

O DIREITO ECONÔMICO BRASILEIRO COMO DIREITO HUMANO TRIDIMENSIONAL

Ricardo Hasson Sayeg*

Thiago Lopes Matsushita**

RESUMO

O direito econômico brasileiro é pautado pela opção capitalista brasileira, que não é a de um capitalismo liberal, tampouco dirigido, mas sim um capitalismo humanista. Essa classificação parte do pressuposto de garantir a todos existência digna conforme os ditames da justiça social. Com efeito, é indispensável abordar as dimensões dos direitos fundamentais no seu aspecto histórico-jurídico, sua identificação no plano econômico e a concretização desses direitos. Não deve haver a supressão de direitos fundamentais ou a prevalência de um sobre o outro, mas a condensação dos direitos humanos de primeira, segunda e terceira dimensão, agrupados em cadeia de adensamento para outorgar à população sua satisfatividade, proporcionando a justiça social. O direito econômico brasileiro além das relações econômicas privadas, bem como do viés da atividade econômica estatal, enquanto interveniente direta na economia e como sua regente, visa à tutela da população, que, em última *ratio* é direito fundamental do povo do Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO ECONÔMICO, DIREITO FUNDAMENTAL, TRIDIMENSIONAL, JUSTIÇA SOCIAL, SATISFATIVIDADE.

ABSTRACT

The Brazilian economical law is ruled by the Brazilian capitalist option that is not the one of a liberal capitalism, neither, managed, but a humanist capitalism. That classification leaves on the purpose to guarantee a dignified existence to all according to

* Mestre e Doutor em Direito Comercial pela PUC/SP

Professor Doutor de Direito Econômico da graduação, especialização, mestrado e doutorado da Faculdade de Direito da PUC/SP

** Mestre e Doutorando em Direito Econômico pela PUC/SP

Professor de Direito Econômico da graduação e especialização da Faculdade de Direito da PUC/SP

the dictates of the social justice. In effect, it is indispensable to broach the dimensions of the fundamental rights in the historical-juridical aspect, its identification in the economical plan and the materialization of those rights. It should not have the suppression of fundamental rights or the prevalence of the one above the other, but the rights of first, second and third dimensions grouped in a condensed chain to grant the population satisfaction, providing the social justice. The Brazilian economical law beyond the private economical relationships, either, the obliquity of the economical state activity, while direct intervening in the economical activity and as your regent, seeks the guardianship of the population, , that in the last *ratio* is the Brazilian's people fundamental right.

KEYWORDS: ECONOMICAL LAW, FUNDAMENTAL RIGHT, TRIDIMENSIONAL, SOCIAL JUSTICE, SATISFACTION

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende trazer à análise a existência e o conceito do direito econômico brasileiro, apresentando seu enquadramento na opção humanista tridimensional constitucional brasileira.

Nossa evolução histórica levou a conquista e condensação dos direitos fundamentais, de primeira, segunda e terceira dimensão, e o seu entrelaçamento pelo viés da dignidade do ser humano, servindo de plataforma tridimensional edificadora positivada dos direitos humanos visando proporcionar à coletividade brasileira a justiça social consubstanciada em seu desenvolvimento político, econômico, social e cultural.

Neste contexto, o direito econômico brasileiro é tridimensional - o adensamento das liberdades negativas, das liberdades positivas e dos imperativos de solidariedade -, não se tratando de exclusão ou sobreposição das dimensões do direito privado ou do público, mas, sim, da compressão deles por conta dos direitos coletivos, implicando maior potência na tutela da humanidade e do próprio planeta.

Essa é a conformação constitucional capitalista brasileira de um direito econômico finalístico que pretende garantir a todos existência digna conforme os ditames da justiça social; é diferente do direito econômico como direito concorrencial, monodimensional, ou do direito econômico como direito público econômico, de conceitual intervenção e coordenação plena da economia por parte do Governo, bidimensional.

1. A EXISTÊNCIA E CONCEITO DO DIREITO ECONÔMICO BRASILEIRO

Para aqueles que ainda questionam sobre a existência ou não do direito econômico no Brasil, vale lembrar que essa questão é ultrapassada.

Com efeito, o art. 24, inciso I, da Constituição Federal extingue qualquer dúvida sobre a existência do direito econômico, *in verbis*:

Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I – direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

...

A Norma Maior brasileira atribui competência concorrente à União, Estados e ao Distrito Federal, para legislar sobre direito econômico. Portanto, reconhece, expressamente, a existência dele.

Doutrinariamente, o Ministro Eros Roberto Grau¹ esclarece que:

“Já não tem mais razão de ser o debate, academicamente despropositado, a respeito da “existência” do Direito Econômico. Argumentação que a negue já de há muito é qualificável como do mesmo teor daquela que não encontra Direito a fundamentar sua pretensão.”

¹ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição Federal*, p. 130.

Por sua vez, embora renomados autores portugueses² entendam que direito econômico é “o estudo da ordenação (ou regulação) jurídica específica da organização e direcção da actividade económica pelos poderes públicos e (ou) pelos poderes privados, quando dotados de capacidade de editar ou contribuir para a edição de regras de carácter geral, vinculativas dos agentes económicos”, também há a sociedade civil que não é pública ou privada e pode ser dotada dessa capacidade. Tudo depende do regime jurídico respectivo.

O retrato do moderno direito econômico tem uma perspectiva que “se apóia sobre uma visualização diferente (da tradicional) e sobre um método diverso (do ortodoxo) de avaliação e classificação jurídica; sua função metodológica é a de ‘estabelecer os nexos e, assim, a organicidade dos regulamentos jurídicos referentes à fenomenologia das grandes transformações sócio-econômicas da época atual’ (Grosso)”³.

Esses nexos jurídicos podem ir além dos poderes público e/ou privado. Basta ver, sob o aspecto jurídico o fenômeno da globalização econômica, que não é privado, nem público mas sim, planetário ou, pelo menos, internacional.

E não se diga internacional privado, pois a tradicional corrente de direito internacional que insere todas as relações econômicas no âmbito privado também está superada. Afinal, como pode ser privado o direito da OMC – Organização Mundial do Comércio – se seus painéis litigiosos na tutela do comércio mundial são instaurados entre países?

Mesmo no direito interno, como pode ser privado, se hoje é notoriamente sabido que os direitos econômicos compreendem os direitos humanos? Etc ...

² SANTOS, Antônio Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito Económico*, p. 15-16.

³ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Económica na Constituição Federal*, p. 131.

Muito menos essas relações econômicas são simplesmente públicas, uma vez que são indubitavelmente temas planetários, muito além do Estado, notadamente quanto à questão de soberania ou questões *vis-à-vis* entre Estados.

O Professor Nelson Nazar⁴, decano da matéria na PUC/SP, dá a pista, ao preconizar que:

“O Direito Econômico tem o intuito de organizar a economia ...”

Sendo que a economia, quanto ao seu âmbito geopolítico, vai desde a local, a nacional, a regional, a continental, a hemisférica até a planetária e envolve os direitos humanos de primeira, segunda e terceira dimensão.

Logo, como pode o direito econômico ser meramente público ou privado? É muito mais amplo. Na verdade, é do planeta e de toda a humanidade. Daí a interferência das relações econômicas entre países e pessoas de todo o mundo, sem sequer tenham elas tido qualquer contato econômico ou de outra natureza.

A Constituição Federal brasileira, a propósito, não dispõe que o Estado seja o coordenador central da economia; muito menos, que o sejam apenas os agentes econômicos privados, limitando-se no art. 174 a mencionar que há os setores público e privado da economia, porém a ordem econômica é mais ampla que os setores da economia. O que acontece é que a ordem econômica rege os setores privado e público da economia, mas ela não se confunde com eles, posto que a ordem econômica não emana exclusivamente desses setores.

Enfaticamente, por exemplo, o art. 170, *caput*, da Constituição Federal brasileira estabelece o fim da ordem econômica de *“assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”*.

⁴ NAZAR, Nelson. *Direito Econômico e o Contrato de Trabalho*, p. 190.

E desse fim se depreende que a ordem econômica não é para a tutela nem do público, nem do privado, mas para a tutela de “todos”, que significa também a população, via de consequência, a coletividade, daí, mais uma vez expressando sua tridimensionalidade; e, isso sob a regência, novamente, nem só do público, nem só do privado, mas, sim, da justiça social, e por outra vez remetendo o justo para “todos”, ou seja, também para a coletividade e, portanto, em espectro de tridimensionalidade.

Daí, vê-se que a ordem econômica, ou seja, o direito econômico, como, por exemplo, no Brasil, não pertence ao direito privado, nem ao direito público; e sim ao direito coletivo, porém compreende as anteriores, alargando aquela antiga dicotomia romana de que somente existem as duas dimensões jurídicas e, ainda, condensando as suas três dimensões.

Portanto, somente é possível conceituar o direito econômico como a regência jurídica da economia e nada mais, pois varia conforme seu aspecto metaestatal – o direito econômico internacional – e, no âmbito interno de cada Estado soberano, de acordo com a respectiva opção constitucional, apesar do atual mundo globalizado. Por exemplo, não tem nada a ver o direito econômico de Cuba com o dos Estados Unidos da América.

Embora relevante o conceito, o ponto de gravidade a ser observado quanto ao direito econômico, no âmbito brasileiro, é a sua opção de capitalismo.

2. AS OPÇÕES CAPITALISTAS

Pela teoria clássica, existiam somente duas dimensões do direito, a famosa categoria dimensional da dicotomia do privado e do público.

O direito privado voltado para o indivíduo e o direito público voltado para o Estado. No entanto, mais importante que o Estado, mais importante que o indivíduo, é, reconhecidamente, a população que constitui a sociedade civil e, dela, decorre uma terceira dimensão de direitos, que são os direitos coletivos.

Na verdade são difusos, pois não são de uma específica coletividade, e sim direitos da população e, em última *ratio*, do planeta, pelo menos, da humanidade, atrelando-se, por óbvio, a seus valores universais.

Desta idéia se parte para outra categoria dimensional, a da tridimensionalidade da síntese axiológica da Revolução Francesa, de Liberdade, Igualdade e Fraternidade, ligada de modo que sejam valores em que a Liberdade corresponda a um referencial do indivíduo, a Igualdade do Estado e a Fraternidade da humanidade.

Desse tridimensionalismo jurídico com preponderância da liberdade, com a igualdade meramente formal e fraternidade relegada a uma concepção exclusivamente moral, extrai-se a ordem econômica do liberalismo, apregoado na Revolução Francesa, pela idéia júris-filosófica-econômica do *laissez faire*, em que o homem em antagonismo com o Estado - o homem-iluminista daquele momento histórico - era chamado de individualista, mas não era propriamente egoísta, porque ele precisava se desvencilhar do Estado, que tinha soberania jurídica sobre a população, inclusive com poderes tirânicos sobre a liberdade privada e a respectiva propriedade.

Foi com base nisso que no tocante aos direitos individuais, na percepção privada do direito, desde o Código Civil Napoleônico, se reconheceu a liberdade privada, em que tudo que não for proibido é permitido, que sustenta a autonomia da vontade, via de conseqüência, a individualidade iluminista, traduzida juridicamente no

instituto de direito privado da personalidade civil, que é a aptidão de contrair direitos e obrigações, e dá suporte ao exercício do direito à propriedade privada.

A plenitude da universalização da liberdade privada e do direito à respectiva propriedade ocorre com o fim da escravidão, que no Brasil aconteceu com a Lei Áurea (Lei nº 3.353, de 13 de Maio de 1888):

“DECLARA EXTINTA A ESCRAVIDÃO NO BRASIL

A PRINCESA IMPERIAL Regente em Nome de Sua Majestade o Imperador o Senhor D. Pedro II, faz saber a todos os súditos do IMPÉRIO que a Assembléia Geral decretou e Ela sancionou a Lei seguinte:

Art. 1º - É declarada extinta desde a data desta Lei a escravidão no Brasil.

Art. 2º - Revogam-se as disposições em contrário.

Manda portanto a todas as autoridades a quem o conhecimento e execução da referida Lei pertencer, que a cumpram e façam cumprir e guardar tão inteiramente, como nela se contém.

O Secretário de Estado dos Negócios d'Agricultura, Comércio e Obras Públicas e Interino dos Negócios Estrangeiros Bacharel Rodrigo Augusto da Silva do Conselho de Sua Majestade o Imperador, o faça imprimir, publicar e correr.

Dada no Palácio do Rio de Janeiro, em 13 de Maio de 1888 - 67º da Independência e do Império.

Carta de Lei, pela qual Vossa Alteza Imperial manda executar o Decreto da Assembléia Geral, que houve por bem sancionar declarando extinta a escravidão no Brasil, como nela se declara.

Para Vossa Alteza Imperial ver.”

Com a Lei Áurea houve a convolação do escravo, que apesar de ser humano era tratado como propriedade privada, em destinatário das liberdades negativas outorgadas pelo Estado, conforme apresentado.

Esses primados universais de liberdade privada e propriedade propiciaram o capitalismo liberal, que impõe a economia de mercado, a qual é centrada na idéia do livre mercado, em que a regência da atividade econômica se dá pela sua

própria dinâmica. *Id est*, o mercado é determinado por si só, através da famosa “mão invisível” de Adam Smith.

A propósito, John Locke, na segunda metade do século XVII, em sua Carta Sobre a Tolerância, já pregava serem a liberdade, a propriedade e o enfrentamento contra governos tirânicos que não as assegurassem, direitos naturais de todos os homens⁵, o que em nossos dias respaldou a doutrina dos direitos humanos civis e políticos, amplamente aceita como a própria plataforma das liberdades negativas, integrantes da primeira dimensão de tais direitos⁶.

Naquela época não se falava em direitos humanos, e sim em direitos naturais; nessa concepção de direitos naturais se reconhecia no homem a liberdade privada e a respectiva propriedade, bem como o direito de defendê-las contra o próprio Estado.

Desde então, considera-se, além da liberdade privada, a propriedade privada como atributos essenciais da pessoa humana.

Assim, a liberdade privada e a propriedade, conforme o pensamento do Professor Willis Santiago Guerra Filho⁷, correspondem apenas à primeira dimensão dos direitos humanos, que é “*aquela em que aparecem as chamadas liberdades públicas, ‘direitos de liberdade’ (Freiheitsrechte), que são direitos e garantias dos indivíduos a que o Estado omitta-se de interferir em um sua esfera juridicamente intangível*”.

Justamente assim, sustentado pelo reconhecimento dos direitos humanos de primeira dimensão, na economia se organizou o capitalismo liberal.

Entrementes, como se vê, por exemplo, na Lei Áurea, ela não foi pautada simplesmente na liberdade, mas também na igualdade.

⁵ LOCKE, John, *Carta sobre la Tolerancia*, p. 53, 58, 60.

⁶ SAYEG, Ricardo Hasson. *O Capitalismo Humanista no Brasil*, p. 5.

⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 46.

Como é bem de ver, sobre o atributo da individualidade que é suportado pela liberdade privada e o desdobramento dessa liberdade que é a propriedade privada, é possível co-existir um adensamento de igualdade.

Então a igualdade, nessa concepção tridimensional, no capitalismo, não é para excluir a liberdade privada ou a propriedade privada, mas se adensa a elas e faz parte de um novo tempero.

E é a partir desse enfoque de igualdade que, no Brasil, a função social da propriedade, sem excluir a liberdade nem a propriedade privada, consegue conviver na ordem jurídica.

No art. 170 da Constituição Federal, a co-existência dos princípios da ordem econômica da propriedade privada e da função social da propriedade, representa, nitidamente, já quando neles se lança o olhar, esse adensamento. Um, por óbvio, não anula o outro. Pelo contrário, há o reconhecimento concomitante dos direitos humanos de primeira (liberdades) e segunda dimensão (igualdades).

Construiu-se, nessa linha, o pensamento quanto aos direitos humanos de segunda dimensão, que são os “*direitos sociais, a prestações pelo Estado (Leistungsrechte) para suprir carências da coletividade*”⁸, que necessitam ser satisfeitas, respeitando-se, concomitantemente, ao menos o núcleo essencial dos direitos humanos de primeira dimensão.

Então, significa dizer que, em acréscimo, foram reconhecidos os direitos humanos de segunda geração, que são basicamente os direitos sociais, que possibilitam a consagração da igualdade real entre as pessoas. Para a consagração desses direitos, o Estado não se afasta da edificação material da população, muito pelo contrário, o

⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 46.

Governo tem que agir e deve promovê-la positivamente. Essa segunda geração de direitos faz nascer ao Estado que a adotar uma obrigação positiva de criar políticas públicas e efetivar sua concretização.⁹

Esses direitos foram cristalizados no capitalismo intervencionista na atuação do Estado do Bem-Estar Social, *welfare state*, no qual a coordenação da economia deixa de ser fruto da própria dinâmica do mercado, para passar a ser concretamente controlada pelo Governo predominando sobre os direitos humanos de primeira dimensão, que devem ter, ao menos, seu núcleo básico respeitado.

“Grande parte desta regulação pública das economias de mercado, operada por formas mais intervencionistas de Estado (Welfare State) e com repercussões também noutros ramos de direito como o Direito do Trabalho, teve a sua origem na transformação do sistema capitalista e, mais propriamente, na passagem do capitalismo concorrencial ao «capitalismo organizado».”¹⁰

Porém, no ambiente capitalista em que tradicionalmente há apenas dois pólos, um do capitalismo liberal, que corresponde ao Estado Mínimo, pautado na liberdade, e outro do capitalismo intervencionista, correspondente ao Estado Dirigista do Bem-Estar Social, pautado na preponderância da igualdade, viram-se em ambos mazelas a serem superadas, posto que a liberdade prejudica a igualdade, pois como dizem, os mais afortunados são mais iguais que os outros iguais, na medida em que eles têm amplo acesso a todas as utilidades, tecnologias, vantagens e comodidades do estilo de vida moderno, inclusive quanto às necessidades básicas, enquanto outros chegam ao ponto de serem excluídos socialmente; e, de outro lado, a igualdade material, principalmente onde há menores demandas sociais ou poucos recursos materiais, sufoca a liberdade e a propriedade que devem ser respeitadas, e a igualdade formal é

⁹ MATSUSHITA, Thiago Lopes Matsushita. *Análise Reflexiva da Norma Matriz da Ordem Econômica*, p. 104.

¹⁰ SANTOS, Antônio Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito Econômico*, p. 19.

meramente a outorga universal de liberdade não resolvendo as situações das gravíssimas desigualdades sociais, como a dos excluídos.

Surgiu como proposta uma terceira opção, recuperando-se para o universo jurídico o valor esquecido da fraternidade, objetivamente conhecido como solidariedade, que estabelece no capitalismo com medida de proporcionalidade entre a igualdade formal e a material, na busca do resultado da dignidade básica.

Por essa medida de solidariedade, a liberdade condensada à igualdade, não em nenhuma das duas, a formal ou a material, mas também no condensamento de ambas, procura-se o resultado de que todos sejam iguais no seu mínimo existencial, ou seja, naquilo necessário a manter o ser humano em situação de existência digna, conforme o básico tolerável. Cabendo ao Estado promover e assegurar esse mínimo existencial.

Todos ficam além da igualdade sob o aspecto meramente moral, porém não são rigidamente iguais no aspecto material, mas sim iguais na dignidade básica de ser humano, que deve ser satisfeita efetivamente pelo Governo.

Nele, o Governo deve garantir a inserção no capitalismo de toda a comunidade, reconhecendo a liberdade privada e a propriedade; bem como concomitantemente assegurar a todos as liberdades positivas na medida do mínimo existencial, no que entram os critérios corretivos da igualdade fraterna, gerando o tridimensionalismo.

Tutela-se a nova concepção de cidadania consistente em o indivíduo estar incluído socialmente, nos âmbitos político, social, econômico e cultural; e não mais apenas a idéia de ter o direito de votar e ser votado. Buscam-se, concretamente, não

obstante o individualismo que caracteriza o capitalismo, melhores índices de inclusão social, que é medido pelo Índice de Desenvolvimento Humano - IDH.

Nesse capitalismo o índice de medição da renda, traduzido pelo Produto Interno Bruto, que apesar de importante não é absoluto, é apenas um dos indicadores do IDH.

Não é um capitalismo solto, livre, selvagem, que implica a subjugação do homem pelo capital, nem é aquele dirigido, que prega uma situação ao ponto de o Governo coordenar as relações capitalistas mais significativas possíveis.

É um capitalismo de livre mercado, porém de intervenção governamental necessária, que permite a inclusão social de todos e, a partir dela, cada um por si na economia de mercado, constituindo a chamada economia social de mercado, situação em que a União Européia acaba de autoproclamar-se no Tratado de Lisboa – 2007.

Portanto, a fraternidade provoca a terceira dimensão e a própria tridimensionalidade do capitalismo, em que *“concebe-se direitos cujo sujeito não é mais o indivíduo nem a coletividade, mas sim o próprio gênero humano, como é o caso do direito à higidez do meio ambiente e do direito dos povos ao desenvolvimento”*.¹¹

No diapasão desse pensamento até os dias de hoje, todas as principais cartas de direitos humanos contam com o direito à liberdade, que é a plataforma central para o exercício da própria atividade humana, porém exaltando-se a igualdade e o espírito de fraternidade, *ex vi* da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

É esse o espírito da Declaração Universal de Direitos Humanos, estatuído no seu artigo 1º, em que *“Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e*

¹¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 46.

direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

Note-se, outrossim, que, mesmo tratando-se de um diploma de direitos humanos, a Declaração Universal de Direitos Humanos também traz como direito do homem a propriedade, bem como assegura a sua utilização, consoante se depreende do artigo 17, incisos I e II, *“Todo homem tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros; Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade”*.¹²

Daí a terceira via do capitalismo, que é o capitalismo tridimensional, produto do adensamento da liberdade, da igualdade e da fraternidade, que objetivamente é reconhecido como solidariedade, para estabelecer a simetria da dignidade básica – mínimo vital – à população.

3. O ENQUADRAMENTO DO DIREITO ECONÔMICO BRASILEIRO

Importantes doutrinas do direito econômico, pelo que parece, o entendem principalmente como direito à concorrência. Essa visão concorrencial do direito econômico, que é a regulação das relações privadas, é arraigada no espírito do capitalismo liberal.

Nesse sentido apresenta-se o pensamento de Calixto Salomão Filho¹³:

“Em um sistema de tal tipo, qualquer análise do sistema econômico sob a perspectiva do direito concorrencial deve ser, necessariamente, duplica. Em primeiro lugar é obviamente necessário estudar as regras aplicáveis a particulares ou ao Estado enquanto exerce atividade econômica. Mas isso não é suficiente. Importa, também, analisar a relação entre os poderes estatais típicos (regulamentar e fiscalizatório) e o sistema concorrencial. Isso significa tentar determinar o correto inter-relacionamento entre os dois setores: o setor regulamentado pelo Estado e aquele auto-regulamentado pelo mercado, onde o Estado deve, teoricamente, apenas assegurar o correto inter-

¹² MATSUSHITA, Thiago Lopes Matsushita. *Análise Reflexiva da Norma Matriz da Ordem Econômica*, p. 74.

¹³ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*, p. 21.

relacionamento entre os dois setores: o setor regulamentado pelo Estado deve, teoricamente, apenas assegurar o correto funcionamento do sistema e impedir abusos, através da aplicação da legislação concorrencial. É preciso determinar até que ponto a regulamentação é capaz de excluir a aplicação do direito concorrencial e, para aqueles casos em que isso não é possível, até que ponto os princípios concorrenciais podem servir de parâmetro para controle da ação estatal ou da conduta do particular autorizada pelo poder estatal.”

Com a devida *venia*, em nosso sentir, o direito econômico brasileiro não se limita a reger as atividades privadas dos agentes econômicos, ainda que seja ele o Estado, uma vez que não é esse o preceito fundamental do art. 170 da Constituição Federal.

Pois o referido artigo matriz da Constituição Federal não dispõe que a ordem econômica seja o liberalismo, fundado na livre iniciativa e na propriedade privada, segundo seus princípios, para sermos um capitalismo liberal.

Nem mesmo nossa realidade nacional permite esse tipo de enfoque, próprio da doutrina econômica liberal da Escola do Pensamento Econômico de Chicago.

“... apesar de os teóricos da Escola de Chicago serem brilhantes na sustentação dessa forma de Análise Econômica do Direito, num colorido de liberalismo econômico, ela certamente serve à cultura, conjuntura e estrutura econômica dos Estados Unidos da América, como exemplo marcante, dentre os demais países centrais do capitalismo global, que: 1 - possui a maior riqueza mundial, expressa pelo Produto Interno Bruto, com recursos próprios para fomentar a economia; 2 – a riqueza privada está sob a gestão de uma iniciativa privada profissionalizada e experiente; 3 - sua população está incluída socialmente, detentora individualmente do mínimo vital, sob o monitoramento firme do Estado, onde, por exemplo, pela falta de albergues municipais e lotação nos hotéis de preços intermediários, certa vez a prefeitura de Nova Iorque hospedou os indigentes em hotéis de luxo, ou seja, onde são toleráveis os índices de distribuição da renda e o Estado tem recursos para reparar as distorções que surgirem; 4 - possui mercado interno competitivo, em que há diversidade de agentes econômicos nos vários segmentos da economia, com consistência simétrica suficiente para manterem-se independentes de seus concorrentes e a salvo de serem encampados, bem como com um rígido monitoramento antitruste e, na insuficiência deste, solidez institucional de regulação, assegurando a transferência das eficiências produtivas para o povo norte-americano e ao país em geral, bem como a preservação da base de empregabilidade das pessoas economicamente ativas etc.

...

Justamente por conta disso, na aplicação da teoria da Análise Econômica do Direito, no caso brasileiro, não podemos nos socorrer dos pensamentos de liberalismo econômico de Chicago, pois a adesão incondicional provoca os efeitos indesejáveis de severos danos à concretização dos direitos humanos de segunda e terceira dimensão, nomeadamente, os direitos sociais e do desenvolvimento nacional, uma vez que, como é nosso caso, a economia afetada não possui a cultura, estrutura e conjuntura necessária para suportar dito liberalismo promovido por um Estado brasileiro liberal, como

adverte o também Prêmio Nobel Stiglitz¹⁴, chefe do Conselho de Economia do Governo Bill Clinton e, após, vice-presidente sênior do Banco Mundial.”¹⁵

Ademais, a nossa atual Constituição Federal de 1988 não mantém a linha da Constituição Federal anterior, em que “*a ordem econômica e social adquire um valor teleológico. Ela tem por fim o desenvolvimento nacional e a justiça social. A ordem enunciativa dos fins da ordem econômica e social pode não ter uma importância de prioridade de conceitos, mas, na verdade, o que a Revolução priorizava, em obediência aos princípios da Doutrina da Segurança Nacional, era a segurança do Estado. A pessoa humana não estava na primeira linha de cogitação.*”¹⁶

Essa opção estava flagrantemente retratada na Constituição Federal de 1967:

“Art. 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:¹⁷

- I - liberdade de iniciativa;*
- II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;*
- III - função social da propriedade;*
- IV - harmonia e solidariedade entre os fatores de produção;*
- V - desenvolvimento econômico;*
- VI - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.*

§ 1º - Para os fins previstos neste artigo, a União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento de prévia e justa indenização em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação, a qualquer tempo, como meio de pagamento de até cinquenta por cento do imposto territorial rural e como pagamento do preço de terras públicas.

§ 2º - A lei disporá sobre o volume anual ou periódico das emissões, sobre as características dos títulos, a taxa dos juros, o prazo e as condições de resgate.

§ 3º - A desapropriação de que trata o § 1º é da competência exclusiva da União e limitar-se-á às áreas incluídas nas zonas prioritárias, fixadas em decreto do Poder Executivo, só recaindo sobre propriedades rurais cuja forma de exploração contrarie o disposto neste artigo, conforme for definido em lei.

¹⁴ STIGLITZ, Joseph E., *A Globalização e seus malefícios*.

¹⁵ SAYEG, Ricardo Hasson. *O Capitalismo Humanista no Brasil*, p. 15-16.

¹⁶ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*, p. 122.

¹⁷ Emenda de 1969: Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

§ 4º - A indenização em títulos somente se fará quando se tratar de latifúndio, como tal conceituado em lei, excetuadas as benfeitorias necessárias e úteis, que serão sempre pagas em dinheiro.

§ 5º - Os planos que envolvem desapropriação para fins de reforma agrária serão aprovados por decreto do Poder Executivo, e sua execução será da competência de órgãos colegiados, constituídos por brasileiros, de notável saber e idoneidade, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal.

§ 6º - Nos casos de desapropriação, na forma do § 1º do presente artigo, os proprietários ficarão isentos dos impostos federais, estaduais e municipais que incidam sobre a transferência da propriedade desapropriada.

§ 7º - Não será permitida greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidos em lei.

§ 8º - São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei da União, quando indispensável por motivos de segurança nacional, ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficiência no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.

§ 9º - Para atender à intervenção no domínio econômico, de que trata o parágrafo anterior, poderá a União instituir contribuições destinadas ao custeio dos respectivos serviços e encargos, na forma que a lei estabelecer.

§ 10 - A União, mediante lei complementar, poderá estabelecer regiões metropolitanas, constituídas por Municípios que, independentemente de sua vinculação administrativa, integrem a mesma comunidade socioeconômica, visando à realização de serviços de interesse comum.

§ 11 - A produção de bens supérfluos será limitada por empresa, proibida a participação de pessoa física em mais de uma empresa ou de uma em outra, nos termos da lei.”

Atendendo a essa carga constitucional de Estado Central e Totalitário, foi desenvolvido o pensamento do Direito Econômico como Direito Administrativo Econômico ou Direito Público Econômico.

Essa forma de enquadramento do Direito Econômico foi correta na oportunidade, mas era compatível com aquele específico momento histórico-econômico do regime militar, sendo propícia na época a análise das atividades econômicas do Estado enquanto coordenador econômico de forma ativa e interveniente.

Pelos ensinamentos de Luis S. Cabral de Moncada¹⁸ o direito público econômico é:

“... um sector da ordem jurídica em que é patente a subordinação da feitura das suas normas à vontade política do legislador, essencialmente móvel. As normas de Direito Público da Economia incorporam deste modo um comando político-econômico que traduz a opção dos Poderes Públicos, por vezes de modo muito nítido. Além de um direito «económico», o Direito Público da Economia é também um direito «político».”

Modernamente, nem o liberalismo, nem o totalitarismo econômico parecem ter prevalecido. A própria União Européia, no Tratado de Lisboa – 2007, se autoproclamou economia social de mercado, que admite a intervenção não conceitual e estrutural, mas a necessária e conjuntural na economia de mercado.

Então, na tentativa de enquadramento do direito econômico perante a clássica teoria do direito, já objeto de estudo em Portugal, chegou-se à conclusão de que não é direito privado, como também não é direito público:

“Fruto de um movimento de privatização da esfera pública e de publicização da esfera privada, no Direito Económico, como aliás noutros ramos de direito (assim, também no Direito do Trabalho, mas aqui com predomínio da regulação privativística), confluem regras de direito público e privado. Dizer que de tal facto resulta uma superação da clássica distinção entre direito público e privado e, porém, excessivo. Afirmar que se trata de um ramo de direito híbrido, sem ser inexacto, é porventura pouco profícuo. Mais correcto parece ser afirmar que no campo do Direito Económico há um relativo apagamento dessa distinção o que, longe de ser um obstáculo à sua afirmação como disciplina autónoma, constitui mesmo uma das problemáticas mais aliciantes que contribuem para a sua diferenciação.”¹⁹

Também aqui no Brasil, quanto à atual ordem do capitalismo, excluem-se a do Estado do Bem-Estar Social e, conseqüentemente, um direito público econômico; bem como a do Liberalismo Econômico e, também, em decorrência, um direito econômico privado.

¹⁸ MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito Económico*, p. 39-40.

¹⁹ SANTOS, Antônio Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito Económico*, p. 21.

Por ser o Brasil um Estado Democrático, na forma do artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal, nenhum dos dois modelos se sustenta diante do ideal democrático de inclusão total da população, ainda que o nosso capitalismo tenha perfil mais próximo do liberal.

O primeiro – Estado do Bem-Estar social - pela falta de recursos para atender universalmente a toda a população, fato que implica a exclusão social pela ruína econômica e decorrente carência de disponibilidades e, pior, asfixiando a livre-iniciativa capitalista, presumidamente a categoria apta a gerar a sustentabilidade econômica necessária ao meio de vida do povo; mas, de outro lado, o segundo – Estado liberal - pelo mesmo efeito excludente, todavia, pela razão de deixar à mercê da própria competitividade, dureza e insensibilidade do mercado à inclusão social das gentes, nesta nossa inóspita economia brasileira, que não tem dimensão suficiente para atender a todos.²⁰

Não se criticam aqui essas formas de enxergar o Direito Econômico, mas o momento em que se defende esse posicionamento ultrapassado diante do atual cenário político, econômico, social e cultural do Brasil e, notadamente, da opção constitucional brasileira de 1988.

Na análise do art. 170 da Constituição Federal, que é a matriz constitucional da ordem econômica, o que se pode extrair do conceito do direito econômico brasileiro atual é sua vocação de capitalismo humanista fundado no adensamento da liberdade, igualdade e fraternidade/solidariedade, que estabelece a medida da proporcionalidade, que produz o resultado do mínimo existencial, via de

²⁰ SAYEG, Ricardo Hasson. *O Capitalismo Humanista no Brasil*, p. 21-22.

consequência, uma economia social de mercado, tal como a União Europeia se autoproclama.

Reporta-se a todo retro dito quanto à Constituição Brasileira e à ordem econômica no presente artigo na parte que trata do conceito de direito econômico, para que não haja mera repetição, remetendo o leitor também, agora e novamente, em acréscimo, para aquelas ponderações.

Ocorre, assim, o capitalismo tridimensional, que coexiste com as três dimensões dos direitos humanos, adensando-se as liberdades negativas, as liberdades positivas e os imperativos de solidariedade, que dão o tom da proporcionalidade nas colisões enfrentadas.

Nela surge para o Estado, atendendo aos mandamentos da norma matriz da ordem econômica, o dever proporcionar à população (todos) uma condição de vida digna, atendendo não só aos direitos econômicos mas também aos direitos sociais, políticos e culturais; far-se-á o movimento de subida daquela parcela substancial da população que está abaixo da linha da pobreza para a correspondente à população com vida digna²¹ básica, compreendendo o mínimo existencial.

Em breves palavras, a configuração da proteção da população e, assim, do próprio gênero humano, via de consequência, sua natureza de norma de direitos humanos, fica especialmente estampada no *caput* do artigo matriz da ordem econômica no qual se expõe quem são os seus destinatários pela expressão: “assegurar a todos existência digna”.

Ainda consta na própria Constituição Federal, no art. 219, que:

²¹ MATSUSHITA, Thiago Lopes Matsushita. *Análise Reflexiva da Norma Matriz da Ordem Econômica*, p.165.

“O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal”.

Portanto, definitivamente não somos, por força de disposição constitucional expressa, um capitalismo liberal.

E, no âmbito infra-constitucional, a norma de prevenção e repressão às infrações à ordem econômica, Lei 8884/84, que defende a concorrência, é taxativa no seu art. 1º, parágrafo único, no sentido de que os bens nela tutelados são de titularidade da coletividade:

“Art. 1º - Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único – A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.”

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, portanto, que o direito econômico brasileiro tem como regra matriz o art. 170 da Constituição Federal, que estabelece disciplina jurídica tridimensional de direitos humanos e, assim, direito fundamental, que visa proporcionar à população, no contexto nacional e planetário, a existência digna conforme os ditames da justiça social, pelo adensamento das liberdades negativas com as liberdades positivas e fraternidade, resolvidas as colisões pela aplicação da proporcionalidade da medida dessa última na busca do resultado da satisfatividade do mínimo existencial, impondo um capitalismo humanista tridimensional estruturador de uma economia social de mercado.

REFERÊNCIAS

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: RCS, 2007.

LOCKE, John. Carta sobre la Tolerância. 5ª ed. Madrid: Tecnos, 2005.

MATSUSHITA, Thiago Lopes Matsushita. *Análise Reflexiva da Norma Matriz da Ordem Econômica*, 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) PUC/SP. São Paulo.

MONCADA, Luis S. de Cabral. *Direito Econômico*. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 1988.

NAZAR, Nelson. *Direito Econômico e o Contrato de Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2007.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANTOS, Antônio Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito Económico*, Coimbra: Almedina, 1995.

SAYEG, Ricardo Hasson. *O Capitalismo Humanista no Brasil*, 2008. Capítulo de Livro (Aceito para Publicação Conjunta no Exterior) PUC/SP. São Paulo.

STIGLITZ, Joseph E. *A Globalização e seus Malefícios*. 4. ed. Tradução Bazán Tecnologia e Linguística. São Paulo: Futura, 2002.