entrava em vigor (...) Mas um aspecto curioso da discussão sobre o entrar ou não em vigor deu-se na semana seguinte, num restaurante de Brasília, onde fui almoçar e encontrei o então senador Fernando Henrique Cardoso. Ele me questionou: ‘Você pensa que vai impedir a vigência da Constituição com um simples parecer jurídico?’ ‘Penso’.”³⁰

O que estava em jogo, diversamente do que pensa o então Consultor-Geral da República, não era a relevância ou a importância da norma, ou mesmo se a expressão “nos termos que a lei determinar” constante do texto já estava preenchida por várias normas pré-existentes à nova Carta, e que por ela foram recepcionadas, mas o respeito a uma Constituição que acabava de ser promulgada e que foi às ruas com plena aceitação popular. Este episódio demonstra o jogo de forças político que existia na época, entre aqueles que tinham interesses a preservar contra a Constituição e os que tentavam fazê-la viva, concreta, como um instrumento da redemocratização do país.

A norma em questão, dos 12% de juros anuais, até recentemente existia na Carta de 1988, mas apenas como um fantasma, pois não tendo sido implementada, mesmo passados quase 15 anos, foi revogada pela Emenda Constitucional nº 40, de 29 de maio de 2003, curiosamente a primeira aprovada no Governo do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, eleito pelo PT – Partido dos Trabalhadores, legítimo representante da esquerda brasileira.

²⁸ Decreto nº 92.889/07-07-86.

²⁹ Refiro-me à ADIn nº 4, cuja liminar foi negada em 19.10.88, mas o julgamento de mérito somente se realizou em 07.03.91, tendo sido publicado o acórdão em 25.06.93.

³⁰ RAMOS, Saulo. Juros e os Três Fernandos. *Folha de S.Paulo*, 26 mar. 2003, p. A-3.

22 Aqueles que desejavam conservar a ordem existente, como se uma nova Constituição nada significasse, tiveram um instrumento jurídico bastante útil para auxiliá-los: as medidas provisórias. Criadas pela Constituição de 1988 como um substituto dos decretos-lei, e inspiradas na legislação italiana, foram utilizadas no Brasil com abundância, como forma de impor a vontade do Presidente da República ao Congresso Nacional.

A redação original do art. 62 da Constituição de 1988, que regulamentava as medidas provisórias, estabelecia que “em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias. Parágrafo único: As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.”

Várias questões assomaram acerca deste preceito, dentre elas se seria possível reeditar medidas provisórias, caso não tivessem sido analisadas pelo Congresso Nacional no prazo de 30 dias. Nesta hipótese, não teriam sido convertidas em lei e sequer teriam sido rejeitadas. Outra questão dizia respeito ao âmbito das matérias que poderiam ser tratadas através desse instrumento jurídico. Questões econômicas, tributárias, orçamentárias poderiam ser tratadas através de medidas provisórias? Por fim, o que se poderia caracterizar como “urgência e relevância” para os efeitos de editar este tipo de norma, que teria “força de lei” desde sua edição? Quem seria competente para analisar a pertinência da urgência e da relevância no caso concreto?

Não foi editada nenhuma norma regulamentando o processo de edição de medidas provisórias no Brasil. O Congresso Nacional passou a aceitá-las sobre qualquer matéria, e o conceito de “urgência e relevância” tornou-se prerrogativa do Poder Executivo que, ao longo do tempo, deixou sequer de necessitar justificar este requisito, tomando-o por pressuposto. E, para tornar este instituto ainda mais perverso, a possibilidade de reedição de medidas provisórias foi tornada ampla, permitindo sua reapresentação, com o mesmo ou outro texto, indefinidamente.

Pode-se imaginar como este tipo de interpretação causou uma hipertrofia no Poder Executivo brasileiro e uma submissão dócil no Poder

Legislativo. O Supremo Tribunal Federal brasileiro,³¹ confrontado com a matéria, leu o novo instituto jurídico com os olhos voltados para o velho texto, entendendo que se tratava apenas de um “novo nome para o decreto-lei”, e, portanto, aproveitando toda a jurisprudência já consolidada referente àquele instituto, sem se dar conta do novo texto (diferente do anterior, retrotranscrito em nota de rodapé) e dos tempos democráticos em que então se vivia. Viu o *novo* com a lente do *velho* e, portanto, viu de forma distorcida a realidade que se lhe era apresentada, e nada disse, acachapando-se em face da proeminência do Executivo.

O que tem este fato com a matéria econômica? Tudo, pois grande parte da legislação econômica, financeira e tributária que se seguiu à Constituição de 1988 foi veiculada através de medidas provisórias, editadas e reeditadas uma infinidade de vezes. Todos os planos econômicos anteriormente mencionados para debelar a inflação, e vários outros que sequer merecem registro, foram veiculados através de uma enxurrada de medidas provisórias. A matéria tributária e grande parte da matéria financeira do período também tiveram nas medidas provisórias o *locus* ideal no figurino do Poder Executivo.

Apenas para se ter uma vaga idéia do tamanho do problema, no quadro abaixo é demonstrada de forma didática a quantidade de medidas provisórias editadas e reeditadas pelos Presidentes da República:³²

Medidas Provisórias Editadas

	José Sarney out./88-mar./90	Fernando Collor mar./90-out./92	Itamar Franco out./92-dez./94	Fernando H. Cardoso 1º Governo jan./95-dez./98	Fernando H. Cardoso 2º Governo jan./99-set./01	TOTAL
Quant. total por governo	125	89	142	160	103	619
Média mensal por governo	5,21	2,92	5,26	3,33	3,12	

³¹ Cabe destacar que o Supremo Tribunal Federal não se constitui como Corte Constitucional nos moldes europeus, pois cumula as funções de tribunal de cassação. Seus 11 ministros são vitalícios e nomeados pelo Presidente da República, após sabatinados pelo Senado Federal.

³² Dados da Subchefia de Assuntos Jurídicos da Presidência da República. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

Medidas Provisórias Reeditadas

	José Sarney out./88-mar./90	Fernando Collor mar./90-out./92	Itamar Franco out./92-dez./94	Fernando H. Cardoso 1º Governo jan./95-dez./98	Fernando H. Cardoso 2º Governo jan./99-set./01	TOTAL
Quant. total por governo	22	70	363	2.449	2.587	5.491
Média mensal por governo	0,92	2,30	13,44	35,44	78,39	

Esta situação caótica, em que o poder de legislar tinha sido na realidade transferido para o Presidente da República, foi reduzida em setembro de 2001 através da aprovação da Emenda Constitucional nº 32, que deu nova redação às medidas provisórias, reduzindo o poder do Presidente da República em editá-las.³³ Mas, até aí, já havia passado quase

³³ Nova redação do art. 62, após a Emenda Constitucional nº 32, de 11.11.2001: "Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I – relativa a: a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; b) direito penal, processual penal e processual civil; c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º; II – que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; III – reservada a lei complementar; IV – já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República. § 2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada. § 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes. § 4º O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional. § 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais. § 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando. § 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional.

§ 8º As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados. § 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional. § 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo. § 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas. § 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto".

13 anos. E mesmo assim, computadas as edições e reedições de medidas provisórias após a Emenda Constitucional nº 32, o quadro não é nada animador para a democracia brasileira, pois o Presidente Fernando Henrique Cardoso, nos meses de governo que lhe restaram sob esta nova regra, editou 101 medidas provisórias (média de 6,73 *por mês*), e o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em 05 meses, já editou 17 (média de 3,4 *por mês*).³⁴

23 Além de todo este arcabouço institucional, que foi utilizado muito mais para concentrar poder nas mãos do Presidente da República do que para distribuí-lo de forma equilibrada, outros fatores internos e externos contribuíram para retardar a implementação de várias conquistas da Carta de 1988, e solapar muitas outras.

No âmbito externo, ainda que de forma involuntária, a queda do Muro de Berlim, que aconteceu em novembro de 1989, um ano após a promulgação da Constituição, foi um fator que colocou em cheque várias das conquistas sociais que haviam sido inscritas na Carta de 1988. Alegava-se que se o socialismo não havia dado certo nem nos países desenvolvidos, como é que poderíamos no Brasil insistir no caminho de uma economia de mercado com forte previsão de planejamento econômico? Dizia-se que enquanto esta bandeira caía na Europa, estava sendo desfraldada no Brasil. A dissolução da URSS apenas reforçou tais argumentos. A globalização e a adoção de um modelo neoliberal em vários países foram os passos seguintes para aumentar o coro contra o modelo econômico da Carta de 1988.

No âmbito interno a pressão por mudanças na Constituição de 1988 foi contida com grandes dificuldades.

24 A primeira Emenda Constitucional foi efetuada em 31.03.1992, sob o Governo Fernando Collor de Mello, que tinha como uma de suas bandeiras principais a luta contra os altos salários pagos a funcionários públicos, que eram denominados de *marajás*. Esta Emenda limitou a remuneração dos membros dos parlamentos estaduais e municipais.

A partir daí não foi mais possível manter íntegro o texto constitucional, inclusive nos pilares da *constituição econômica formal*.

25 O segundo passo para que fosse instaurado um processo de constante modificação da Constituição de 1988 ocorreu em razão do § 2º, do art. 2º, do Ato das Disposições Transitórias da Constituição de 1988,

³⁴ Dados da Subchefia de Assuntos Jurídicos da Presidência da República. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

que determinava a realização de um plebiscito em 07 de setembro de 1993 a fim de que fossem definidos a forma (republicana ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que deveriam vigorar no país. Esta determinação foi objeto da segunda Emenda Constitucional, em agosto de 1992, a qual antecipou a realização deste plebiscito para abril de 1993 e estabeleceu que o resultado deste plebiscito valeria apenas a partir de 1º de janeiro de 1995.

Esta antecipação decorreu da grave crise que existia no país em razão do processo de *impeachment* a que estava sendo submetido o Presidente Fernando Collor de Mello, acusado de corrupção. Imaginou-se que a antecipação deste plebiscito poderia fazer com que a grave crise fosse debelada. Todavia, o processo de *impeachment* transcorreu sem quebra da ordem constitucional, e aquele Presidente foi substituído por seu Vice, Itamar Franco, que cumpriu o saldo de mandato e que teve o mérito de debelar a inflação através de um conjunto de normas econômicas, também veiculado através de medidas provisórias, em junho de 1994, intitulado Plano Real.

O resultado do plebiscito, que também transcorreu na mais absoluta normalidade, foi o de manter o sistema republicano e o presidencialismo em nosso país.

26 Embora já tivesse havido as duas modificações anteriormente mencionadas, foi através da Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, que surgiu a primeira grande reforma da Carta, com reflexos apenas indiretos na *ordem econômica*, uma vez que criou a figura da “substituição tributária”, em razão da qual foi possível reduzir sensivelmente a evasão fiscal, antecipando o momento do pagamento de tributos, além de criar e extinguir vários impostos.

Foi também criada uma figura processual esdrúxula, a Ação Direta de Constitucionalidade – ADC, através da qual alguns poucos órgãos seriam legitimados para argüir diretamente perante o Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade de uma norma que estivesse sendo contestada em vários tribunais inferiores. Ou seja, foi invertida a presunção de constitucionalidade que devem possuir as leis, possibilitando que através de controle concentrado fosse logo declarado pelo Supremo Tribunal Federal que a norma em questão era constitucional, com efeito vinculante e abrangência *erga omnes*. Algo como uma Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, com o sinal trocado.

27 Outro momento de alteração da Constituição ocorreu no início de 1993, quando do processo de *revisão constitucional* que era previsto no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e que afirmava: “A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral”.

Este processo de revisão — de uma única revisão — se constituiu como uma exceção à regra de alteração através de Emendas, forma normal de modificação prevista na Constituição de 1988. Ocorre que para a aprovação de uma Emenda Constitucional era prevista discussão e votação em dois turnos no Senado e na Câmara, separadamente, e sua aprovação requeria 3/5 (três quintos) dos votos dos membros de cada Casa (art. 60). Logo, o processo de *revisão* era mais expedito e entendeu-se que poderia afastar inclusive as *cláusulas pétreas da Constituição*, que vedavam a deliberação de proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º). Logo, o interesse no processo de revisão era muito grande.

Contudo, a montanha pariu um rato. Foram 06 as Emendas Constitucionais de Revisão, e somente a primeira delas disse respeito à *constituição econômica formal* brasileira, ao tratar de finanças públicas, criando uma espécie de desvinculação orçamentária de várias receitas públicas, colocando-as sob um *fundo financeiro* sob o controle direto do Poder Executivo, denominado *Fundo Social de Emergência* (Emenda Constitucional de Revisão nº 1, de 01.03.94).³⁵ Contudo, no âmbito específico da *ordem econômica* nada foi alterado.

28 O processo político no Brasil estava em compasso de espera. A inflação continuava alta no ano de 1994, último de Itamar Franco, Vice-Presidente que assumiu após o *impeachment* de Fernando Collor. O governo de Itamar seguiu os passos do antecessor, abrindo a economia ao mercado externo a fim de obter maior competitividade interna. O processo de privatização, que havia sido iniciado através do PND – Plano Nacional de Desestatização (Lei nº 8.031/90), caminhava a passos lentos. Durante os

³⁵ Este Fundo, que inicialmente era previsto apenas para os anos de 1994 e 1995, foi prorrogado para os anos de 1996 até 30.06.97 (Emenda Constitucional nº 10, de 04.03.96) e posteriormente de 01.07.97 a 31.12.99 (Emenda Constitucional nº 17, de 22.11.97). E sob outro nome, agora DRU – Desvinculação de Receitas Orçamentárias, este Fundo foi mantido entre os anos de 2000 e 2003 (Emenda Constitucional nº 27, de 21.03.2000).

anos de 1990-1992 foram privatizadas 18 empresas nos setores de siderurgia, fertilizantes e petroquímica, e arrecadados US\$ 4 bilhões. Naquela época, o PND concentrou esforços na venda de empresas estatais que desenvolviam atividade econômica concorrencial, tais como empresas siderúrgicas, petroquímicas e de fertilizantes. Entre 1993-1994 foi concluída a privatização do setor siderúrgico, alienada a participação majoritária em 15 empresas, além da venda de participações minoritárias, e arrecadados US\$ 4,5 bilhões.³⁶

Em junho de 1994 Fernando Henrique Cardoso, Ministro da Fazenda de Itamar Franco, lança um ambicioso plano econômico, denominado Plano Real, para debelar a inflação, o que lhe rendeu a indicação para ser candidato à Presidência da República nas eleições de outubro daquele ano, as quais venceu de forma estrondosa, ainda no primeiro turno.

Foi a partir da vitória de Fernando Henrique Cardoso, popularmente conhecido por FHC, que as mudanças na *constituição econômica formal* se intensificaram no Brasil.

5 As mudanças na *constituição econômica formal* nestes 15 anos e suas implicações econômicas

29 Entre outubro de 1988 e maio de 2003 foram aprovadas 46 Emendas Constitucionais, incluindo as de Revisão. Vinte e cinco destas Emendas alteraram normas referentes à matéria econômica, orçamentária e tributária. Destas, 08 Emendas Constitucionais alteraram a conformação da *constituição econômica formal* brasileira. Cinco destas Emendas foram alteradas entre os meses de agosto e novembro de 1995 e modificaram sobremaneira o perfil econômico brasileiro (EC – Emendas Constitucionais nºs 5, 6, 7, 8 e 9). Outras duas, em 1998 (EC nº 19) e em 2002 (EC nº 36), completam o quadro. A EC nº 40 é de maio de 2003.

Três foram os eixos centrais da mudança: 1. *foi retirado o perfil nacionalista* através da revogação do conceito de *empresa brasileira de capital nacional*, facilitando a inserção do capital estrangeiro no Brasil; 2. *foi reduzido o perfil estatista*, deixando de ser exigido que alguns serviços públicos fossem necessariamente delegados a empresas estatais, permitindo que a outorga ocorresse para empresas brasileiras ou estrangeiras; e 3. melhor detalhou as condições de intervenção do Estado na economia através de empresas estatais em regime de concorrência com empresas privadas.

³⁶ Dados obtidos junto ao BNDES. Disponível em: <www.bndes.gov.br>.

30 A retirada do perfil nacionalista da versão original da Constituição Federal de 1988 ocorreu através da Emenda Constitucional nº 6, de 15.08.95, que revogou o art. 171 que estabelecia a distinção entre empresa brasileira de capital nacional e empresa brasileira, fazendo com que caíssem por terra todas as prerrogativas originalmente estabelecidas em prol daquelas. A retórica isonômica passou a vigorar entre o capital nacional e o estrangeiro, igualando desiguais. Basta dizer que o principal banco federal de desenvolvimento, o BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, concedeu crédito subsidiado a empresas estrangeiras para comprarem ações de empresas estatais brasileiras no curso do processo de privatização.

Findou com a mesma Emenda Constitucional a prerrogativa que estabelecia que a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento de potenciais de energia hidráulica, que antes só poderiam ser explorados mediante autorização ou concessão da União por brasileiros ou por empresas brasileiras de capital nacional, passassem a poder ser explorados por brasileiros ou por “empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no país” (art. 176).

Isso foi suficiente para que grande parte do setor minerário fosse aberto ao capital estrangeiro, para o que bastava se instalar no Brasil, criando aqui uma sede e realizando a administração do empreendimento, sendo irrelevante, pelo novo critério, que o controle da empresa estivesse nas mãos do capital nacional.

Muito posteriormente, em 28.05.2002, outra Emenda Constitucional, de nº 36, afastou a exigência constante do art. 222 de que a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens fosse privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, aos quais cabia a responsabilidade por sua administração e orientação intelectual. Tal preceito também impedia a participação de pessoa jurídica no capital social de empresa jornalística ou de radiodifusão, excetuada a de partido político e de sociedades cujo capital pertencesse exclusiva e nominalmente a brasileiros, efetuada através de capital sem direito a voto e limitada a trinta por cento do capital social.

A nova disposição econômica acerca deste assunto permitiu a participação de pessoas jurídicas no controle destas empresas, sendo suficiente que estejam constituídas sob as leis brasileiras e tenham sede no Brasil. Pelo menos 70% do capital social e do capital votante destas empresas deverá pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e

estabelecerão o conteúdo da programação, devendo apenas ser comunicado o Congresso Nacional sobre a mudança do controle societário nessas empresas.

Esta norma foi alterada em decorrência de um momento de profunda crise financeira vivida pelo grupo de comunicações que praticamente domina a cena brasileira, a rede Globo, que buscava aporte de capital estrangeiro para se soerguer.

31 A redução do perfil estatista ocorreu primordialmente através de quatro Emendas Constitucionais, nºs 5, 7, 8 e 9. Nas 03 primeiras destas Emendas o objetivo foi afastar a obrigatoriedade de outorga dos serviços públicos para empresas estatais, sendo que na de nº 9 ocorreu a quebra do monopólio do exercício de atividade econômica de exploração de petróleo, e outras correlatas, com empresa estatal.

Anteriormente, o § 2º do art. 25 da Constituição mencionava caber aos Estados-membros da Federação brasileira explorar diretamente, ou mediante concessão à empresa estatal, com exclusividade de distribuição, os serviços locais de gás canalizado. A Emenda Constitucional nº 5, de 15.08.95, alterou este preceito, retirando a exigência de que esta concessão fosse efetuada “à empresa estatal, com exclusividade de distribuição”, o que permitiu que empresas estatais estaduais fossem privatizadas, e seus serviços explorados pelo capital privado em regime de concorrência.

Outra Emenda Constitucional, a de nº 7, da mesma data, afastou a exigência de predominância dos armadores nacionais e navios de bandeira e registros brasileiros no transporte de cargas no país; afastou também a exigência de serem brasileiros os armadores, os proprietários, os comandantes e dois terços, pelo menos, dos tripulantes de embarcações nacionais; e a determinação de que a navegação de cabotagem e a interior fossem privativas de embarcações nacionais, passando a delegar à lei posterior a possibilidade de que tais atividades passassem a ser desenvolvidas por navios estrangeiros.

Merece destaque a alteração operada através da Emenda Constitucional nº 8, também de 15.08.95, que mencionava competir à União explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações. A alteração foi centrada em quatro pontos: 1. afastou a exigência de que esta delegação se desse a “empresas sob o controle acionário estatal”; 2. permitiu que além

do sistema de delegação através de concessão, fosse operada também através de autorizações e permissões, institutos que procedem a um liame jurídico mais frágil que o das concessões; 3. previu a criação de um órgão regulador para o setor; e 4. englobou no conceito de “serviços de telecomunicações” os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

Tal procedimento permitiu a ampla privatização do setor de telefonia e de telecomunicações brasileiro, tendo sido criada também a Anatel – Agência Nacional de Telecomunicações, como agência reguladora do setor.

Por fim, a Emenda Constitucional nº 09, de 09.11.95, alterou as disposições relativas ao exercício do monopólio da União nos setores de: pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; importação e exportação daqueles produtos e seus derivados, através de transporte marítimo ou por oleodutos, e na pesquisa, lavra, enriquecimento, reprocessamento, industrialização e comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados.

O monopólio da União não foi alterado pela referida Emenda Constitucional, mas sim o monopólio concedido à empresa Petrobras – Petróleo Brasileiro S/A, ao mencionar que a União poderia contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades anteriormente mencionadas, observadas as condições estabelecidas em lei. Desta forma, o monopólio pela exploração das atividades econômicas mencionadas foi mantido nas mãos da União, sendo-lhe permitido contratar com empresas estatais ou privadas, o que afastou o monopólio da empresa estatal Petrobras.

32 A Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.98, melhor detalhou as condições de intervenção do Estado na economia através de empresas estatais em regime de concorrência com empresas privadas. Foi mantida a possibilidade de exploração direta da atividade econômica pelo Estado, quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, que era prevista no *caput* do art. 173. Todavia, foram transferidas para uma lei ordinária a ser editada a criação de um estatuto jurídico das empresas estatais que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; e os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

Desta maneira, foi estabelecido um melhor detalhamento deste relacionamento das empresas estatais em regime de concorrência no mercado, cuja regulação se dará por lei que ainda não foi editada.

6 Implicações socioeconômicas destas alterações

33 Estas Emendas Constitucionais mudaram o perfil da economia brasileira. O Programa Nacional de Desestatização passou a ser o ponto central da política econômica do governo Fernando Henrique Cardoso, em seus dois mandatos: 1995-1998 e 1999-2002. O quadro abaixo bem demonstra o incremento deste Programa a partir de 1995, fruto, essencialmente, das mudanças constitucionais operadas:³⁷

Resultados do Plano Nacional de Desestatização, em US\$ milhões³⁸

Período	Nº de empresas	Receita de vendas	Dívidas transferidas	Total
1991	4	1.614	374	1.988
1992	14	2.401	982	3.383
1993	6	2.627	1.561	4.188
1994	9	1.966	349	2.315
1995	8	1.003	625	1.628
1996	11	4.080	669	4.749
1997	4	4.265	3559	7.824
1998	7	1.655	1.082	2.737
1999	2	133	-	133
2000	2	7.670	-	7.670
2001	1	1.090	-	1.090
2002	1	1.977	-	1.977
Total	69	30.481	9.201	39.682

³⁷ Fonte: BNDES. Disponível em: <www.bndes.gov.br>.

³⁸ Disponível em: <www.bndes.gov.br>.

A participação do Estado na economia atingia diversos setores, fruto do modelo econômico adotado no período militar e, de certa forma, aprofundado no governo populista do Presidente Sarney. Grande parte da infra-estrutura econômica estava concentrada nas mãos do Estado. Considerada por setor da economia, a privatização atingiu os seguintes números apenas na esfera federal de governo:³⁹

US\$ milhões

	Receita de venda	Dívidas transferidas	Total
Siderurgia	5.562	2.625	8.187
Petroquímica	2.698	1.003	3.701
Fertilizantes	419	75	494
Elétrico	3.907	1.670	5.577
Ferrovário	1.697	-	1.697
Mineração	5.202	3.559	8.761
Portuário	421	-	421
Financeiro	4.190	-	4.190
Informática	50	-	50
Petróleo e Gás	4.841	-	4.841
Outros	344	269	663
Total	29.331	9.201	38.532
Dec. 1.068/94	1.150	-	1.150
Total	30.481	9.201	39.682

Além dos setores anteriormente mencionados, a área de telefonia possui números específicos, pois foi privatizada a partir de um programa fora do âmbito do Programa Nacional de Desestatização, integralmente após a EC nº 8 de agosto de 1995. Os valores arrecadados no setor de telefonia foram superiores a US\$ 29 bilhões, com transferência de dívidas em montante acima de US\$ 2 bilhões.

O capital estrangeiro participou com bastante ênfase deste processo de leilão das ações das empresas estatais, ampliando sua participação na economia brasileira. Os números a seguir incluem as privatizações efetuadas

³⁹ Disponível em: <www.bndes.gov.br>.

no âmbito dos Estados-membros, cujo destaque foi o processo de venda do Banespa – Banco do Estado de São Paulo para empresa de capital espanhol, como pode ser visto abaixo:

Participação do Investidor Estrangeiro – 1991-2002,
em US\$ milhões e em %⁴⁰

País	PND		Estaduais		Telecomunicações		Total	
USA	4.318	15,1	6.024	21,6	3.692	12,8	14.034	16,5
Espanha	3.606	12,6	4.027	14,4	5.042	17,5	12.675	14,9
Portugal	1	0,0	658	2,4	4.224	14,7	4.882	5,7
Itália	-	-	143	0,6	2.479	8,6	2.621	3,1
Chile	-	-	1.006	3,6	-	-	1.006	1,2
Bélgica	880	3,1	-	-	-	-	880	1,0
Inglaterra	2	0,0	692	2,5	21	0,1	715	0,8
Canadá	21	0,1	-	-	671	2,3	692	0,8
Suécia	-	-	-	-	599	2,1	599	0,7
França	479	1,7	196	0,7	10	0,0	686	0,8
Holanda	5	0,0	410	1,5	-	-	415	0,5
Japão	8	0,0	-	-	256	0,9	264	0,3
Korea	-	-	-	-	265	0,9	265	0,3
Argentina	-	-	148	0,5	11	0,0	159	0,2
Alemanha	75	0,3	-	-	-	-	75	0,1
Uruguai	0	0,0	-	-	-	-	0	0,0
Outros	1.815	2,6	350	1,3	-	-	1.078	1,3
Part.Estrangeira	11.210	35,5	13.654	49,1	17.270	59,9	41.046	48,2
Total	30.481	100	27.949	100	29.050	100	87.480	100

Portanto, de uma economia de mercado com forte planejamento estatal e nacionalista, passa o Brasil a ter uma forte participação de investidores estrangeiros, em razão do processo de abertura da economia, inserindo-a no mundo globalizado, cujo ápice foi o processo de privatização de amplos setores da infra-estrutura nacional. Tal processo somente pode ser levado a cabo em razão das alterações ocorridas na *constituição econômica formal*, tal como referido anteriormente.

34 De outra banda, grande parte da *constituição econômica formal* brasileira não foi implementada, ficando seu texto apenas como letra escrita sobre papel, sem nenhuma cogência.

⁴⁰ Disponível em: <www.bndes.gov.br>.

O melhor exemplo desta situação decorre da política de juros no Brasil, que o art. 192, § 3º, estabeleceu em um patamar de 12% ao ano, e nunca foi regulamentado. No ano de 2002, as taxas de juros no Brasil alcançaram o patamar de 19% para operações com títulos públicos,⁴¹ sendo que para o tomador final do dinheiro o valor supera 170% ao ano.⁴²

Esta discrepância entre o custo do dinheiro para os bancos — na compra de títulos públicos — e o custo do dinheiro para o tomador final do crédito acabou por transformar o Brasil no paraíso para o sistema financeiro, onde os bancos são o segmento mais lucrativo da economia. O lucro líquido dos bancos cresceu 15% em 2000 em relação ao ano anterior.⁴³ Durante os 08 anos dos dois mandatos do Presidente Fernando Henrique, os lucros dos bancos praticamente triplicaram.⁴⁴ No primeiro trimestre de 2003, o lucro dos bancos cresceu 18,7% em relação ao mesmo período do ano anterior.⁴⁵

Mesmo constitucionalizada a taxa máxima de juros que poderia ser cobrada, sua vigência foi eternamente condicionada a uma regulamentação nunca concretizada, nada tendo sido efetuado nesse sentido por nenhum dos Poderes, até sua exclusão do mundo jurídico através da Emenda Constitucional nº 40. É o melhor exemplo de não implementação da *constituição econômica formal* brasileira que se pode dar, e de seus reflexos econômicos concretos.

35 Contudo, uma situação tristemente peculiar alcançou o Brasil. Mesmo com toda esta arrecadação extraordinária, fruto do processo de privatização, e a conseqüente redução de despesas pela transferência de

⁴¹ Taxa do CDI – Certificado de Depósito Interbancário no ano de 2002.

⁴² Taxa média de juros aplicada para o cheque especial, em maio de 2003.

⁴³ *Jornal Valor Econômico*, 22 fev. 2001: "Lucro de 27 bancos cresceu 15% em 2000 - Quanto mais balanços de bancos são divulgados, mais se confirma a tendência de crescimento de lucros em 2000 em relação ao ano anterior. Os últimos cinco balanços divulgados nos últimos dias, dos bancos Votorantim, Lloyds TSB, AGF Braseg, Bransicredi e Indusval apresentaram crescimento de 90% no lucro líquido, de R\$ 168 milhões para R\$ 320,3 milhões. Acrescentando os dados destas pequenas instituições às 22 anteriores que já haviam publicado balanços, o lucro líquido total das instituições saiu de R\$ 5,793 bilhões para R\$ 6,646 bilhões — um crescimento de 15% no lucro líquido total".

⁴⁴ *Jornal Valor Econômico*, 12 mar. 2002: "Levantamento feito pela empresa ABM Consulting informa que os dez maiores bancos privados do Brasil quase triplicaram seus lucros durante o governo FHC (Fernando Henrique Cardoso). Em 1994, os resultados dessas instituições somaram R\$ 3 bilhões, em valores atualizados. No ano passado, esse montante pulou para R\$ 8,4 bilhões, o que representa um aumento real de 180%. A evolução do lucro superou a taxa de crescimento do patrimônio líquido desses bancos, que ficou em 70%. A rentabilidade também apresentou números impressionantes: subiu de 14% para 23%. No período de oito anos, o grupo de bancos analisado, composto por Bradesco, Itaú, Unibanco, Real, BCN, Mercantil de São Paulo, Safra, Citibank, BankBoston, e BBA, obteve lucro líquido de R\$ 41 bilhões".

⁴⁵ *Folha de S.Paulo*, 4 jun. 2003. Manchete de capa.

dívidas em razão deste mesmo processo, e com a arrecadação tributária também crescendo,⁴⁶ os indicadores sociais brasileiros estão como que estagnados. A melhor forma de aferir esta situação é observar o Índice de Desenvolvimento Humano – IDH, sistema desenvolvido pela ONU, através do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, baseado em estudos realizados pelo economista indiano, laureado pelo prêmio Nobel, Amartya Sen.⁴⁷

Em 1999 o Brasil ocupava a 75ª posição, sendo que em 2000 passou para o 73º posto no rol das nações pesquisadas.⁴⁸ O relatório divulgado pelo PNUD⁴⁹ explica as razões que mantém o Brasil estacionado tão baixo naquele rol, a despeito de ser a 12ª economia do mundo industrializado⁵⁰ e de ter a 60ª maior renda per capita do mundo:⁵¹ “No caso da Educação, o problema reside no estoque de analfabetos do país. Com uma taxa de alfabetização da população com 15 anos ou mais de 85,2%, os brasileiros ocupam a 96ª colocação entre 173 países. Apesar de ter conseguido aumentar em quase 10% a taxa de alfabetização desde 1985, o Brasil teve um progresso mais lento e acabou ultrapassado por outros países que estavam mais atrás, como o Líbano. Não fosse isso, o Brasil estaria mais bem colocado no *ranking* de Educação, já que tem a 43ª melhor taxa de matrícula bruta do mundo.”

“No caso da expectativa de vida, a defasagem em comparação aos outros indicadores é mais alta. O Brasil tem a 103ª maior expectativa de vida do planeta, menor do que a de países com a metade de sua renda per capita, como Filipinas, ou que estão mais de 30 posições abaixo da brasileira na classificação do IDH, como El Salvador ou Argélia. Tendo partido de um patamar muito baixo, o Brasil conseguiu somar 7,7 anos à esperança de vida da geração nascida entre 1995 e 2000, se comparada com a geração de seus pais. Deste modo, os avanços ficaram aquém do necessário para galgar posições no *ranking* mundial. O Peru, por exemplo, partindo de um

⁴⁶ Números específicos desta subárea indicam uma arrecadação em 2002 de cerca de 33% do PIB, em tributos das três esferas de governo.

⁴⁷ Um bom exemplo desta forma de raciocínio é a leitura do livro: *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

⁴⁸ Em 2002, o Canadá era considerado o país que possuía o melhor IDH, cujo índice era de 0,942 e o pior país considerado pelo IDH era Serra Leoa, em 173º lugar, com o índice de 0,275. No Relatório de 2001 o Brasil tinha um índice de 0,737, e em 2002 seu índice melhorou, passando para 0,757.

⁴⁹ Disponível em: <www.undp.org>.

⁵⁰ Foi ultrapassado em 2002 pela Coreia do Sul, *Folha de S.Paulo*, 28 mar. 2003.

⁵¹ Dados do Relatório do PNUD sobre o IDH, tomando por base o ano 2000.

número ainda mais baixo, conseguiu somar 12,6 anos à expectativa de vida de seus habitantes nos últimos 25 anos e ultrapassou os vizinhos nessa dimensão do desenvolvimento humano.”

Por fim, menciona o Relatório de 2002 do PNUD sobre o IDH brasileiro que “a relativamente baixa esperança de vida ao nascer do brasileiro pode ser explicada por vários fatores, alguns históricos, como a mortalidade infantil (de 32 óbitos por mil nascidos vivos, que é a 93ª menor do mundo), outros que se intensificaram mais recentemente, como as mortes violentas, principalmente por homicídio, que fazem com que a expectativa de vida masculina seja oito anos menor do que a feminina. Por conta desses riscos, a chance de um menino brasileiro nascido entre 1995 e 2000 não atingir os 65 anos de idade é de 40%, enquanto para uma menina nascida na mesma época essa chance cai para 25%. Para se poder comparar, um jovem nascido na Costa Rica na mesma época correrá praticamente a metade do risco (20%) de não chegar à terceira idade.”

Segundo o Relatório, inegavelmente melhoramos nos indicadores sociais ao longo destes anos, mas o fizemos de modo muito lento ou tímido, em face de outros países que se encontravam em situação muito inferior à nossa, tal como o Líbano (no caso da educação) e o Peru (quanto à expectativa de vida).

Desta maneira, as mudanças ocorridas desde 1995 na *constituição econômica formal* não trouxeram uma correspondente melhoria nas condições de vida da população brasileira.

7 Conclusões

36 A Constituição de 1988 estabeleceu no Brasil um modelo de economia de mercado com forte participação do Estado, caracterizada pela reserva de amplos setores da infra-estrutura para exploração pelo capital público e/ou pelo capital nacional, que possuía proteção para seu desenvolvimento.

A despeito de ter um processo de mudança constitucional considerado rígido, já foram aprovadas 46 Emendas Constitucionais, incluindo 06 de Revisão, cujo processo de reforma se deu apenas uma única vez, e de forma mais branda. Deste total, 08 Emendas se referem mais diretamente à *constituição econômica formal*, e alteraram substancialmente o perfil econômico originalmente aprovado. Foram vários os fatores de ordem interna e internacional que influenciaram as mudanças ocorridas a partir de 1995 e

que transformaram o modelo econômico do país, permitindo a privatização de amplos setores da economia nacional e abrindo a economia ao capital estrangeiro.

Não faltou quem contestasse este procedimento, por entendê-lo inconstitucional, uma vez que subverteria a *constituição econômica* aprovada originalmente, transformando o Texto Constitucional em um sistema diverso daquele originalmente constituído, mas este tipo de reclamação foi em vão, não tendo encontrado eco no Supremo Tribunal Federal.

Aliás, grande parte da *constituição econômica* não foi sequer implementada, não tendo atingido os objetivos pretendidos, tal como a regulamentação dos juros. Ao longo destes anos nenhum dos Poderes do Estado promoveu uma medida sequer para implementar esta norma, até sua revogação pela Emenda Constitucional nº 40, em maio de 2003. E esta é citada apenas como exemplo, pois várias outras possuem o mesmo destino: a existência enquanto texto escrito na Carta, mas sua inexistência concreta na realidade do país.

O uso de instrumentos legais como as medidas provisórias, copiadas do sistema italiano, mas muito mal adaptadas pela cultura brasileira, acabou por concentrar enorme poder nas mãos do Presidente da República, permitindo que sua vontade se tornasse proeminente em face do Legislativo. Tais instrumentos legais foram determinantes nas alterações econômicas ocorridas ao longo destes 15 anos. A cúpula do Poder Judiciário, constituída pelo Supremo Tribunal Federal, nada fez para evitar esta enxurrada de medidas provisórias em matéria econômica, adotando uma posição muito mais procedimentalista do que substancialista no trato da matéria especificamente econômica.⁵²

37 Mesmo em tempos de globalização, ainda resta um papel fundamental à *constituição econômica* de cada país, que é o de possibilitar que a sociedade atinja um estágio mais avançado de desenvolvimento, permitindo a cada qual obtê-lo a partir de suas capacidades. Desenvolvimento, aqui, consiste na “eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas”.⁵³ Entendo que este papel não poderá ser

⁵² Muito embora, no âmbito tributário, constituído pelas relações entre contribuinte e Estado, a posição deste Tribunal seja um pouco mais avançada na proteção formal dos direitos e garantias individuais.

⁵³ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 10.

efetuado a partir de uma ótica que afasta a presença do Estado nacional, transferindo esta função para outros centros de poder. Existe um papel proeminente a ser desenvolvido pelo Estado — por cada Estado Nacional —, na busca do desenvolvimento econômico de seu povo.

A demonstração anteriormente efetuada dos processos econômicos e políticos que resultaram na criação da *constituição econômica formal* em 1988, e de suas alterações posteriores, combinados com os números decorrentes do processo de privatização da economia e os indicadores sociais apresentados indicam que os sistemas de liberalização da economia e de abertura indiscriminada ao capital internacional não foram capazes de permitir que a sociedade brasileira atingisse os objetivos fundamentais inscritos no art. 3º da Carta de 1988, quais sejam: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

É imprescindível que o Estado assuma seu papel indutor da economia, através de políticas que permitem ao ser humano desenvolver plenamente suas capacidades, a fim de que os objetivos fundamentais anteriormente mencionados sejam alcançados por todos, e não apenas por uma pequena elite da sociedade.

REVISTA DE DIREITO PÚBLICO DA ECONOMIA

Diretores

Vital Moreira
Marçal Justen Filho
Egon Bockmann Moreira

Conselho Científico

Adilson Abreu Dallari (São Paulo)
Almiro do Couto e Silva (Porto Alegre)
António Sousa Franco (Lisboa)
Caio Tácito (Rio de Janeiro)
Calixto Salomão Filho (São Paulo)
Carlos Ari Sundfeld (São Paulo)
Celso Antônio Bandeira de Mello (São Paulo)
Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Rio de Janeiro)
Eduardo Paz Ferreira (Lisboa)
Eros Roberto Grau (São Paulo)
Fábio Nusdeo (São Paulo)
Florian Peixoto de Azevedo Marques Neto (São Paulo)
Leila Cuéllar (Curitiba)
Lucia Valle Figueiredo (São Paulo)
Luís Roberto Barroso (Rio de Janeiro)
Manuel Afonso Vaz (Porto)
Manuel Porto (Coimbra)
Maria Manuel Leitão Marques (Coimbra)
Maria Sylvia Zanella Di Pietro (São Paulo)
Miguel Poiares Maduro (Lisboa)
Monica Spezia Justen (Curitiba)
Paula A. Forgioni (São Paulo)
Paulo Otero (Lisboa)
Pedro Gonçalves (Coimbra)
Ronaldo Porto Macedo Jr. (São Paulo)
Sérgio Ferraz (Rio de Janeiro)
Tercio Sampaio Ferraz Jr. (São Paulo)

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de responsabilidade de seus autores, que gozam de inteira liberdade de opinião. E-mail para remessa de artigos, pareceres e contribuições: <egon@rdpe.com.br> ou <conselho@editoraforum.com.br>. Endereço para envio de contribuições: Editora Fórum - Revista RDPE, Av. Afonso Pena, 2770, 15º/16º andar, Funcionários, CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG

R454 Revista de Direito Público da Economia - RDPE.
Ano 1, n. 1, jan./fev./mar. 2003. Belo Horizonte:
Fórum, 2003.

Trimestral

ISSN: 1678-7102

1. Direito Público. 2. Direito Econômico.
I. Fórum.

CDD: 336.2

CDU: 34(33)

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Projeto gráfico: Luis Alberto Pimenta
Diagramação: Walter Santos
Revisora: Olga M. A. Sousa
Bibliotecária: Nilcéia Lage de Medeiros - CRB 1545/MG
- 6ª região

© Editora Fórum Ltda., 2003.

Proibida a reprodução total ou parcial desta obra,
por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos
xerográficos, sem autorização expressa do editor.

Distribuída em todo o território nacional

Assinaturas e comercialização:

Editora Fórum, Av. Afonso Pena, 2770, 15/16 andar,
Funcionários, CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG
Tel.: (31) 2121-4900 - 0800 704-3737
E-mail: ediforum@editoraforum.com.br
Site: www.editoraforum.com.br