

---

# **DIREITO CONSTITUCIONAL ECONÔMICO**

AUTORES: GUSTAVO SCHMIDT  
COLABORAÇÃO: PEDRO FREITAS TEIXEIRA

---

## Sumário

### Direito Constitucional Econômico

|   |    |
|---|----|
| <b>1. INTRODUÇÃO E OBJETIVOS DO CURSO</b> .....   | 3  |
| <b>2. ROTEIRO DE AULAS</b> .....  | 5  |
| <b>BLOCO I — SENSIBILIZAÇÃO E INTRODUÇÃO</b> .....  | 5  |
| Aula 01 — “Constituição Dirigente”: Para que servem as Constituições? .....                 | 8  |
| Aula 02 — “Alfabetização”: Estado, Mercado e Terceiro Setor .....                           | 20 |
| <b>BLOCO II — PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA</b> .....                                       | 24 |
| Aulas 03 e 04 — Livre Iniciativa, Valorização do Trabalho Humano e Livre Concorrência ..... | 26 |
| <b>BLOCO III — AS FORMAS DE ATUAÇÃO DO ESTADO NO PROCESSO ECONÔMICO</b> .....               | 33 |
| Aulas 5, 6 e 7 — O Estado Regulador .....   | 35 |
| Aulas 8 e 9 — O Estado Empresário .....   | 40 |
| <b>BLOCO IV — A ORDEM SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO</b> .....                                      | 47 |
| Aula 10 — A Previdência e suas Reformas .....   | 49 |
| Aulas 11 e 12 — Direito à Saúde e o Sistema Único de Saúde na Constituição .....            | 59 |



## 1. INTRODUÇÃO E OBJETIVOS DO CURSO

Este curso se desenvolve em torno de um alargamento a percepção do aluno sobre o conteúdo da Constituição, de modo a acompanhar a proporcional ampliação das matérias que entraram na pauta constitucional ao longo do século XX.

Como visto nas disciplinas anteriores de Direito Constitucional, o Constitucionalismo clássico concebia apenas dois papéis (dupla dimensão) para a constituição: organização dos Poderes e declaração de direitos e garantias individuais. Até aqui, o aluno já teve oportunidade de perceber que pode haver ainda outros tipos de normas além das definidoras de direitos e de competências — por exemplo, as que estabelecem as finalidades essenciais do Estado Brasileiro, ou da pesquisa científica, da proteção ao meio ambiente etc. Agora, é o momento de fixar e desenvolver profissionalmente o que o aluno já aprendeu no nível conceitual. Qual o sentido prático possível das normas constitucionais sobre o mercado, o meio ambiente, a educação e a seguridade social, por exemplo, para o aluno — entendido tanto como profissional do direito, quanto como cidadão?

Diferentemente de um curso tradicional de Ordem Econômica e Social na Constituição, é aqui feita uma opção clara por um *aprofundamento seletivo* em problemas exemplares de argumentação jurídica baseada nos princípios constitucionais pertinentes e das formas previstas de intervenção do Estado na economia.

Esse enfoque nas decisões judiciais, porém, não é exclusivo. É complementado no último bloco, que amplia os horizontes conceituais e as preocupações profissionais dos alunos para além da argumentação travada nos tribunais. A aplicação das normas constitucionais reguladoras da economia e da ordem social tem conseqüências importantes; o Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal e em última instância a própria comunidade de operadores do direito funcionam dentro de um quadro institucional maior. Quais são os efeitos das decisões judiciais envolvendo a ordem econômica e social nessas outras instituições e atores — Poderes Executivo e Legislativo, empresariado, sociedade civil, consumidores etc? E quais os efeitos das possíveis tensões entre o Judiciário e esses outros atores sobre a aplicação das normas constitucionais que estabelecem os fins que os poderes eleitos devem perseguir e atingir? Aqui, o foco sai da argumentação jurídica e se concentra no *impacto institucional* da nossa Constituição — mais especificamente, de sua aplicação ou não-aplicação — no curto e no longo prazo da democracia brasileira.

Vale notar que os instrumentos mais específicos para a análise desse impacto escapam ao escopo do curso. A idéia principal é tão somente *sensibilizar* o aluno para a existência de problemas de governabilidade ligados à aplicação de normas constitucionais.



A ligação do curso com decisões políticas de sensível influência no cotidiano nacional fica evidente devido à técnica específica adotada pelo Constituinte para dispor sobre a ordem econômica e social. A Constituição de 1988 faz numerosas remissões à lei, cabendo ao legislador, no dia-a-dia dos debates políticos, desdobrar e concretizar decisões constitucionais fundamentais. Como operadores do Direito e da Constituição, os alunos devem não apenas se sentir parte da construção e implementação dessas instituições e objetivos — o que será atingido com a utilização de casos os mais próximos possíveis do seu cotidiano como cidadão e como profissional —, como também estar tecnicamente aptos para participar desse empreendimento coletivo.

Em síntese, os objetivos básicos do curso são:

1. Por meio da análise da jurisprudência dos tribunais superiores, **capacitar o aluno na construção de argumentos jurídicos** fundados nos dispositivos Constitucionais pertinentes à Ordem Econômica e Social;
2. **Apresentar e discutir uma pauta de problemas de governabilidade** que surgem da interação entre essas normas constitucionais e os atores e instituições encarregados de aplicá-las (Judiciário, Executivo, Legislativo, Organizações da Sociedade Civil etc)



## 2. ROTEIRO DE AULAS

### BLOCO I — SENSIBILIZAÇÃO E INTRODUÇÃO

Por que inserir na Constituição dispositivos relativos aos “princípios fundamentais da ordem econômica e social”, ou à “intervenção do Estado na economia”? Quais os fatores políticos, econômicos, jurídicos e sociais que colocaram essas questões na pauta do constituinte? Qual a relevância e quais as consequências dessa opção?

Na abordagem dessas questões, retomaremos algumas das discussões realizadas em Teoria do Direito Constitucional (1º período), mais especificamente o problema da *decisão constituinte*. Afinal, o que vai para a Constituição? Exploração de petróleo e gás? Ciência e Tecnologia? Ensino Superior? Previdência?

Na verdade, a resposta a essas perguntas não se dá em um código binário, do tipo “sim” ou “não”. É fundamental definir *como* essas matérias entram na Constituição, isto é, qual será a sua *forma jurídica específica*. Dependendo das ambições do Constituinte, a Constituição promulgada pode deixar mais ou menos espaço para integração legislativa e para a adoção de políticas públicas. Pode investir os particulares de situações jurídicas mais ou menos consistentes, abrindo maior ou menor espaço para a sua aplicação direta por parte do Judiciário. Pode ainda restringir mais ou menos o âmbito de atuação do Poder Público brasileiro em cada uma das esferas em jogo — educação, saúde, esporte e setor financeiro, por exemplo.

Vale notar que toda Constituição instaura uma “ordem econômica” de alguma forma, mesmo que não haja um capítulo ou mesmo um artigo sequer tratando especificamente do tema. Primeiro, porque “propriedade”, “contratos” e “relação de trabalho” não são realidades pré-existentes ao direito, esperando para serem ou não “reguladas” pela Constituição e pela legislação.<sup>1</sup> Ao contrário: o direito *cria* a propriedade, a liberdade de contratação, de iniciativa e de trabalho. Não existe uma “ordem econômica natural”, de “contratos naturais” e “propriedade natural”, supostamente em harmonia, diante da qual a Constituição e as leis precisam estabelecer uma relação — tensa ou também harmônica — no momento de sua criação. Lembre-se do que foi discutido em Introdução ao Estudo do Direito I e II: as normas jurídicas *constituem* a propriedade, os contratos, a liberdade. Não é por outro motivo que a propriedade a liberdade de contratação *precisam estar positivados e definidos pelo direito vigente* para que seus titulares possam invocar a proteção estatal para sua garantia.

Segundo, e conseqüentemente, uma Constituição que não trate especificamente da intervenção do Estado na atividade econômica — como a Constituição Brasileira de 1824, por exemplo — nem por isso deixa de refletir

<sup>1</sup> Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p.37.: “O mercado — além de lugar e princípio de organização social — é instituição jurídica (=institucionalizado e conformado pelo direito posto pelo Estado)”. Cf. também Roberto Mangabeira Unger, *O Direito e o Futuro da Democracia*, *passim*.

*opções econômicas* fundamentais. Com a simples positivação do direito de propriedade da disponibilização do aparato judiciário e policial para protegê-lo de intervenções de outros particulares e do próprio Estado, dá-se forma jurídica a uma ordem econômica com características *liberais* — intervenção estatal limitada à garantia dos direitos necessários ao funcionamento do mercado (propriedade, contratos, liberdade de expressão e de iniciativa etc). Não positivar limites ao direito de propriedade é também fazer uma escolha — uma escolha que, aliás, tende a favorecer os interesses daqueles que a Constituição define como proprietários (o que, no caso do Brasil, tende a coincidir com o conjunto dos que já eram proprietários de acordo com a legislação anterior à Constituição). Nas palavras de Celso Ribeiro Bastos:

*“A ‘Constituição Econômica’ vem a ser, pois, o conjunto de normas voltadas para a ordenação da economia, inclusive delineando a quem cabe exercê-la. A Constituição, por ser o elemento fundamental para todos os atos do Estado (administrativos, legislativos e jurisdicionais) acaba sempre tomando uma posição em face da matéria econômica. Se ela não tiver normas explícitas sobre ela, prevalece o que poderíamos chamar de uma ordem econômica implícita, qual seja, a resultante da regulação de determinados direitos como o de propriedade e o da liberdade de trabalho. Eis que esses vão naturalmente dar lugar a uma ordem econômica baseada na livre iniciativa. Portanto, a ausência de posições assumidas pela Carta Magna ante o fenômeno econômico é própria dos regimes liberais.”*<sup>2</sup>

Vamos a mais um exemplo de *ordem econômica implícita*: a Constituição Americana de 1787. Não se discute concorrência, nem exploração estatal de atividades econômicas, nem se traçam as diretrizes e princípios fundamentais do sistema financeiro ou do uso da propriedade rural, como faz a Constituição brasileira de 1988. Ela garante direitos de propriedade e a liberdade de iniciativa, restringindo bastante a capacidade das legislaturas de regularem as atividades comerciais em geral. Mesmo assim, é possível identificar qual é a *opção econômica* feita pela Constituição Americana: garantir que aqueles que já eram proprietários na época da Convenção Constituinte mantivessem seus direitos de propriedade intactos, tanto contra investidas de particulares, quanto contra confiscos e outras arbitrariedades estatais. Para tanto, o Governo desenhado pela Constituição deveria ser forte o suficiente para proteger os proprietários quando estes estivessem em minoria, mas fraco demais para que possa representar um risco à livre circulação de capital.<sup>3</sup>

Neste bloco, além de fazermos os primeiros contatos com conceitos fundamentais como “constituição dirigente”, “ordem econômica” e “estado de bem-estar social”, tentaremos analisar as diferentes opções fundamentais feitas pelo Constituinte no tocante à ordem econômica e à ordem social, in-

<sup>2</sup> Celso Ribeiro Bastos, “Existe efetivamente uma Constituição Econômica?”, in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, 10, n.39, abril-junho de 2002, pp.92.

<sup>3</sup> Charles A. Beard, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States* (1913), pp.154-155.



cluindo os seus efeitos práticos específicos. Além disso, sempre que possível, discutiremos algumas das possibilidades e caminhos que *não foram adotados*, embora ainda permaneçam em aberto pela via da reforma constitucional.

Como já discutimos em Teoria do Direito Constitucional, a *rigidez* da Constituição é um dos atrativos para transformar em *matéria constitucional* essas decisões fundamentais relativas à ordem econômica e à ordem social. Vale notar, porém, que muitos desses dispositivos, embora naturalmente só possam ser alterados ou suprimidos por emenda constitucional, na maioria das vezes não chegam a constituir a *cláusulas pétreas* (a não ser quando funcionem como normas definidoras de *direitos fundamentais*, nos termos do art. 60, 4º, IV). Se não fosse assim, a mudança substancial de modelo econômico, por exemplo, dependeria da substituição da Constituição vigente por uma outra inteiramente nova.

Sintetizando os pontos acima, podemos dizer que este primeiro bloco tem **três** objetivos principais.

1. Discutir a importância da forma jurídico-constitucional das decisões econômicas e sociais fundamentais;
2. Problematizar os limites e possibilidades da ambição do chamado “constitucionalismo dirigente” de regulamentar a atividade econômica e a organização social, diminuindo a margem de manobra e até substituindo as decisões políticas do legislador infraconstitucional;
3. Apresentar aos alunos uma tendência geral, nas reformas constitucionais dos últimos 15 anos, de *reconfiguração da presença do Estado na economia* (isto é, de algumas *opções econômicas fundamentais* que o Constituinte tinha feito em 1988).



## AULA 01 — “CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE”: PARA QUE SERVEM AS CONSTITUIÇÕES?

### BIBLIOGRAFIA

#### *Obrigatória*

- Celso Ribeiro Bastos, “Existe efetivamente uma Constituição Econômica?”, *in* **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, 10, n.39, abril-junho de 2002, pp.89-96.
- Gilberto Bercovici. “Constituição Dirigente: Algumas considerações sobre o caso brasileiro”, *in* **Revista de Informação Legislativa**, pp. 35-44.

#### *Complementar*

- J.J.Gomes Canotilho. “A Constituição e as revisões da Constituição. De quantas “Constituições” é composta a Constituição?” (tópicos 1 a 4), *in* **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.
- Carmem Lúcia Antunes Rocha, “Constituição e Ordem Econômica”, *in* Eros Grau e Demian Fiocca (orgs). **Debate sobre a Constituição de 1988**. São Paulo: Paz e Terra, 2001. pp.09-32.
- Gilberto Bercovici, “A Constituição Econômica”, *in* **Constituição e Desenvolvimento**. Uma Leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005. Cap. I.
- Raúl Machado Horta. “Constituição e Ordem Econômica e Financeira”. *in* **Direito Constitucional**, 4ª ed.. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. Pp.251-262.
- Eros Roberto Grau. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. pp.. 65-79 e 87-91.

### 1. NOTA AO ALUNO

Nas disciplinas anteriores de Direito Constitucional, afirmou-se inúmeras vezes que as Constituições e o próprio Constitucionalismo se articulam em torno de dois eixos: organização do poder e proteção de direitos fundamentais. Neste curso, vamos ir além dessa “dupla função” clássica. A partir das Constituições do México (1917) e de Weimar (1919), a matéria e a dimensão do constitucionalismo se alargam.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Raúl Machado Horta. **Direito Constitucional**. 4ª ed. Pp.252.





Contudo, alguns destes dispositivos consagram direitos; outros atribuem competências e poderes para realizar determinadas funções. Qual seria então a novidade? Em que medida a simples positividade de normas relativas à ordem econômica e social é capaz de transformar as Constituições contemporâneas em algo distinto de seus equivalentes do século XIX e início do século XX?

Uma primeira observação se faz necessária. Se a Constituição é a lei fundamental de um Estado, é natural que esta lei reflita a concepção contemporânea acerca do papel do Estado. Em um regime organizado como “Estado Liberal”, esse papel se limita basicamente à manutenção da segurança externa e interna, com a necessária garantia de liberdades e alguns direitos fundamentais ligados à autonomia individual. Quando se começa a pensar que também é dever estatal *promover* algum nível de bem-estar coletivo, e não apenas garantir que os indivíduos tenham liberdade para atingir ou não esse bem-estar — o chamado “Estado de Bem-Estar” —, é compreensível que o conteúdo da Constituição também mude. Como observa Raúl Machado Horta:

*“O constitucionalismo clássico, em suas diversas manifestações nos séculos XVIII e XIX, comportou-se dentro do modelo constitucional de duas dimensões — a organização dos poderes e a Declaração de Direitos e Garantias Individuais — e as regras fragmentárias de natureza econômico-social que nele afloraram não alcançaram a estruturação sistematizada do ordenamento econômico (...). A Constituição refletia o liberalismo político e econômico. O primeiro se confundia com as liberdades e as garantias individuais, instrumentos da resistência e da limitação do poder, para preservar a indevassável autonomia individual, e o liberalismo econômico repelia a presença do Estado na atividade econômica, que deveria expandir-se na livre concorrência da economia do mercado. **O ingresso da ordem econômica, como matéria da Constituição, coincidirá com o declínio do liberalismo econômico e a ascensão das formas não liberais do intervencionismo e do dirigismo econômico.** As instituições do capitalismo liberal vão experimentar os abalos decorrentes do confronto com o pensamento, as idéias e os movimentos políticos inspirados no reformismo social.”*<sup>5</sup> (grifos nossos)

No entanto, o problema principal que vamos discutir nesta aula — e que permanecerá como pano de fundo de todo o curso — não reside apenas no conteúdo em si das normas constitucionais, mas também na *eficácia jurídica* que lhes pode ser atribuída. Durante muito tempo, especialmente até a primeira metade do século XX, a opinião dominante — jurídica e leiga — era a de que não se podia fazer muita coisa com uma norma constitucional que garantisse o “direito ao trabalho”, por exemplo, ou que determinasse que o Estado deveria “universalizar a educação fundamental”.<sup>6</sup> Mesmo que esses

<sup>5</sup> Raúl Machado Horta, op. cit, pp.252.

<sup>6</sup> Sobre o tema, cf. Luís Roberto Barroso, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, passim.

dispositivos fossem reconhecidos como normas jurídicas — e não apenas como um “conselho” do Constituinte para as futuras gerações, a tendência geral era de considerar que tais comando se dirigiam apenas para o *legislador*, não podendo ser aplicados diretamente pelo Judiciário. Sua eficácia jurídica era portanto limitada.

Por trás dessa desqualificação, estava implícita a premissa de que uma boa Constituição apenas *organiza os procedimentos* para que a sociedade (mais especificamente, os seus representantes eleitos) possa deliberar quais são os fins a serem seguidos — quem vota, quem é eleito, como se decide, sobre o quê se decide e quais são os direitos mínimos para que a participação dos cidadãos na vida política da comunidade de forma efetiva. Mais uma vez, a “dupla função”: organização do poder e garantia de direitos fundamentais.

Mas... e se os constituintes quisessem determinar de antemão o resultado dessa deliberação, *condicionando a atuação do legislador a certos fins e objetivos previamente determinados*? E se, ao invés de apenas *garantir* uma situação já existente contra as decisões políticas futuras (“Constituição Garantia”), sua intenção fosse a de *promover transformações* — isto é, apontar de antemão o rumo político a ser seguido? Isso pode ser feito por meio da Constituição?

Como se vê, subjacente a todos esses problemas encontramos um tema já discutido em Teoria do Direito Constitucional: afinal, o que se pode exigir da Constituição? Mais especificamente, o que se pode exigir da Constituição na definição da ordem econômica e social do país?

### 3.1. CASO I

Tentaremos discutir essas questões a partir da Constituição Portuguesa de 1976. Para tanto, vamos conhecer um pouco dos antecedentes de sua promulgação. A Carta foi elaborada como resultado da Revolução de 25 de abril de 1974 (“Revolução dos Cravos”), quando um levante militar derrubou o regime político de inspiração fascista vigente no país desde 1926.

O ditador Oliveira Salazar permanecera à frente do governo português desde 1933, saindo do cargo em 1968 por motivos de saúde. Seu substituto foi Marcello Caetano — professor de Direito Constitucional e Administrativo e ex-reitor da Universidade de Lisboa —, que não se afastou muito das linhas gerais do governo de seu antecessor: repressão à oposição, favorecimento de alguns poucos grupos industriais e financeiros e manutenção das colônias portuguesas na África, com violentas represálias aos movimentos locais de independência.

Ao contrário do que aconteceu no Brasil, foram alguns dos próprios representantes das Forças Armadas que, clandestinamente, começaram a se organizar e a conspirar a derrubada do regime. No dia 25 de abril, o golpe militar



foi colocado em prática e, de forma *quase* pacífica (4 pessoas morreram no momento da tomada do prédio onde funcionava a Polícia Política do regime), debelaram toda a resistência oferecida pelo regime. Ao fim da manhã, com Caetano ainda no poder, o grupo militar revolucionário fez divulgar a seguinte mensagem para toda a nação:

*“As Forças Armadas iniciaram uma série de acções com vista à libertação do País do regime que há longo tempo o domina. Nos seus comunicados, as Forças Armadas têm apelado para a não intervenção das forças policiais, com o objectivo de se evitar derramamento de sangue. Embora este desejo se mantenha firme, não se hesitará em responder, decidida e implacavelmente, a qualquer oposição que venha a manifestar-se. Consciente de que interpreta os verdadeiros sentimentos da nação, o movimento das Forças Armadas prosseguirá na sua acção libertadora e pede à população que se mantenha calma e que recolha às suas residências. Viva Portugal!”<sup>7</sup>*

Algumas horas depois, o ditador foi levado a entregar o seu cargo e partir para o exílio no Brasil.

Conta-se que, no amanhecer do dia seguinte — o primeiro em cinco décadas fora do regime fascista —, alguém começou a distribuir cravos para os soldados revolucionários e para os cidadãos portugueses, que começavam a sair nas ruas. Os soldados então decoraram suas espingardas com as flores vermelhas — daí o nome “Revolução dos Cravos”, pelo qual a Revolução de 25 de abril é conhecida.

Imediatamente, formou-se uma “Junta de Salvação Nacional”, composta exclusivamente por militares, para organizar a transição. Nos dois anos seguintes — período chamado de “PREC”, Processo Revolucionário em Curso —, diversas decisões fundamentais e polêmicas foram tomadas, sobretudo no campo econômico. Por exemplo: foram nacionalizadas todas as grandes empresas em atividade em Portugal.

Em 25/04/75 — um ano após a Revolução, portanto — foram convocadas eleições livres para uma Assembléia Constituinte exclusiva. Pela primeira vez em meio século, os cidadãos portugueses participavam diretamente da definição do futuro de sua comunidade. A Assembléia produziu um texto constitucional com características muito peculiares. Veja, por exemplo, o Prêambulo e os artigos abaixo selecionados. Eles falam por si sós:

<sup>7</sup> Disponível no site: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Cronologia\\_da\\_Revolu%C3%A7%C3%A3o\\_dos\\_Cravos](http://pt.wikipedia.org/wiki/Cronologia_da_Revolu%C3%A7%C3%A3o_dos_Cravos). Acesso em 20 de janeiro de 2006.



## **Constituição da República Portuguesa**

### **Texto originário da Constituição, aprovada em 2 de Abril de 1976**

#### **Preâmbulo**

A 25 de Abril de 1974, o Movimento das Forças Armadas, coroando a longa resistência do povo português e interpretando os seus sentimentos profundos, derrubou o regime fascista.

Libertar Portugal da ditadura, da opressão e do colonialismo representou uma transformação revolucionária e o início de uma viragem histórica da sociedade portuguesa.

A Revolução restituiu aos Portugueses os direitos e liberdades fundamentais. No exercício destes direitos e liberdades, os legítimos representantes do povo reúnem-se para elaborar uma Constituição que corresponde às aspirações do País.

A Assembleia Constituinte afirma a decisão do povo português de defender a independência nacional, de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, de estabelecer os princípios basilares da democracia, de assegurar o primado do Estado de Direito democrático e de abrir caminho para uma sociedade socialista, no respeito da vontade do povo português, tendo em vista a construção de um país mais livre, mais justo e mais fraterno.

A Assembleia Constituinte, reunida na sessão plenária de 2 de Abril de 1976, aprova e decreta a seguinte Constituição da República Portuguesa:

#### **ARTIGO 1.º**

##### **(República Portuguesa)**

Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na sua transformação numa sociedade sem classes.

#### **ARTIGO 2.º**

##### **(Estado democrático e transição para o socialismo)**

A República Portuguesa é um Estado democrático, baseado na soberania popular, no respeito e na garantia dos direitos e liberdades fundamentais e no pluralismo de expressão e organização política democrática, que tem por objectivo assegurar a transição para o socialismo mediante a criação de condições para o exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras.

#### **ARTIGO 3.º**

##### **(Soberania e legalidade)**

1. A soberania, una e indivisível, reside no povo, que a exerce segundo as formas previstas na Constituição.



2. O Movimento das Forças Armadas, como garante das conquistas democráticas e do processo revolucionário, participa, em aliança com o povo, no exercício da soberania, nos termos da Constituição.

3. Os partidos políticos concorrem para a organização e para a expressão da vontade popular, no respeito pelos princípios da independência nacional e da democracia política.

4. O Estado está submetido à Constituição e funda-se na legalidade democrática.

### **ARTIGO 9.º**

#### **(Tarefas fundamentais do Estado)**

São tarefas fundamentais do Estado:

- a) Garantir a independência nacional e criar as condições políticas, económicas, sociais e culturais que a promovam;
- b) Assegurar a participação organizada do povo na resolução dos problemas nacionais, defender a democracia política e fazer respeitar a legalidade democrática;
- c) Socializar os meios de produção e a riqueza, através de formas adequadas às características do presente período histórico, criar as condições que permitam promover o bem estar e a qualidade de vida do povo, especialmente das classes trabalhadoras, e abolir a exploração e a opressão do homem pelo homem.

### **ARTIGO 10.º**

#### **(Processo revolucionário)**

1. A aliança entre o Movimento das Forças Armadas e os partidos e organizações democráticos assegura o desenvolvimento pacífico do processo revolucionário.

2. O desenvolvimento do processo revolucionário impõe, no plano económico, a apropriação colectiva dos principais meios de produção.

## **TÍTULO III**

### **Direitos e deveres económicos, sociais e culturais**

### **ARTIGO 50.º**

#### **(Garantias e condições de efectivação)**

A apropriação colectiva dos principais meios de produção, a planificação do desenvolvimento económico e a democratização das instituições são garantias e condições para a efectivação dos direitos e deveres económicos, sociais e culturais.

**ARTIGO 62.º****(Direito de propriedade privada)**

1. A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição.

2. Fora dos casos previstos na Constituição, a expropriação por utilidade pública só pode ser efectuada mediante pagamento de justa indemnização.

**ARTIGO 73.º****(Educação e cultura)**

1. Todos têm direito à educação e à cultura.

2. O Estado promoverá a democratização da educação e as condições para que a educação, realizada através da escola e de outros meios formativos, contribua para o desenvolvimento da personalidade e para o progresso da sociedade democrática e socialista.

3. O Estado promoverá a democratização da cultura, incentivando e assegurando o acesso de todos os cidadãos, em especial dos trabalhadores, à fruição e criação cultural, através de organizações populares de base, colectividades de cultura e recreio, meios de comunicação social e outros meios adequados.

**ARTIGO 74.º****(Ensino)**

1. O Estado reconhece e garante a todos os cidadãos o direito ao ensino e à igualdade de oportunidades na formação escolar.

2. O Estado deve modificar o ensino de modo a superar a sua função conservadora da divisão social do trabalho.

3. Na realização da política de ensino incumbe ao Estado:

a) Assegurar o ensino básico universal, obrigatório e gratuito;

b) Criar um sistema público de educação pré-escolar ;

c) Garantir a educação permanente e eliminar o analfabetismo;

d) Garantir a todos os cidadãos, segundo as suas capacidades, o acesso aos graus mais elevados do ensino, da investigação científica e da criação artística;

e) Estabelecer progressivamente a gratuidade de todos os graus de ensino;

f) Estabelecer a ligação do ensino com as actividades produtivas e sociais;

g) Estimular a formação de quadros científicos e técnicos originários das classes trabalhadoras.

**ARTIGO 80.º****(Fundamento da organização económico-social)**

A organização económico-social da República Portuguesa assenta no desenvolvimento das relações de produção socialistas, mediante a apropriação colectiva dos principais meios de produção e solos, bem como dos recursos naturais, e o exercício do poder democrático das classes trabalhadoras.

**ARTIGO 81.º****(Incumbências prioritárias do Estado)**

Incumbe prioritariamente ao Estado:

- a) Promover o aumento do bem-estar social e económico do povo, em especial das classes mais desfavorecidas;
- b) Estabilizar a conjuntura e assegurar a plena utilização das forças produtivas;
- c) Promover a igualdade entre os cidadãos, através da transformação das estruturas económico-sociais;
- d) Operar as necessárias correcções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento;
- e) Orientar o desenvolvimento económico e social no sentido de um crescimento equilibrado de todos os sectores e regiões;
- f) Desenvolver as relações económicas com todos os povos, salvaguardando sempre a independência nacional e os interesses dos portugueses e da economia do país;
- g) Eliminar e impedir a formação de monopólios privados, através de nacionalizações ou de outras formas, bem como reprimir os abusos do poder económico e todas as práticas lesivas do interesse geral;
- h) Realizar a reforma agrária;
- i) Eliminar progressivamente as diferenças sociais e económicas entre a cidade e o campo;
- j) Assegurar a equilibrada concorrência entre as empresas, fixando a lei a protecção às pequenas e médias empresas económica e socialmente viáveis;
- l) Criar as estruturas jurídicas e técnicas necessárias à instauração de um sistema de planeamento democrático da economia;
- m) Proteger o consumidor, designadamente através do apoio à criação de cooperativas e de associações de consumidores;
- n) Impulsionar o desenvolvimento das relações de produção socialistas;
- o) Estimular a participação das classes trabalhadoras e das suas organizações na definição, controlo e execução de todas as grandes medidas económicas e sociais.



### **ARTIGO 82.º**

#### **(Intervenção, nacionalização e socialização)**

1. A lei determinará os meios e as formas de intervenção e de nacionalização e socialização dos meios de produção, bem como os critérios de fixação de indemnizações.
2. A lei pode determinar que as expropriações de latifundiários e de grandes proprietários e empresários ou accionistas não dêem lugar a qualquer indemnização.

### **ARTIGO 83.º**

#### **(Nacionalizações efectuadas depois de 25 de Abril de 1974)**

1. Todas as nacionalizações efectuadas depois de 25 de Abril de 1974 são conquistas irreversíveis das classes trabalhadoras.
2. As pequenas e médias empresas indirectamente nacionalizadas, fora dos sectores básicos da economia, poderão, a título excepcional, ser integradas no sector privado, desde que os trabalhadores não optem pelo regime de auto-gestão ou de cooperativa.

### **ARTIGO 85.º**

#### **(Iniciativa privada)**

1. Nos quadros definidos pela Constituição, pela lei e pelo Plano pode exercer-se livremente a iniciativa económica privada enquanto instrumento do progresso colectivo.
2. A lei definirá os sectores básicos nos quais é vedada a actividade às empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza.
3. O Estado fiscalizará o respeito da Constituição, da lei e do Plano pelas empresas privadas, podendo intervir na sua gestão para assegurar o interesse geral e os direitos dos trabalhadores, em termos a definir pela lei.

Após a leitura dos textos e dos trechos seleccionados da redação original da Constituição Portuguesa de 1976<sup>8</sup>, reflita:

- As duas dimensões clássicas do constitucionalismo estão refletidas no texto desta Constituição?
- Existe algum dispositivo que não se enquadra nessa “dupla função” (organização do poder e garantia de direitos fundamentais)?
- No que essa Constituição é diferente ou semelhante às Constituições Brasileiras?
- Identifique eventuais diferenças e semelhanças entre esta Constituição e a Constituição brasileira de 1988.
- Com base nos textos, você diria que esta Constituição é “dirigente”? Por que? O que isto significa?

<sup>8</sup> A Constituição Portuguesa de 1976 sofreu quatro revisões, de acordo com o procedimento que ela mesma prevê: 1982, 1989, 1992 e 1997. Em todos esses momentos, a redação da Constituição foi profundamente alterada, embora muitos considerem que a sua estrutura fundamental permanece a mesma (nesse sentido, Cf. J.J.Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3a ed., 1999, p. 206.





- Basta que a Constituição positive regras para o funcionamento da economia e direitos sociais para ser considerada “Dirigente”? Qual a relação entre “ordem econômica” e “Constituição Dirigente”?
- Qual a diferença entre uma “Constituição Garantia” e uma “Constituição Dirigente”?
- Nesses termos, a Constituição Brasileira de 1988 pode ser considerada “Dirigente”?
- Na sua opinião, quais são as vantagens, desvantagens e riscos de se promulgar uma Constituição com essas características?

### 3.2. CASO II

A Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, é o exemplo mais emblemático de Constituição Garantia. Interpretando-a, em 1905, no caso *Lochner v. New York*, a Suprema Corte firmou posição no sentido de que uma lei estadual não poderia limitar a jornada de trabalho dos padeiros a 10 horas por dia, porque isso importaria em ofensa ao princípio da liberdade de contratar. E foi essa a orientação que prevaleceu na Suprema Corte até a Grande Depressão. Houve a necessidade de uma crise econômica de proporções catastróficas, iniciada com a quebra da Bolsa de Nova Iorque, em 29 de outubro de 1929, e que se irradiou pelo mundo, para criar as condições necessárias a permitir uma mudança na jurisprudência da Suprema Corte dos EUA.

Com efeito, para vencer a recessão, o Presidente Franklin Roosevelt propôs um plano econômico que ficou conhecido, mundialmente, como o “New Deal”. O cerne do “New Deal” envolvia uma maior intervenção do governo norte-americano na economia, rompendo com uma tradição liberal que já perdurava mais de um século. Ocorre que, entre 1935 e 1936, nas dez principais controvérsias submetidas à Suprema Corte, versando sobre a constitucionalidade do “New Deal”, o governo federal saiu-se derrotado em oito. A ideologia predominante no âmbito do mais importante tribunal dos Estados Unidos passou a ser o principal empecilho à recuperação econômica do país. O resultado natural disso foi uma crise institucional sem precedentes na história constitucional americana do século XX, pondo em confronto o poder executivo e o poder judiciário. O Presidente Roosevelt, inconformado, apresentou ao Congresso Americano projeto de lei que previa a criação, na Suprema Corte, de um novo cargo para cada juiz com mais de 70 anos e meio. A idéia era permitir-lhe a nomeação de seis novos juízes e, com isso, alterar a orientação prevalente no Tribunal. O Senado Federal — é verdade — rejeitou a proposta apresentada pelo Poder Executivo, por entender que se tratava de um assalto à independência do judiciário. Ainda assim, a pressão



política exercida sobre o judiciário foi o suficiente para acarretar a necessária mudança na jurisprudência reinante na Suprema Corte Americana: dali em diante, passou a mais alta Corte dos Estados Unidos a entender que caberia à maioria democrática, representada pelo Chefe do Poder Executivo e pelo Poder Legislativo, o poder de decidir — e muitas vezes errar — a respeito de quais as políticas sociais e econômicas que deveriam ser adotadas pelo Estado.

Partindo da história constitucional americana e comparando-a com a história brasileira e mundial, responda aos seguintes itens:

- Qual é a relação, se é que existe, entre o modelo econômico adotado pelos Estados Unidos da América e a Constituição de 1787?
- Explique o conceito de Constituição Dirigente, esclarecendo se existe alguma relação entre ela e algum modelo econômico específico e se essa relação é absoluta e admite exceções.
- Indique duas vantagens e duas desvantagens de se aderir ao modelo de Constituição Dirigente, em comparação com o modelo de Constituição Garantia.
- Se removêssemos da Constituição de 1988 os artigos 7º e 170, teríamos uma "Constituição Dirigente" ou uma "Constituição Garantia"? Para justificar sua resposta, não deixe de indicar os dispositivos constitucionais que considerar pertinentes.

#### 4. QUESTÕES DE PROVA

1) Partindo da história constitucional americana e comparando-a com a história brasileira e mundial, responda aos seguintes itens:

a) Qual é a relação, se é que existe, entre o modelo econômico adotado pelos Estados Unidos da América e a Constituição de 1787?

b) Explique o conceito de Constituição Dirigente, esclarecendo se existe alguma relação entre ela e algum modelo econômico específico e se essa relação é absoluta e admite exceções.

c) Se removêssemos da Constituição de 1988 os artigos 7º e 170, teríamos uma "Constituição Dirigente" ou uma "Constituição Garantia"? Para justificar sua resposta, não deixe de indicar os dispositivos constitucionais que considerar pertinentes.



2) As normas constitucionais, na dicção do Ministro Celso de Mello, não são uma “promessa insequente”. Muito ao contrário, conforme ensina José Afonso da Silva, toda a norma constitucional possui algum grau de eficácia. Disserte sobre a classificação das normas constitucionais proposta por José Afonso da Silva, oferecendo, para cada uma das categorias indicadas, um exemplo extraído da ordem econômica e social contida na Constituição. Justifique todas as suas escolhas.

3) Em palestra proferida em 2003, o jurista português J. J. Gomes Canotilho lançou à plateia a seguinte indagação:

“Afim, a Constituição é apenas um esqueleto normativo, um esqueleto do governo, ou é um esquema matricial de uma comunidade? A Constituição é ou não é mais do que a reafirmação de idéias clássicas?”

Explique a frase de Canotilho e posicione-se a respeito das questões que ela levanta, exemplificando com base na Constituição brasileira de 1988.

4) Com base nos textos de Eros Roberto Grau e Gilberto Bercovici, explique a(s) diferença(s) entre uma “Constituição Garantia” e uma “Constituição Dirigente”.

5) Se removéssemos da Constituição de 1988 os artigos 7º e 170, teríamos uma “Constituição Dirigente” ou uma “Constituição Garantia”? Para justificar sua resposta, não deixe de indicar os dispositivos constitucionais que considerar pertinentes.

6) Em seu texto “A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro” Gilberto Bercovici afirma que, atualmente, “a Constituição deixa de ser apenas do Estado, para ser também da sociedade”. Explique a afirmativa de Bercovici, discutindo os conceitos envolvidos e exemplificando com base na Constituição brasileira de 1988.

## 5. CONCEITOS

Constituição Dirigente, Constituição Garantia ou Estatutária, Vinculação do Legislador, Estado Liberal, Estado de Bem-Estar Social

**AULA 02 — “ALFABETIZAÇÃO”: ESTADO, MERCADO E TERCEIRO SETOR****BIBLIOGRAFIA***Obrigatória*

- Luís Carlos Bresser-Pereira. “A Reforma de Estado nos Anos 90: Lógica e mecanismos de controle”, in **Cadernos do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado**, n.1, Brasília, 1997. Caps. I (Crise e Reforma) e II (Delimitação da Área de Atuação). Disponível no site: [www.planejamento.gov.br/arquivos\\_down/seges/publicacoes/cadernos\\_mare/CADERNO1.PDF](http://www.planejamento.gov.br/arquivos_down/seges/publicacoes/cadernos_mare/CADERNO1.PDF). Acesso em 10 de janeiro de 2006.

*Complementar*

- Luís Carlos Bresser-Pereira & Regina Silvia Pacheco. “A Reforma do Estado Brasileiro e o Desenvolvimento”, in **Revista Eletrônica de Reforma do Estado (RERE)**, n.3, set/out/nov de 2005. Disponível no site: [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br). Acesso em 10 de janeiro de 2006.
- Tércio Sampaio Ferraz Jr. “Congelamento de Preços — Tabelamentos Oficiais”, in **Revista de Direito Público**, n. 91, p. 76-86, maio 1989.

**1. NOTA AO ALUNO**

Como já discutido na aula passada, a formulação de Cartas constitucionais do tipo “Dirigente” é algo relativamente novo na experiência jurídica ocidental. Em relação às duas funções tradicionais das Constituições escritas, historicamente consagradas no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>9</sup> de 1789, as Constituições “Dirigentes” acrescentam uma terceira dimensão normativa. Em seu texto, encontramos dispositivos que vinculam a ação do legislador e dos particulares à realização de certos fins e à obediência de certos valores considerados fundamentais pelo Constituinte.

No campo da atividade econômica, a novidade na definição desses fins a que a sociedade está vinculada reside no fato de que, no geral, as Constituições Liberais clássicas reservavam um *papel diferente* para o Estado. Se a Constituição Americana (1787) e a Constituição Brasileira de 1824 não regulavam explicitamente o direito à saúde, por exemplo, isto não quer dizer que não havia serviços de saúde sendo oferecidos e utilizados, mas sim que *o Estado não interferia na circulação desses serviços*, exceto talvez fazendo

<sup>9</sup> Artigo 16. Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não for assegurada, nem a repartição dos poderes determinada, não tem constituição.



cumprir as leis penais e civis entre médicos e pacientes, quando fosse o caso. O silêncio da Constituição sobre a prestação de serviços ligados à saúde, à educação e à cultura — apenas para citar alguns exemplos — era então algo natural, pois essas atividades eram consideradas como sendo *naturalmente de responsabilidade exclusiva do mercado*. Eram, portanto, basicamente Cartas Orgânicas.

O Dentro do repertório constitucional dos países ocidentais, o Estado, hoje, figura como responsável pela prestação de serviços de consumo social, produção de mercadorias e regulamentação dos agentes econômicos. Nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Jr. “*o Estado, hoje, substitui, ainda que parcialmente, por exemplo, o próprio mercado na coordenação da economia, tornando-se o centro da distribuição da renda, ao determinar preços, ao taxar, ao subsidiar*”.<sup>10</sup>

Essa nova forma de reorganização estatal não poderia ser concebida sem uma alteração na Constituição no sentido de recepção de *decisões políticas fundamentais* que abarcassem o amplo rol de novas possibilidades de atuação estatal.

Assim, em última instância, por trás das reformas constitucionais e das próprias decisões da Assembléia Constituinte de 1998, encontramos basicamente a questão da *reorganização das funções estatais*. Quando a Constituição determina que o Estado tem o dever de universalizar o ensino fundamental, por exemplo, ela está organizando a prestação de serviços educacionais de modo diferente daquele adotado pelas Constituições de 1891 e de 1824. Organizar a produção de um bem ou a prestação de um serviço de modo diferente pressupõe, é claro, *diferentes possibilidades* de realização dessas atividades. Nesta aula, a partir da bibliografia selecionada, vamos tentar discutir algumas das combinações possíveis entre certos tipos de atividades e os atores existentes (Estado, Mercado e Terceiro Setor).

Para se preparar para a aula, procure refletir sobre os seguintes pontos:

- Como podemos organizar a atividade produtiva e a prestação de serviços em uma dada sociedade?
- Quais são os extremos possíveis (capitalismo / socialismo), e quais os níveis intermediários?
- O que significa atribuir a responsabilidade pela realização de uma determinada atividade ao “setor público” ou ao “setor privado”?
- Existe algum “meio-termo” possível entre “público” e “privado”?
- Como e por que as responsabilidades estatais vêm se reorganizando nas últimas décadas, especialmente no caso do Brasil?

<sup>10</sup> Tércio Sampaio Júnior. Congelamento de Preços – Tabelamentos Oficiais. *Revista de Direito Público*, n. 91, p. 76-86, maio 1989.



### 3. CONCEITOS

Setor Público, Setor Privado, Terceiro Setor, Reforma do Estado, Atividades-Fim e Atividades-Meio, Privatização, Terceirização, Publicização

### 4. QUESTÕES DE PROVA

1) Para realizar a “Reforma do Estado”, o Governo Fernando Henrique Cardoso viu-se obrigado a recorrer à aprovação, no Congresso Nacional, de emendas constitucionais. E isso se fez necessário porque a Constituição de 1988 é uma constituição do tipo “dirigente”. Quais seriam as críticas que você poderia oferecer à adoção do modelo de Constituição Dirigente?

2) Em artigo publicado Jornal O Globo, de 28/09/2011, intitulado “A Nova Novidade”, o Vereador Paulo Pinheiro declarou o seguinte:

“Uma onda de terceirizações atingiu o Brasil nos últimos anos, mas no Rio de Janeiro o quadro é diferente: estamos atravessando uma tsunami. Com mais de uma década dessa opção técnico-política, é hora de avaliarmos os resultados. Tratada como remédio para todos os males da administração pública, a entrega de setores como saúde e transporte para a iniciativa privada deixou de ser exceção e tornou-se regra.

(...)

Em 2009, surge “a mais nova das novidades”: as organizações sociais (OSs). Aprovadas no Legislativo com uma enorme pressão política do Executivo, elas chegam como a mais recente tentativa de provarem que o poder público não sabe gerenciar, mas sabe fiscalizar. Infelizmente, não é isso que temos observado. As primeiras avaliações mostram que as UPAs e clínicas da família gerenciadas por OSs continuam sem médicos. Além da baixa eficácia, uma inspeção feita pelo Tribunal de Contas apontou graves irregularidades e uma fiscalização deficitária por parte da Secretaria municipal de Saúde, com desperdício de dinheiro público.

Não seria o momento de reavaliarmos essa “modernidade”? Que tal apostar no esquecido concurso público, com salários dignos? Na cobrança de metas e na profissionalização da carreira de gestor público?

Errar é humano, persistir no erro...”

Pergunta-se: a opinião do Vereador Paulo Pinheiro é compatível com a tese defendida por Bresser Pereira, no texto “A Reforma do Estado dos anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle”?



3) Na década de 1990, reformar o Estado significava, entre outras coisas, modificar o corpo jurídico-institucional para possibilitar o aumento da eficiência administrativa estatal, o equilíbrio das contas públicas e a atração de investimentos estrangeiros. Para atingir estas finalidades, três estratégias jurídicas poderiam ser adotadas: a edição de emendas constitucionais, de leis e de medidas provisórias.

a) Compare as três estratégias jurídicas de reforma do Estado quanto aos seguintes aspectos: legitimidade democrática, estabilidade e governabilidade.

b) Qual foi a estratégia adotada pelo governo Fernando Henrique Cardoso? Dê exemplos de uma medida destinada ao aumento da eficiência administrativa, uma que tenha favorecido o equilíbrio das contas do Estado e uma que tenha contribuído para a atração de investimentos estrangeiros.

## BLOCO II — PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA

### INTRODUÇÃO

No Bloco II, exploramos as diferentes formas de organização *jurídica* da atuação do estado no processo econômico — mais especificamente, analisamos quais destas formas integram hoje o repertório possível de ação estatal nesse domínio. Esse conjunto de possibilidades não se esgota nas opções feitas pelo *Constituinte de 1988*. Inclui também aquelas mudanças e acréscimos feitos pelo poder constituinte derivado nas reformas constitucionais feitas desde a promulgação da Constituição e na Revisão de 1993.

Esse repertório de formas jurídicas de atuação à disposição do Estado, porém, não pode ser utilizado para promover qualquer finalidade. Não é uma “carta branca”. Se, por um lado, a Constituição não retirou dos poderes eleitos (legislativo e executivo) a margem de manobra para definirem as políticas públicas mais convenientes para cada época, por outro, vinculou essas políticas públicas a certos fins específicos e as condicionou à obediência de certos parâmetros. Tais “fins” e “parâmetros” que devem nortear a ação estatal estão contidos principalmente no artigo 170 da Constituição.

Como qualquer norma jurídica, estes princípios constitucionais não podem ser interpretados como meros “conselhos” ao legislador infraconstitucional. Vinculam a atuação dos poderes eleitos (além, é claro, das decisões judiciais) e, portanto, segui-los não é uma questão de prudência, mas de obediência às decisões que constituem a ata do pacto social firmada em 1988. Mas qual o conteúdo normativo que podemos extrair dos incisos do artigo 170? Construir argumentos e maneiras de viabilizar a sua eficácia em cada caso — sem ultrapassar o limite da liberdade do legislador e do administrador — tem sido um desafio permanente para a doutrina e para a jurisprudência brasileira.

Nesse sentido, o presente bloco tem por objetivo analisar as possibilidades de argumentação jurídica e modalidades de eficácia<sup>11</sup> baseada nos princípios constitucionais da Ordem Econômica (art. 170 e seguintes). Será discutido o conteúdo jurídico passível de ser construído a partir desses dispositivos. Através de casos judiciais, colhidos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tentaremos construir em sala de aula pontes entre a Ordem Econômica e a “dupla dimensão” do constitucionalismo clássico (organização do poder e proteção dos direitos fundamentais).

Antes de começarmos o bloco, duas observações precisam ser feitas.

Primeiro, lembre-se de que há dispositivos ligados à ordem econômica em outros títulos além daquele dedicado especificamente ao tema. Em muitos casos, aliás, normas como aquelas do artigo 170 só podem ser integralmen-

<sup>11</sup> Cf., no geral, Ana Paula de Barcellos, *A Eficácia dos Princípios Constitucionais*, *passim*.





te compreendidas e adequadamente aplicadas se construirmos conexões de sentido com outros dispositivos constitucionais. Como compreender a exigência de conciliação entre a “livre iniciativa” e “valorização do trabalho”, por exemplo, sem analisar os direitos sociais expressos no artigo 7º e seguintes da Constituição? Como observa Raul Machado Horta:

*“A Ordem Econômica e Financeira não é ilha normativa apartada da Constituição. É fragmento da Constituição, uma parte do todo constitucional e nele se integra. A interpretação, a aplicação e a execução dos preceitos que a compõem reclamam o ajustamento permanente das regras da Ordem Econômica e Financeira às disposições do texto constitucional que se espraiam nas outras partes da Constituição.”*<sup>12</sup>

Este tipo de ligação será exemplificado em praticamente todos os textos de leitura obrigatória selecionados para o bloco.<sup>13</sup> Na preparação para as discussões, procure montar um “mapa” das relações entre as normas constitucionais e construir as suas próprias e inovadoras conexões sistemáticas.

Segundo, nos casos e nas discussões que compõem este bloco e os blocos posteriores do curso, você encontrará muitos temas e instrumentos analíticos já estudados nas duas primeiras disciplinas de Direito Constitucional. Assim, ao se preparar para as aulas e provas, lembre-se de tentar aplicar aos problemas de ordem econômica e social na Constituição aqueles conceitos que você já conhece de períodos anteriores, como, por exemplo:

- Aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais;
- Limites materiais ao poder de reforma;
- Competências legislativas e administrativas da União, dos Estados e dos Municípios;
- Separação de poderes;
- Princípios de interpretação constitucional;
- Ponderação, proporcionalidade e razoabilidade.

O manejo adequado desses instrumentos não apenas agregará valor às discussões em sala de aula, como também será indispensável para o enfrentamento dos problemas que você encontrará em sua vida profissional. Aproveite a oportunidade para exercitar seus conhecimentos.

<sup>12</sup> *Direito Constitucional*, 4ª ed., p.265. No mesmo sentido, cf. Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 10ª ed., p.175.

<sup>13</sup> Cf., por exemplo, Eros Roberto Grau, *op. cit.*, pp.173-174.

**AULAS 03 E 04 — LIVRE INICIATIVA, VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO E LIVRE CONCORRÊNCIA****BIBLIOGRAFIA***Obrigatória*

- TJRJ, Acórdão no Mandado de Segurança nº 0053187-06.2009.8.19.0000, Relatora Desembargadora Ana Maria Pereira de Oliveira.
- Luís Roberto Barroso, “Ordem Econômica e os Limites à atuação estatal no controle de preços”, in **Temas de Direito Constitucional**, v.II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Versão eletrônica disponível no site: [http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf). Acesso em 10 de janeiro de 2006.
- STF, Recurso Extraordinário nº 193.749-1, Votos dos Ministros Carlos Velloso, Mauricio Corrêa e Marco Aurélio.

*Complementar*

- Tércio Sampaio Ferraz Jr. “Congelamento de Preços — Tabelamentos Oficiais”, in **Revista de Direito Público**, n. 91, p. 76-86, maio 1989.
- Eros Roberto Grau, **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, pgs. 193-214.

**1. NOTA AO ALUNO**

A doutrina reconhece que Constituição de 1988 fez a opção por um sistema de produção capitalista. Como já discutimos em aulas anteriores, essa decisão política fundamental está expressa de forma mais nítida no artigo 170 e seus incisos e no artigo 174. Contudo, “capitalismo” é um conceito econômico. No primeiro bloco do curso, discutimos qual a *forma jurídica* que essa opção econômica poderia ter, isto é, o que a Constituição deve conter para consagrar e preservar a decisão constituinte por um modelo econômico ou outro. Agora, porém, vamos inverter o sentido da discussão: qual pode ser o *conteúdo jurídico* dos princípios da ordem constitucional econômica? Em outras palavras: quais os efeitos possíveis da aplicação do artigo 170 e dos seus incisos?

Nas próximas aulas, enfocaremos o sentido e o alcance do *caput* do artigo 170, que consagra — de forma aparentemente contraditória — tanto a valo-

rização tanto do trabalho humano, quanto da livre iniciativa, com vistas à sua aplicação em casos concretos. Inicialmente, é possível dizer que os dispositivos constitucionais ligados à ordem econômica cumprem uma dupla função. Primeiro, funcionando como *princípios constitucionalmente conformadores*, explicitam *as valorações políticas fundamentais do constituinte*, concretizando os ideais e concepções políticas que prevaleceram na decisão constitucional originária.<sup>14</sup> A positivação constitucional da livre iniciativa e da livre concorrência como fundamentos da ordem econômica na verdade *constituem* a própria ordem econômica. Dão-lhe a forma jurídica correspondente a essas opções fundamentais, excluindo, por exemplo, a propriedade coletiva de todos os meios de produção.

É dentro desse quadro jurídico-institucional que o Estado deve atuar. Sua atuação, porém, não é livre — e aqui entra o segundo papel dos princípios da ordem econômica na constituição, particularmente relevante para estas aulas. Funcionando como *princípios constitucionais impositivos*, submetem os órgãos do Estado (especialmente o legislador) à realização de certas tarefas, com vistas à consecução de certos fins.<sup>15</sup>

Na verdade, parâmetros como o da *valorização do trabalho* e da *livre concorrência* (inciso IV), por exemplo, não investem os indivíduos e organizações que operam no país de uma situação jurídica desfrutável apenas como liberdade negativa (direito a abstenções do Estado), embora certamente incluam também essa dimensão. De fato, se a livre concorrência é um dos fundamentos da ordem econômica, nos termos do art. 170, então o Estado não somente deve se abster de retirar completamente do mercado a liberdade de fixação de preços, como também deve adotar medidas positivas — inclusive contra outros particulares — com o intuito de *promover* o estado de coisas desejado pelo princípio da livre concorrência.<sup>16</sup>

Contudo, esses fins muitas vezes podem colidir não apenas com outros fins e tarefas ligados à ordem econômica, como também com outros fins constitucionalmente relevantes — por exemplo, a universalização da educação, a proteção da saúde da população, a valorização da cultura nacional pela indústria do entretenimento etc. Os casos selecionados para as próximas duas aulas tratam de alguns desses conflitos. Assim, na preparação para a discussão em sala de aula, procure prestar atenção no possível *entrelaçamento* entre os diversos princípios constitucionais diante em cada caso. Por exemplo, ao discutirmos livre concorrência e livre iniciativa, muitas vezes é indispensável analisar também o impacto de possíveis decisões judiciais sobre o bem-estar do consumidor, o direito ao trabalho, o direito à saúde etc. Como podemos nos posicionar de modo a resolver conflitos normativos do gênero sem esvaziar as aspirações constitucionais para a ordem econômica e social no Brasil, preservando assim a unidade da Constituição?

<sup>14</sup> J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 1998, pp.1091-92.

<sup>15</sup> *Idem*, p.1092.

<sup>16</sup> Sobre os princípios como normas que estabelecem estados de coisas a serem atingidos, tornando obrigatórias as condutas necessárias à sua consecução, cf. Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*.

### 3.1 CASO I — “MEIA ENTRADA” PARA ESTUDANTES?

Hoje em dia, todo estudante secundarista do Rio de Janeiro já parte do princípio de que, apresentando a documentação devida, tem direito a pagar apenas metade do valor da entrada nos cinemas, teatros e casas de espetáculos em geral — a famosa “*meia-entrada*”. Esse direito, porém, independentemente do seu valor social ou do bem que promove, não tem bases jurídicas unânimes.

Inicialmente criada por lei federal em nos anos 60, a meia-entrada foi revogada pelo Presidente Figueiredo no início da década de 80, sob o argumento básico de que, dada a ausência de qualquer tipo de controle ou fiscalização na emissão das carteiras de estudante, não havia como garantir que somente os estudantes se beneficiariam da norma.<sup>17</sup>

Já na década de 90, na vigência da atual Constituição, diversas leis estaduais e municipais voltaram a garantir o direito à meia-entrada. A aceitação dessas medidas entre o empresariado afetado pela concessão do benefício, a comunidade jurídica e os próprios estudantes está longe de ser pacífica, ainda que cada grupo apresente motivos diferentes para criticar a legislação existente.

Em São Paulo, o deputado Jamil Murad propôs em 1991 o Projeto de Lei de n.111, que veio a ser aprovado pela Assembléia Legislativa e sancionado pelo Governador do Estado no ano seguinte, dando origem à Lei 7.844/92. Em seus primeiros dispositivos, a Lei dispunha:

**“Art. 1º.** Fica assegurado aos estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino de primeiro, segundo e terceiro graus, existentes no Estado de São Paulo, o pagamento de meia-entrada do valor efetivamente cobrado para o ingresso em casas de diversão, de espetáculos teatrais, musicais e circenses, em casas de exibição cinematográfica, praças esportivas e similares das áreas de esporte, cultura e lazer do Estado de São Paulo, na conformidade da presente Lei.

**§1º.** Para efeito do cumprimento desta Lei, consideram-se casas de diversão de qualquer natureza, como previsto no caput deste artigo, os locais que, por suas atividades, propiciem lazer e entretenimento”.

Em 02 de fevereiro de 1999, a Confederação Nacional do Comércio (CNC) ajuizou junto ao Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) de número 1950-3, alegando que a Lei Estadual 7.844/92 violava a Constituição Federal. Em síntese, a CNC afirmava que a norma em questão “*implica indevida intervenção do Estado de São Paulo no domínio econômico, mercê de planejamento vinculante e efetiva fixação de preços privados, em franca agressão aos artigos 170 e 174 da Constituição Federal*”.

<sup>17</sup> Informações extraídas da reportagem “COMO A MEIA-ENTRADA SE TRANSFORMOU NUM NEGÓCIO LUCRATIVO E ALTEROU A RELAÇÃO ENTRE ESTUDANTES E SUAS ENTIDADES NACIONAIS”, publicada na revista *Caros Amigos*, n.50.



- Como você votaria se fosse o Ministro do Supremo designado para relatar a ADIn 1950? Com base em que fundamentos? Procure se posicionar sobre:
- A legitimação ativa da CNC para propor a ação;
- A possibilidade e necessidade de concessão da medida cautelar solicitada pela autora;
- Os princípios e conflitos constitucionais em jogo;
- A aplicabilidade desses princípios;
- As regras constitucionais de competência aplicáveis à questão;
- A eventual ocorrência de “*planejamento vinculante*” e “*fixação de preços privados*” nesse caso, conforme alegado pela Autora, bem como as condições de admissibilidade de cada um desses dois tipos de atuação em face da Constituição de 1988.
- Caso você considere a Lei Estadual inconstitucional, procure imaginar que alterações em sua redação a tornariam constitucional.
- Caso você considere a Lei Estadual constitucional, procure imaginar que alterações em sua redação a tornariam inconstitucional.

### 3.2. CASO II — RESTRIÇÃO LEGISLATIVA À ABERTURA DE FARMÁCIAS

Em 13 de junho de 1991, a Câmara Municipal da cidade de São Paulo promulgou a Lei n.10.991. Em seu artigo 1º, esta Lei dispunha o seguinte:

“**Art. 1º** A Instalação de estabelecimentos de comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, em cidades com mais de 30.000 habitantes, deverá respeitar a distância mínima de um raio de 200 m (duzentos metros) com relação a estabelecimentos congêneres já instalados.”

Na justificativa do projeto de lei que deu origem à norma em questão, o Prefeito de São Paulo argumentava que a medida seria necessária para promover o adequado zoneamento urbano no âmbito do Município, nos termos do artigo 182 da Constituição Federal.

Sem nenhuma concorrente instalada por perto por ocasião da entrada em vigor da Lei, os donos da DROGARIA SÃO LUCAS já começavam a comemorar quando, contrariando a Lei Municipal n.10.991/91, foi inaugurada a DROGARIA SÃO PAULO a menos de 25 metros de distância da DROGARIA SÃO LUCAS.

Imediatamente, a DROGARIA SÃO LUCAS ingressou na justiça pedindo o fechamento do estabelecimento da DROGARIA SÃO PAULO. O argumento era simples: a Lei Municipal regulando o uso do solo urbano em São

Paulo estava sendo frontalmente violada. O juiz de primeira instância acolheu o pedido e determinou o fechamento da DROGARIA SÃO PAULO.

Inconformada, a DROGARIA SÃO PAULO recorreu da decisão junto ao Tribunal de Justiça. Sofreu, porém, mais uma derrota: a Segunda Câmara Cível do TJ-SP confirmou a decisão de 1ª instância, nos seguintes termos:

*“Não há inconstitucionalidade na Lei Municipal mencionada. Ela não estabelece reserva de mercado ou afronta ao artigo 170 da Constituição Federal. Simplesmente disciplina o uso do solo, distribuindo as farmácias de forma tal que atenda todas as camadas da população, evitando a concentração delas em determinado local, com evidentes prejuízos ao povo, visto como um todo. E assim agindo o Município trata de questão referente ao seu peculiar interesse, devidamente autorizado pela Carta da República. Nem existe afronta ao princípio da isonomia pois trata igualmente todas as pessoas jurídicas que se dedicam ao ramo da farmácia e drogaria”.*

Em uma última tentativa de reverter a decisão, a DROGARIA SÃO PAULO ajuizou Recurso Extraordinário junto ao Supremo Tribunal Federal. Segundo a autora do Recurso, o Supremo teria competência para avaliar o caso, na medida em que a Lei 10.991/91 violava diversos princípios da ordem econômica, especialmente a liberdade de iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor.

Em parecer sobre o caso, o Ministério Público opinou pelo não provimento do recurso da DROGARIA SÃO PAULO, concluindo não ter havido qualquer afronta ao princípio constitucional do art. 170. Disse o Procurador-Geral:

*“Quando a Carta Republicana atual dispõe, no **caput** do seu artigo 170, que ‘A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social (...)’ não está a impedir, de forma alguma, que os Estados e Municípios legislem sobre o tema, no intuito de atender as peculiaridades locais, o que é, a nosso ver, o caso dos autos.”*

Após a análise dos fatos, dos textos e das decisões judiciais selecionadas para leitura, coloque-se no papel de Ministro do Supremo Tribunal encarregado de relatar o caso. Dê o seu voto, posicionando-se a respeito dos seguintes tópicos:

- Competência do Município de São Paulo para promulgar a Lei 10.991/91; caso considere ser o Município incompetente para adotar a medida, indique de qual ente seria a competência, nos termos da Constituição;



- Os princípios e conflitos constitucionais em jogo;
- A aplicabilidade e o peso desses princípios neste caso específico;
- Se, no lugar de farmácias, a Lei Municipal em questão fixasse uma distância mínima de 200 metros entre Postos de Venda de Combustíveis, a sua decisão seria diferente? Por quê?

#### 4. CONCEITOS

Princípios e Regras; Princípios da Ordem Econômica; Livre Concorrência e Livre Iniciativa; Valorização do Trabalho Humano; Dirigismo Estatal *versus* Intervencionismo Estatal; Planejamento Estatal e Ordem Econômica.

#### 5. QUESTÕES DE PROVA

1) À luz da Lei que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar, uma das competências da referida autarquia é a de “*autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde.*” (Art. X da Lei).

Pergunta-se:

a) na lição de Luis Roberto Barroso, contida no artigo “A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços”, é a referida competência compatível com a Constituição de 1988?

b) quais seriam os argumentos que você poderia utilizar para defender a constitucionalidade do referido artigo?

2) No dia 12 de janeiro de 2000, o Presidente Fernando Henrique Cardoso sancionou a Lei nº 9.956, cujo art. 1º diz o seguinte:

“Art. 1º Fica proibido o funcionamento de bombas de auto-serviço operadas pelo próprio consumidor nos postos de abastecimento de combustíveis, em todo o território nacional.”

Este artigo é constitucional? Justifique sua resposta, indicando os dispositivos constitucionais pertinentes.



3) Em 13 de abril de 2006, a Câmara Municipal da Cidade do Rio de Janeiro promulgou a Lei n.12.900. Em seu artigo 1º, esta Lei dispunha o seguinte:

“Art. 1º A Instalação de farmácias deverá respeitar a distância mínima de um raio de 200 m (duzentos metros) com relação a estabelecimentos congêneres já instalados.”

Analise com atenção o dispositivo acima e, apontando os dispositivos constitucionais pertinentes e explicitando a posição do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema, responda: a medida adotada pelo Município do Rio de Janeiro é constitucional?

4) A lei estadual nº. 13.519 foi publicada em 9 de abril de 2006 no Diário Oficial do Estado do Paraná, com o intuito de proporcionar ao mercado consumidor estadual uma oferta de café mais saborosa do que o usualmente comercializado. Entre seus artigos, encontram-se os seguintes:

**Art. 5º.** Constará das embalagens de todo o café comercializado no Paraná um selo de qualidade emitido pela Secretaria Estadual de Agricultura, com fiscalização e aprovação técnica, através de laudo laboratorial a ser fornecido pelo Instituto Agrônomo do Paraná — IAPAR.

**Art. 6º.** Mensalmente, a Secretaria Estadual de Agricultura verificará se todos os produtos comercializados possuem o selo de qualidade, sob pena de pagamento pela empresa responsável de multa entre R\$ 1.000 (mil reais) e R\$ 10.000 (dez mil reais).

a) A Confederação Nacional da Indústria o consulta a respeito da constitucionalidade da lei. Emita seu parecer sobre o caso.

b) Seu parecer seria diferente caso o Art. 1º da lei determinasse que esta seria aplicável apenas às sociedades de economia mista dedicadas à produção e comercialização de café? Explique.

c) Suponha que, preocupado com a reputação do Estado como produtor de café de excelente qualidade, o Governador do Paraná resolvesse editar um Decreto determinado a criação de uma sociedade de economia mista comprometida com a excelência na produção de café. Essa medida seria constitucional?





## BLOCO III — AS FORMAS DE ATUAÇÃO DO ESTADO NO PROCESSO ECONÔMICO

### INTRODUÇÃO

No Bloco I, discutimos como as Constituições definem a “ordem econômica” em cada sociedade, determinando o papel que o Estado e a iniciativa privada terão em atividades que vão da exploração de petróleo até o ensino. Algumas mensagens, idéias-chave e questões em aberto foram se cristalizando ao longo das discussões, dentre as quais podemos destacar as seguintes:

- Primeiro, percebemos que, embora a “ordem social e econômica” só passe a constar na pauta constitucional a partir das Cartas do México de 1917 e de Weimar de 1919, toda Constituição reflete decisões econômicas, ainda que não contenha um capítulo explícito sobre “ordem econômica”;
- Segundo, O mercado possui uma forma jurídica, que, em um “Estado Liberal”, está associada basicamente à positivação de direitos que garantem uma esfera de *não-intervenção* do Estado. O papel do Estado é basicamente o de cumprir e fazer cumprir as regras que protegem a autonomia individual (propriedade, liberdade etc). Contudo, com a mudança da concepção acerca do papel do Estado, ligada ao que se convencionou chamar de “Estado de Bem-Estar Social”, muda também a “pauta constitucional”.
- Terceiro, essa mudança de conteúdo das Constituições — com a inserção explícita de normas relativas a direitos sociais, culturais e econômicos — eventualmente traz consigo uma mudança também da *função* das Constituições. Ao lado das “Constituições-Garantia”, que determinam apenas os quadros básicos de exercício do poder na sociedade, começam a surgir “Constituições Dirigentes”, assim chamadas pela pretensão — expressa em suas normas — de *conduzir* a transformação da sociedade em uma determinada direção escolhida pelo constituinte.
- Quarto, as disputas e problemas ligados à regulação constitucional da economia têm como pano de fundo comum a *distribuição de papéis a diferentes atores* — *Estado, Mercado e Terceiro Setor*. Dessa forma, cada Constituição pode ser entendida como um conjunto de decisões relativas a esse pano de fundo.



Agora, é hora de analisar em detalhes quais afinal foram as decisões econômicas estão expressa ou implicitamente consagradas no texto Constitucional. Neste bloco, vamos nos concentrar especificamente na exploração das formas de atuação do Estado no processo econômico *previstas na atual Constituição* — ou seja, já levando em conta a distância da intenção original de 1988 criada com as reformas constitucionais da década de 90.

**AULAS 5, 6 E 7 — O ESTADO REGULADOR****BIBLIOGRAFIA***Obrigatória*

- Gustavo Binenbojm. “Do Executivo unitário à Administração Pública Policêntrica”, **in Uma teoria do Direito Administrativo**. 2ª edição. Ed: Renovar, pp. 243 — 305.

*Complementar*

- Alexandre dos Santos Aragão. **Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- Maria Garcia. “As Agências Reguladoras e a Reforma do Estado”, **in Revista de Direito Constitucional e Internacional** — Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. V.10, n.40, jul/set 2002.
- Gustavo Binenbojm. “Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil”, **in Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n3, ago/set/out 2005. Disponível no site: <http://www.direitodoestado.com.br>.
- José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed., 2005, pp. 799 — 811.
- Luís Roberto Barroso. “Constituição, Ordem Econômica e Agências Reguladoras”, **in Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n1, fev/mar/abr 2005. Disponível no site: <http://www.direitodoestado.com.br>.
- Tércio Sampaio Ferraz Jr. “Congelamento de Preços — Tabelamentos Oficiais”, **in Revista de Direito Público**, n. 91, p. 76-86, maio 1989 (trecho selecionado)
- Eros Roberto Grau. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. Pp.92-110 e 277-311.

**1. NOTA AO ALUNO**

Como se viu nas aulas anteriores, o Direito Constitucional contemporâneo extrapolou a clássica definição de que a Constituição cuidava simplesmente da estruturação do Estado e da proteção aos direitos fundamentais. Dentro dessa nova perspectiva, viu-se que o texto constitucional pode ser um



importante instrumento de orientação da política econômica a ser seguida pelos governos.

Pode, até mesmo, servir de instrumento para a transição para um modo de produção distinto do até então adotado, como aconteceu de forma explícita com a Constituição Portuguesa de 1976.

Reconhecendo que a Constituição de 1988 abraça o modelo capitalista de produção, nas palavras de José Afonso da Silva, “*a participação do Estado na economia será uma necessidade, enquanto, no sistema capitalista, se busque condicionar a ordem econômica ao cumprimento de seu fim de assegurar existência digna a todos, conforme ditames da justiça social e por imperativo de segurança nacional*”<sup>18</sup>.

No caso da Constituição de 1988, esse novo papel da Lei Maior foi bastante ressaltado, tendo em vista a amplitude da Carta Constitucional. Política econômica e reforma constitucional andaram de braços dados a partir de 1988. Não foi por outro motivo que a aula passada foi dedicada ao estudo das alterações do texto constitucional necessárias à acomodação das transformações trazidas pelos projetos econômicos aprovados nas urnas.

Nesse contexto, é importante compreender o papel desempenhado pelo Estado brasileiro. Com efeito, sua maior ou menor participação no processo econômico leva a resultados absolutamente distintos. Mas, embora essa seja uma noção instintiva, quando se fala em maior ou menor participação estatal na vida econômica, é preciso entender as implicações jurídicas de cada forma de atuação do Estado no processo econômico.

Como, afinal, o Estado atua no processo econômico?

De acordo com a Constituição, o Estado atua basicamente no processo econômico por dois meios distintos, quais sejam: (i) através da regulação; ou (ii) através da participação direta na atividade econômica.

As próximas três aulas vão tratar da atuação estatal no processo econômico através da regulação.

O objetivo destas aulas é, além da apresentação dos limites constitucionais ao poder regulador do Estado, discutir o papel das chamadas “Agências Reguladoras” e comparar o papel delas no direito brasileiro com o papel das mesmas no direito norte-americano, sua fonte de inspiração. Com isso, a idéia é mostrar as adequações e problemas do modelo brasileiro.

Sem esvaziar o futuro curso de Direito Administrativo, serão apresentadas aos alunos as principais Agências Reguladoras e seus respectivos papéis na regulação dos diferentes setores da economia nas quais as mesmas atuam.

O caso final da aula se presta à discussão de dois temas importantes: (i) o papel do Banco Central do Brasil na regulação do sistema financeiro nacional; e (ii) a importância ou não da autonomia daquele, bem como a consequência prática de tal autonomia para o processo econômico no país.

---

<sup>18</sup> Ob. Cit., p. 801.



### 3.1. CASO I<sup>19</sup>

A Lei Estadual nº 10.931/97 criou a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul — AGERGS. Através da Lei Estadual nº 11.292/98, foram procedidas alterações na redação dos artigos 3º, 4º, 6º, 7º, 8º, 10, 12, 13, 14 e 15 da Lei Estadual nº 10.931/97. Os artigos 7º e 8º da Lei Estadual nº 10.931/97 passaram a vigorar com a seguinte redação:

**Art. 7º** — O Conselheiro [da Agência] terá mandato de 04 (quatro) anos, será nomeado e empossado somente após aprovação de seu nome pela Assembléia Legislativa, devendo satisfazer, simultaneamente as seguintes condições:

- I — ser brasileiro;
- II — ser maior de idade;
- III — ter habilitação profissional de nível superior;
- IV — ter reputação ilibada e idoneidade moral;
- V — possuir mais de cinco (05) anos no exercício de função ou atividade profissional relevante para os fins da AGERGS.

**Art. 8º** — O Conselheiro só poderá ser destituído, no curso de seu mandato, por decisão da Assembléia Legislativa.

O Governador do Estado do Rio Grande do Sul, Olívio Dutra, propôs ação direta de inconstitucionalidade com base nos artigos 2º, 37, II *in fine*, e 84, XXV, da Constituição Federal.

Argumentou o Governador que, por força do artigo 37, II, da CF, somente existem duas formas de se prover o cargo público (além da exceção prevista no artigo 37, IX): por concurso ou por nomeação para cargo em comissão. Desta forma, o artigo 8º da Lei Estadual nº 10.931/97 ao condicionar a exoneração dos Conselheiros da AGERGS à decisão da Assembléia Legislativa torna sem efeito a livre exonerabilidade dos ocupantes de cargo de provimento em comissão pelo Chefe do Poder Executivo, prevista na parte final do inciso II, do artigo 37, da Constituição Federal.

Além disso, o artigo 7º da referida Lei Estadual submete a nomeação e posse dos Conselheiros à prévia aprovação da Assembléia, o que, em tese, agrediria o artigo 84, XXV, da Constituição Federal, aplicável ao Executivo Estadual por força do artigo 25 da Constituição Federal. Da mesma forma, este dispositivo seria contrário às prerrogativas do Executivo, ao livre provimento e à livre exonerabilidade de pessoas em cargos em comissão e à separação dos poderes.

<sup>19</sup> Caso extraído da Ação Direta De Inconstitucionalidade 1949-0, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence.



O controle sobre a seleção dos membros das Agências Reguladoras é um importante ponto para a definição da autonomia das mesmas. No caso narrado, a lei enfrentada pelo Governador assegura a imparcialidade dos gestores da AGERSGS? E se a mesma for derrubada? Como Ministro do STF, indique como você decidiria o caso.

### 3.2. CASO II

A ANATEL é uma agência reguladora, “caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira” (art. 8º, § 2º, da Lei n. 9.427/97).

Para atender aos seus objetivos, tem competência para “adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras” (art. 19, caput, da Lei n. 9.427/97), podendo, dentre outras coisas: (i) “expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público” (inc. IV); e, ainda, (ii) “expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado” (inc. X).

Com base nessa última competência, a ANATEL editou a Resolução n. 426, que regula a telefonia fixa e, em seu art. 11, garante aos usuários, dentre outros, os seguintes direitos: “à liberdade de escolha de sua prestadora de serviço, em suas várias modalidades”; “ao tratamento não discriminatório quanto às condições de acesso e fruição do serviço, em suas várias modalidades;” “à informação adequada sobre condições de prestação do serviço, em suas várias modalidades, facilidades e comodidades adicionais, suas tarifas ou preços;” “ao detalhamento da fatura, para individualização das ligações realizadas, nos termos da regulamentação;” “ao conhecimento prévio de toda e qualquer alteração nas condições de prestação do serviço que lhe atinja direta ou indiretamente;” “à suspensão ou interrupção do serviço prestado, quando solicitar;” “à obtenção gratuita, mediante solicitação encaminhada ao serviço de atendimento de usuários mantido pela prestadora, da não divulgação do seu código de acesso em relação de assinantes e no serviço de informação de código de acesso de assinante do STFC;” “à portabilidade de código de acesso, observadas as disposições da regulamentação;” “de não ser cobrado, em nenhuma hipótese, por chamada telefônica não completada;” “de não ser cobrado por chamada telefônica dirigida à central de informação e de atendimento ao usuário da prestadora;” etc.

Direito assegurados aos usuários e obrigações impostas às operadoras de telefonia fixa.



Agora, imagine que o Procurador Geral da República decidiu propor Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, nela impugnando o artigo 19, incisos IV e X, da Lei nº 9.427/97, bem como o art. 11 da Resolução nº 426 da ANATEL. Exponha os argumentos favoráveis e contrários à pretensão do Procurador Geral da República e, ao final, na qualidade de Ministro(a) do STF decida a questão, de forma fundamentada.

#### 4. CONCEITOS

Poder Regulamentar; Regulação Setorial; Agências Reguladoras; Independência das Agências Reguladoras; Autarquia; Limites ao Poder Regulamentar; Banco Central; Autonomia do Banco Central; Sistema Financeiro Nacional.

#### 5. QUESTÕES DE PROVA

1) No Brasil, em tema de agências reguladoras independentes, há enorme divergência a respeito dos seguintes temas:

a) a constitucionalidade do poder normativo que tem sido atribuído às Agências Reguladoras; e

b) a constitucionalidade da estabilidade provisória atribuída aos seus dirigentes.

c) a compatibilidade do modelo adotado com o princípio democrático.

Disserte sobre o assunto, abordando eventuais controvérsias existentes na doutrina e na jurisprudência.

2) A ANATEL é uma agência reguladora dotada de ampla autonomia e que tem competência, na forma da lei em vigor, para (i) “expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público” (inc. IV); e, ainda, (iii) “expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado” (inc. X). Pergunta-se: É constitucional o art. 19, incisos I, IV e X da Lei 9.427/97 (aborde todas as posições existentes sobre o tema)?

3) Em tema de agências reguladoras, controverte a doutrina a respeito da constitucionalidade do mandato fixo de seus dirigentes. Igualmente, há enorme divergência a propósito de seu vasto poder normativo. Disserte sobre tais questões, abordando todas as posições existentes sobre o tema.

**AULAS 8 E 9 — O ESTADO EMPRESÁRIO****BIBLIOGRAFIA:***Obrigatória*

- Celso Antonio Bandeira de Melo. “Sociedades Mistas, Empresas Públicas e o Regime de Direito Público”. **Revista Diálogo Jurídico**, n.13, abril/maio de 2002. Disponível no site [http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_13/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-CELSO-ANTONIO-BANDEIRA-MELLO.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_13/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-CELSO-ANTONIO-BANDEIRA-MELLO.pdf)
- STF MS 23.875-5 — DF. Min Relator Carlos Velloso. Votos dos Ministros Carlos Velloso e Ilmar Galvão.

*Complementar*

- Alberto Venâncio Filho. **A Intervenção do Estado no Domínio Econômico**. Rio de Janeiro: FGV, 1968.

**1. NOTA AO ALUNO:**

Este bloco, de duas aulas, é dedicado a dois temas: (i) ao estudo da forma de atuação do Estado no processo econômico através da exploração direta da atividade econômica; e (ii) ao estudo da atuação do Estado como prestador de serviços públicos. A idéia aqui é fazer com que o aluno compreenda que o Estado além de mero regulador pode ser também partícipe da atividade econômica. E mais: que a estrutura constitucional vai determinar como isso irá ocorrer.

Nesta aula, você deve procurar compreender a importância da atuação do Estado em determinadas áreas da economia e a diferença que isto pode fazer no seu dia a dia. Veja, por exemplo, o Banco do Brasil e a Petrobrás.

No campo da exploração direta da atividade econômica, outro tema a ser aprofundado está no fato desta ser regida pelo princípio da livre iniciativa, o que faz com que a posição das empresas estatais não deva ser de supremacia em relação aos demais atores participantes do mercado.

Além disso, a atuação direta do Estado como agente econômico não é uma opção a ser adotada livremente, ao arbítrio do Poder Público. Só é constitucionalmente admissível dentro de certas condições. Conforme determina o art. 173 da Constituição, “a exploração direta da atividade econômica pelo Es-





*tado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo*". Mas quando é que isso vai ocorrer? Quem afinal decide se é relevante ou não?

Uma questão importante diz respeito aos instrumentos por meio dos quais o Estado pode realizar referida exploração direta, ou seja, as empresas públicas, sociedades e economia mista e demais entidades estatais e paraestatais. Como se criam, se organizam se extinguem essas instituições jurídicas, necessárias para a exploração estatal de atividade econômica?

Já no que toca à prestação dos serviços públicos a abordagem do tema é diversa. Com efeito, será esta sempre submetida a um regime de direito público, justamente para resguardar o interesse público envolvido. No entanto, é importante perceber que embora a titularidade do serviço público seja sempre estatal, nem sempre a sua prestação ocorre diretamente através de uma de suas empresas.

De fato, o art. 175 da Constituição determina que "*impõe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos*". Portanto, outra questão importante que tangencia os temas acima é o da concessão dos serviços públicos.

Você deverá encerrar este bloco de aulas com noções do que venha a ser uma concessão, quais suas principais características, normas organizadoras e, especialmente, como se dá a relação das empresas concessionárias com as Agências Reguladoras, estudadas nas aulas anteriores.

Por fim, o último tema que não pode faltar é o dos monopólios estatais. Procure pensar nos prós e contras das atividades monopolistas e entender o tratamento constitucional do tema.

### 3.1. CASO I

Para explorar o potencial petrolífero da camada do pré-sal, o Governo Federal deseja criar uma nova empresa pública, denominada Administração de Petróleo e Gás Natural S.A., a PETROSAL. O principal papel da empresa seria o de gerir os contratos de partilha de produção e os contratos de petróleo e gás natural da União, além de avaliar técnica e economicamente e auditar os projetos de exploração. O Governo pretende dar à nova empresa contornos de uma administração gerencial nos moldes de um modelo de gestão baseado na eficiência administrativa.

Para tal fim, o Presidente da República decide criar um grupo de trabalho para avaliar qual seria o regime jurídico a ser adotado pela Administração de Petróleo e Gás Natural S.A., a PETROSAL.



Agora, imagine que você foi convidado para ocupar a presidência do grupo de trabalho e tem que responder à consulta formulada pelo Chefe do Poder Executivo Federal.

Elabore parecer a respeito do tema, respondendo às seguintes indagações:

- É possível que os funcionários da PETROSAL sejam contratados com base em processo seletivo composto de análise de currículo e seguidas entrevistas com os diferentes níveis de administração da empresa, tendo como critérios para a escolha o nível de escolaridade, a experiência profissional nas áreas relevantes e a adequação do candidato ao perfil da empresa?
- Pode o estatuto social da empresa estabelecer que a contratação de empresas terceirizadas para os serviços auxiliares caberá discricionariamente à Diretoria da PETROSAL?
- É possível o envio de projeto de lei ao Congresso Nacional, estabelecendo isenção de todos os tributos federais, nos primeiros cinco anos de existência da empresa, para estimular a exploração do petróleo na camada do pré-sal?
- Caso se tratasse de uma empresa pública destinada à prestação do serviço de engenharia de tráfego, como é o caso da CET-RIO, seu parecer mudaria em algum aspecto?
- É possível a criação da PETROSAL por Decreto do Chefe do Poder Executivo?

### 3.2 CASO II<sup>20</sup>

Em 1997, o Tribunal de Contas da União determinou ao Banco do Brasil — Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S.A., sob pena de responsabilidade solidária, a instauração de “Tomada de Contas Especial” do Sr. Ronaldo Teixeira Guimarães, funcionário do banco, pelo prejuízo causado em decorrência de operações na BOVESPA sem atentar para normas internas da Instituição que regulam o assunto.

A empresa Banco do Brasil — Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S.A. impetrou o Mandado de Segurança, sustentando:

- (i) a incompatibilidade do instituto da Tomada de Contas Especial com o regime jurídico da CLT (regime ao qual estão submetidos os

<sup>20</sup> Caso extraído do Mandado de Segurança 23.875-5 (Distrito Federal), Relator: Ministro Carlos Velloso.



empregados do banco), porque a referida empresa é sociedade anônima regida pelas normas de direito privado, não tendo seus empregados dever de prestar contas ao TCU;

(ii) a necessidade de caracterização do dano ao erário para a instauração da Tomada de Contas Especial (dano ao Banco do Brasil não significa dano ao erário, o prejuízo seria aos acionistas);

(iii) que a participação majoritária do Estado na composição do capital não transmuda seus bens em públicos, de modo que os bens e valores questionados não são os da Administração Pública, mas os geridos considerando-se a atividade bancária por depósitos de terceiros e administrados pelo banco comercialmente.

A empresa Banco do Brasil — Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S.A. postulou a concessão da segurança para que fique desobrigada, definitivamente, a promover a instauração de tomada de contas especial contra seus funcionários, em qualquer caso.

O presidente do TCU sustentou, inicialmente, o descabimento de Mandado de Segurança contra lei em tese, já que a impetrante estaria questionando obrigação disciplinada pela lei nº 8.443/92, e inexistência de direito líquido e certo, uma vez que não há menção ao preceito que sustente a pretensão requerida. No mérito, afirmou que:

(i) estão incluídas na previsão do artigo 70 e 71, II, da Constituição Federal, as entidades da Administração Indireta e a atuação do Tribunal de Contas se estende a situações que onerem indiretamente o erário;

(ii) é aplicável a tomada de contas especial dado que a União, como acionista controlador, assume a responsabilidade decorrente dos atos praticados por dirigentes ou empregados de sociedade de economia mista;

(iii) as sociedades de economia mista estão sujeitas à fiscalização estatal, sujeitando-se a um regime jurídico híbrido;

(iv) há previsão legal expressa para a tomada de contas especial.

Como Ministro do Supremo Tribunal Federal, como você decidiria este caso?



#### 4. CONCEITOS:

Exploração direta da atividade econômica; empresa pública; sociedade de economia mista; prestação de serviços públicos; concessão de serviços públicos; poder concedente; parceria público-privada; criação de empresas estatais; monopólios estatais.

#### 5. QUESTÕES DE PROVA

1) A Lei nº 23.478/2009, do Município de Cataguazes, criou a Empresa Municipal de Limpeza e Urbanização — EMLURB, empresa pública, dotada de personalidade jurídica de direito privado e com capital integralmente detido pelo Município. Compete à referida empresa, nos termos de seu Estatuto Social, a limpeza da Cidade e a realização de obras de urbanização. O Artigo 12 da referida lei estabelece o seguinte:

“Art. 12. A EMLURB gozará de isenção quanto aos tributos municipais, não respondendo pelo pagamento de IPTU sobre os seus imóveis e nem de ISS sobre as suas atividades.”

Suponha, agora, que você é assessor jurídico da EMLURB e é consultado a respeito da constitucionalidade do referido artigo 12. Pergunta-se:

a) É constitucional o art. 12 da Lei nº 23.478/2009? (1,0 ponto)

b) A sua opinião seria diferente caso a empresa estatal em questão fosse uma instituição financeira, como, por exemplo, a Caixa Econômica Federal? (1,0 ponto)

Justifique ambas as respostas, apontando os dispositivos constitucionais pertinentes ao caso.

2) Parte substancial do mercado brasileiro de brinquedos é dominada pela venda de bonecos e bonecas. Para os meninos, bonecos de ação; para as meninas, as tradicionais bonecas, ainda que com roupas e acessórios não tão tradicionais. Além desses, os videogames em geral continuam a representar uma parcela crescente das vendas. Nesse cenário, preocupado com a falta de brinquedos educativos no mercado brasileiro e consciente da importância desses brinquedos na formação dos futuros cidadãos brasileiros, a Governadora do Rio de Janeiro resolve criar uma sociedade de economia mista para produzir e



comercializar brinquedos pedagógicos ou que estimulem a consciência cívica e a participação cidadão.

a) A medida que a Governadora pretende adotar encontra respaldo constitucional? Indique os procedimentos necessários para sanar a eventual inconstitucionalidade.

b) Uma vez criada essa sociedade de economia mista, seria constitucional uma lei que reduzisse a carga tributária incidente sobre a sua produção, tendo em vista as suas finalidades sociais?

c) Imagine que, em vez de adotar as medidas acima indicadas, a Governadora resolvesse editar uma lei determinando que pelo menos 50% da produção de brinquedos no país deve ser de caráter educativo ou de alguma forma estimular a cidadania. Esta lei seria constitucional?

3) Em 7 de maio de 1927, foi criada a Viação Aérea Rio-Grandense — a Varig. Durante os seus muitos anos de vida a Varig, já transportou mais de 210 milhões de passageiros, sendo certo que, hoje, emprega perto de 9 mil pessoas diretamente, gerando mais um contundente número de empregos indiretos.

Embora tenha tido uma história de sucesso por muitos anos, há tempos a Varig vai mal das pernas, sendo hoje devedora de aproximadamente R\$7 bilhões. Em virtude deste fato, nas últimas semanas diversas têm sido as notícias de que a Justiça do Estado do Rio de Janeiro deverá decretar a falência da Varig.

Suponha que, tendo em vista tal cenário, a Governadora do Estado do Rio de Janeiro resolva criar uma sociedade de economia mista estadual para explorar a prestação do serviço público de navegação aérea, em substituição à Varig. Em outras palavras, a idéia é que seja criada uma empresa estadual para assumir a concessão das linhas até então detidas pela Varig, no caso de falência desta empresa. A justificativa da Governadora para a criação da empresa é a de que existe, no caso, relevante interesse público.

#### Perguntas:

- a) A intenção da Governadora do Rio de Janeiro encontra amparo na Constituição da República? Justifique.
- b) Como poderia ser classificada a forma de atuação do Estado do Rio de Janeiro no processo econômico no caso apresentado? Discorra sobre o tema.



A BR Distribuidora — empresa subsidiária da Petrobras — informou que o Tribunal de Contas da União (TCU) proferiu decisão proibindo-a de dar mais crédito à Varig, prorrogando os prazos que a empresa aérea teria para saldar as dívidas relativas ao fornecimento de querosene para a manutenção das aeronaves. Criticando a decisão, a BR Distribuidora argumenta que a concessão de mais crédito aos clientes habituais, mesmo com risco de inadimplência, é uma prática corrente no seu ramo de negócios, tanto no Brasil quanto no exterior. Tendo em vista ser a BR uma sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica, você considera constitucional a decisão do TCU? Justifique sua resposta com base na Constituição e no texto de Celso Antônio Bandeira de Mello (“Sociedades Mistas, Empresas Públicas e o Regime de Direito Público”).

4) O Decreto-lei n. 509 criou a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), empresa pública, dotada de personalidade jurídica de direito privado e com capital integralmente detido pela União Federal. O Artigo 12 deste Decreto-lei dispunha que a ECT se beneficiaria dos mesmos privilégios fiscais concedidos à Fazenda Pública:

Art. 12. A ECT gozará de isenção de direitos de importação de materiais e equipamentos destinados aos seus serviços, dos privilégios concedidos à Fazenda Pública, quer em relação a imunidade tributária, direta ou indireta, impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, quer no concernente a foro, prazos e custas processuais.

Imagine, agora, que foi ajuizada uma ADPF atacando o Artigo 12 do Decreto-lei n. 509, com base no Artigo 173 da Constituição Federal, e responda:

- a) Como Ministro/a do Supremo Tribunal Federal, como você decidiria o caso?
- b) Seu voto mudaria caso a empresa em questão fosse o Banco do Brasil? Justifique.

**BLOCO IV — A ORDEM SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO****INTRODUÇÃO**

A Constituição inaugura o título “Da Ordem Social” colocando o trabalho como a *base* da ordem social no Brasil, e o bem-estar coletivo e a justiça social como os seus *objetivos* (artigo 193). Como observa José Afonso da Silva, nesse aspecto “*a ordem social se harmoniza com a ordem econômica, já que está se funda também na valorização do trabalho e tem como fim (objetivo) assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.*”<sup>21</sup>

Contudo, apesar desta dupla unidade normativa — de fundamento e de objetivos —, o título “Da Ordem Social” é na verdade um conjunto de dispositivos com pouca relação *substancial* necessária entre si. De fato, a Constituição abriga neste título matérias tão díspares quanto ciência e tecnologia, de um lado, e proteção à infância, à adolescência e ao idoso, de outro, passando por temas como desporto, meio ambiente e a previdência social.<sup>22</sup> Assim, ao contrário da estratégia adotada na condução das aulas anteriores, neste bloco não tentaremos analisar os dispositivos referentes à “ordem social” partindo de qualquer critério unificador ou sistematizador.

Existem, porém, algumas mensagens didáticas que sublinham todas as aulas, independentemente do seu conteúdo específico, e que precisam ser enfatizadas neste momento.

Primeiro, como você provavelmente notará, muitas das questões abordadas nas próximas aulas já foram no mínimo indiretamente discutidas nas disciplinas anteriores de Direito Constitucional. Isto se deve ao fato de que o artigo 193 — que abre o título “Da Ordem Social” — reproduz valores e decisões políticas já enunciados em diversos outros dispositivos da Constituição, em especial nos objetivos fundamentais da República (art. 3º) e na seção relativa aos Direitos Fundamentais (arts 5º e seguintes).<sup>23</sup>

Nem por isso, porém, os dispositivos e os casos em torno dos quais serão conduzidas as aulas deste bloco podem ser considerados “supérfluos”, ou “redundantes”, pois é só com base neles que podemos discutir em detalhes as instituições e sistemas criados e delineados pela própria Constituição para promover aqueles direitos e metas que já aparecem em dispositivos anteriores. Pense, por exemplo, no direito à educação, positivado no artigo 6º. Quais os instrumentos constitucionais para a sua concretização? A que órgãos incumbe o dever de promover a educação no país? Quem pode explorar a atividade de ensino, e sob que condições? O que o Poder Público precisa fazer para se exonerar da sua responsabilidade para com o ensino? Quem determina o conteúdo do ensino? São perguntas que o artigo 6º inevitavelmente coloca, mas não nos ajuda a responder. Para tanto, é preciso recorrer ao subsistema

<sup>21</sup> Curso de Direito Constitucional Positivo, 9ª ed.. São Paulo: Malheiros, 1992, p.705.

<sup>22</sup> Como observa José Afonso da Silva, “*Ciência e Tecnologia e Meio Ambiente só entram no conceito de ordem social, tomada essa expressão em sentido bastante alargado*” (op. Cit, p.706).

<sup>23</sup> Cf., nesse sentido, Ives Gandra Martins e Celso Ribeiro Bastos, *Comentários à Constituição do Brasil*, v. VIII, São Paulo: Saraiva, 1998. P.04.



constitucional desenhado para promover o direito à educação, determinando — entre outros detalhes relevantes — *o quê* deve ser feito e *quem* deve agir para que se cumpra o direito positivado no artigo 6°. Esse subsistema normativo é delineado nos artigos da “Ordem Social” referentes à educação. O mesmo vale para temas como previdência social, direito à saúde, patrimônio cultural e meio ambiente, entre outros.

Assim, ao se preparar para as próximas aulas, tenha em mente que, como profissional do Direito, você não pode se contentar em saber apenas que “todos têm direito à saúde”, ou que “a Constituição protege as manifestações culturais”. É preciso compreender *como* esses direitos e garantias são efetivados, e o título “Da Ordem Social” é uma etapa obrigatória nesse percurso.

Segundo, o conteúdo de direitos à saúde e à educação, por exemplo, consiste em prestações de serviços que invariavelmente possuem potencial econômico. Isto é válido ainda que o Estado tenha o monopólio sobre essas prestações em uma dada sociedade, já que, como observa Eros Grau, é um equívoco identificar o adjetivo econômico exclusivamente com “produção”, e não com “distribuição”.<sup>24</sup> O caráter econômico dessas atividades fica mais evidente quando a Constituição abre espaço para a atuação do setor privado (e do setor público não-estatal, ou “Terceiro Setor”) na sua realização. Assim, na interpretação e aplicação dos dispositivos relativos à ordem social, procure estar atento para as possibilidades de se abrir espaço para a incidência de normas relativas à Ordem Econômica, como, por exemplo, a liberdade de iniciativa.

<sup>24</sup> *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp.70-71. Criticando a separação constitucional entre “Ordem Econômica” e “Ordem Social”, o autor assevera: “(...) a menção a *uma* ordem social (seja *econômica* e *social* ou tão-somente *social*) como subconjunto das normas constitucionais poderia nos levar a indagar de caráter das demais normas constitucionais – não teriam elas, acaso, também caráter constitucional? O fato é que toda a ordem jurídica é social, na medida em que voltada à ordenação social.” (op. Cit, p.71).



**AULA 10 — A PREVIDÊNCIA E SUAS REFORMAS****BIBLIOGRAFIA***Obrigatória*

- Matérias do Jornal O Globo. “**Grave descompasso**” e “**Eventuais ajustes**”. Ricardo Berzoini.
- Valmir Pontes Filho. Direito Adquirido ao Regime de Aposentadoria. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ — Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 8, novembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>.
- STF ADI 3.104-0 DE. Votos dos Ministros Carlos Britto, Cezar Peluso Gilmar Mendes sobre a contribuição dos inativos (editado).

**COMPLEMENTAR.**

- Paulo Modesto. “Reforma Administrativa e Direito adquirido”. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, CAJ — Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 8, novembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. (trechos selecionados pelo professor)
- Luís Roberto Barroso. “Constitucionalidade e legitimidade da Reforma da Previdência (ascensão e queda de um regime de erros e privilégios)”. **Temas de Direito Constitucional**, v.III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- Marcelo Leonardo Tavares. **Direito Previdenciário**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- Paulo Modesto (org.). **Reforma da Previdência**. São Paulo: Fórum, 2004.
- José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. Tópico “Da Seguridade Social”, capítulo da seção “Da Ordem Social”.
- Luís Roberto Barroso. “A Segurança Jurídica na Era da Velocidade e do Pragmatismo”. **Temas de Direito Constitucional**, v.II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.



## 1. NOTA AO ALUNO

No início do curso, discutimos algumas dos detalhes jurídicos que um Estado minimamente “liberal” e “capitalista” deve possuir. No bloco passado, discutimos em detalhes alguns desses detalhes que estão presentes na ordem econômica da Constituição de 1988, mais especificamente a livre iniciativa e a livre concorrência. Agora, pense no seguinte: se a iniciativa é livre, isto significa que as pessoas têm o *direito* inclusive de cometer os próprios erros na exploração da atividade econômica. Se a concorrência é livre, então necessariamente haverá pessoas mal-sucedidas na competição por uma fatia do mercado. Além disso, é sempre possível que um trabalhador ou trabalhadora sofra um acidente que o(a) impeça de continuar exercendo sua profissão e sustentando sua família. O que acontece com essas pessoas?

A noção de “seguridade social” está relacionada justamente com esse tipo de preocupação. Mesmo que, em um regime capitalista, o Estado não possa substituir o funcionamento da concorrência, nem dizer às pessoas *como* elas devem exercer a sua iniciativa econômica, ele possui um papel complementar importante para a viabilidade do mercado no longo prazo: o de assegurar condições mínimas para o próprio exercício das liberdades econômicas tão caras aos defensores do Estado Liberal.

Essa ideia — de que o Estado deve ser responsável pela “seguridade social”, fornecendo uma “rede de segurança” a partir do qual a livre iniciativa e o mercado podem funcionar de forma menos “selvagem” — está intimamente ligada ao advento da noção de “Estado de Bem Estar”. Nas próximas duas aulas, vamos discutir um dos subsistemas constitucionais que concretizam o ideal da Seguridade Social: a previdência.

O sistema da Previdência Social funciona fornecendo proteção aos trabalhadores em caso de infortúnios decorrentes de doença, invalidez, velhice, morte e maternidade, possibilitando a percepção de aposentadorias, pensões etc, mediante contribuição. No ordenamento jurídico brasileiro, a administração deste sistema é atribuída ao Ministério da Previdência e Assistência Social e é exercida pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), uma autarquia pública federal que responde diretamente ao Ministério.

A Previdência Social entrou na pauta das Constituições brasileiras na Assembleia Constituinte de 1934.<sup>25</sup> Na época, porém, a referência constitucional ao tema era sucinta, e boa parte das decisões fundamentais sobre a organização da Previdência eram deixadas pelo Constituinte dentro do âmbito da liberdade de atuação do legislador. Confira a redação do artigo 121:

“**Art. 121** — A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

<sup>25</sup> Vale notar que a Constituição de 1891 já previa a aposentadoria para os funcionários públicos, mas apenas em caso de invalidez decorrente do serviço à Nação (art.75). Cf. Ives Gandra Martins e Celso Ribeiro Bastos, *Comentários à Constituição do Brasil*, p.299.

§ 1º — A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte;”

Assim, a única exigência que a Constituição de 1934 fazia era de que o legislador devia *instituir a previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado*, além de determinar o tipo de incapacidade para o trabalho que deve ser coberto pelo sistema (velhice, invalidez, maternidade, morte e acidentes de trabalho).

Na Constituição de 1988, porém, o sistema da previdência social foi desenhado em alto nível de detalhamento (mantida a responsabilidade primária do Estado), diminuindo bastante a margem de manobra do legislador na interpretação da Constituição para a produção de leis relativas a este assunto.

Atualmente, no tocante à aposentadoria, a Previdência Social está organizada em torno da idéia de *contribuição* — o trabalhador precisa *contribuir* com uma parcela de sua remuneração para fazer jus a uma aposentadoria custeada pelo sistema previdenciário — isto é, para se tornar *beneficiário* da Previdência, para receber um *benefício previdenciário*. Esse caráter contributivo contrasta nitidamente com demais setores da Seguridade Social, em especial a Saúde e Assistência Social. As garantias prestadas por essas duas áreas estão abertas a todos que dela necessitem, independentemente de contribuição — daí se falar em *universalidade* de atendimento.

Dentro do sistema contributivo, o texto constitucional prevê a existência de dois Regimes de Previdência Social (RPS) distintos e separados:

- a) **Regime Geral** (RGPS), aplicável aos beneficiários da iniciativa privada, ou seja, os trabalhadores em geral, independentemente da categoria profissional a que pertençam e até mesmo da existência ou inexistência de vínculo empregatício (art. 201 da CF);
- b) Os **Regimes Próprios** (RPPS), disciplinados pelo artigo 40 da Constituição, que amparam os servidores públicos efetivos civis e militares. Os benefícios concedidos sob o Regime Geral são de responsabilidade da União, enquanto a Constituição prevê a responsabilidade de cada ente federativo pelos benefícios devidos a seus próprios servidores.

Os contornos atuais desse sistema — por exemplo, o seu *caráter contributivo* e a *obrigatoriedade de filiação* — não se devem inteiramente a decisões

do constituinte de 1988, mas sim a algumas reformas realizadas no final da década de 90 e início da década seguinte. Nesse sentido, as duas principais reformas no âmbito constitucional foram as Emendas Constitucionais n.20/98 e 41/03.

Contudo, esse tipo de reforma — independentemente do seu mérito ou da sua necessidade — nos coloca diante de um sério problema jurídico. A relação do trabalhador ou do servidor com o INSS é complexa, e não se esgota em um único ato jurídico. Ao contrário, é preciso preencher uma série de requisitos e realizar uma série de ações que se desenrolam no tempo. Imagine, por exemplo, que você começa a trabalhar como advogado hoje, contribuindo regularmente com o INSS e prevendo que vai conseguir uma aposentadoria nos termos das regras constitucionais e infraconstitucionais hoje vigentes. O que acontece se essas regras mudam daqui a 10 anos, quando você ainda não conseguiu se aposentar? Você precisa se sujeitar às novas regras, ou tem direito — *direito adquirido*, mais especificamente — a se aposentar de acordo com a legislação vigente quando começou a trabalhar?

Em última instância, o que está em jogo é a *segurança jurídica*. As figuras do *direito adquirido*, do *ato jurídico perfeito* e da *coisa julgada* são respostas do ordenamento jurídico brasileiro (e dos de muitos outros países) à necessidade de proteção de expectativas das pessoas de que certos aspectos de suas vidas não vão simplesmente ser virados do lado do avesso a cada nova mudança de legislatura. Na verdade, a incidência de novas leis sobre situações pretéritas — e a necessidade de se dar uma resposta socialmente aceitável para esse problema — é uma questão há muito reconhecida e enfrentada por diversos ordenamentos jurídicos.

Contudo, apesar da sua importância, é interessante notar que a proteção ao direito adquirido não entra diretamente na pauta Constitucional dos países ocidentais, *exceto no que diz respeito à aplicação de leis penais*. A Constituição americana de 1787, por exemplo, vedava apenas que a lei penal produzisse efeitos retroativos, com a fórmula: “*No bill of attainder or ex post facto law shall be passed*”.<sup>26</sup> De um modo geral, com exceção da matéria penal, as Constituições ocidentais — inclusive as contemporâneas — delinearão o respeito ao direito adquirido como algo que se encontrava na esfera de disponibilidade do legislador. Em outras palavras, nesses contextos a legislação poderia criar exceções à regra geral da proteção ao direito adquirido, sem que isso implicasse qualquer violação à Constituição.

Não é o caso do Brasil. A Constituição brasileira de 1988 protege expressamente o direito adquirido (art. 5º, XXXVI), tornando inválidas as normas infraconstitucionais que firam essa garantia. Contudo, o preço de se erigir a proteção ao direito adquirido ao nível constitucional — e, mais ainda, como uma possível candidata à categoria de “cláusula pétrea” — é a necessidade de se delinear muito bem quais são os limites desta proteção, sob pena de

---

<sup>26</sup> Art. 1º, séc.IX, cláusula 3.

completa estagnação social. É simples de se perceber o problema: se não fosse assim, a escravidão jamais teria sido abolida no país, por força dos “direitos adquiridos” dos proprietários de escravos, nem teria sido possível instituir a possibilidade legal do divórcio no país, devido à incidência do “direito adquirido” do outro cônjuge a um casamento indissolúvel.

Como os doutrinadores e operadores do direito resolvem esta tensão? Esse problema é explorado na bibliografia selecionada para este conjunto de aulas. Fazendo uma distinção, é claro: o conceito de “direito adquirido” protege certas coisas, e outras não. Na tentativa de construir um parâmetro para distinguir essas categorias, o Supremo Tribunal Federal e a doutrina brasileira vem reconhecendo de forma unânime que *não existe direito adquirido a regime jurídico*. Conforme já decidiu o STF, no caso específico da previdência, um trabalhador que já tenha se aposentado tem direito “ao *quantum* da aposentadoria, calculado de acordo com as leis do momento da aposentação [sic]”, de modo que este valor não pode ser reduzido por lei posterior, “mas não tem direito adquirido à persistência do sistema aplicado na sua aposentadoria”, porque “ninguém tem direito adquirido ao sistema legal, para conservar o sistema preexistente.”<sup>27</sup>

Nas próximas duas aulas, utilizaremos a noção de “direito adquirido” para tentar enfrentar alguns problemas práticos de constitucionalidade trazidos pela Emendas 20/98 e 41/03.

## 2. CASO — EMENDA CONSTITUCIONAL N.20/98

A Emenda Constitucional n.20/98 C 20 no Regime Geral de Previdência alterou as regras do regime especial de aposentadoria concedido a algumas categorias profissionais, mais especificamente a dos professores. Antes de 1998, e de acordo com o inciso III do artigo 202, os professores em atividade no Brasil tinham direito a um regime de aposentadoria com condições diferenciadas, nos seguintes termos:

**“Art. 202.** É assegurada aposentadoria, nos termos da lei, calculando-se o benefício sobre a média dos trinta e seis últimos salários de contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês, e comprovada a regularidade dos reajustes de salários de contribuição de modo a preservar seus valores reais e obedecidas as seguintes condições:

(...)

III — após trinta anos, ao professor, e, após vinte e cinco, à professora, por efetivo exercício de função de magistério.”

<sup>27</sup> RE n.92.511 (SC), Rel. Min. Moreira Alves. Julgado pela 2ª turma em 07.10.80.



Um mês após a promulgação da EC n.20/98, que alterou as regras acima, você é procurado em seu escritório por um professor de economia da Fundação Getulio Vargas. Ele conta que acabou de ter o seu pedido de aposentadoria negado pelo INSS, que levantou os seguintes argumentos:

- A atual redação da Constituição não prevê condições especiais de aposentadoria (tempo de contribuição reduzido) para professores do ensino superior. Como ele não tinha ainda decidido se aposentar na vigência da redação original do artigo 202 da Constituição, não poderia agora requerer a aposentadoria com base em normas já revogadas;
- Além disso, ainda que o caso em tese fosse de “direito adquirido”, é pacífico que não se pode opor a garantia do direito adquirido contra normas constitucionais.

Seu novo cliente confessa não saber muito bem o que é “direito adquirido”. Sabe apenas que, aos 50 anos de idade, 33 dos quais dedicados ao ensino superior, está cansado de trabalhar e quer se aposentar para escrever um livro de memórias e passar mais tempo. Por isso, procurou os seus serviços. Elabore uma argumentação favorável à pretensão de seu cliente, refutando os argumentos do INSS.

### 3. CONCEITOS

Seguridade Social, Previdência Social, Assistência Social, Contribuição, Aposentadoria, Pensão, Beneficiário, Proventos, Direito Adquirido, Expectativa de Direito, Regime Contributivo, Regime Solidário.

### 4. JURISPRUDÊNCIA

“Segundo a jurisprudência do STF, ‘o aposentado tem direito adquirido ao *quantum* de seus proventos calculado com base na legislação vigente ao tempo da aposentadoria, mas não aos critérios legais com base em que esse *quantum* foi estabelecido, pois não há direito adquirido a regime jurídico’ (RE 92.511, Moreira Alves, RTJ 99/1267).” (AI 145.522-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 26/03/99)

“Aposentadoria: proventos: direito adquirido aos proventos conformes à lei regente ao tempo da reunião dos requisitos da inatividade, ainda quando só requerida após a lei menos favorável (Súm. 359, revista): aplicabilidade a



fortiori, à aposentadoria previdenciária.” (RE 243.415, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 11/2/00)

“O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), ao contrário do que sucede com as cadernetas de poupança, não tem natureza contratual, mas, sim, estatutária, por decorrer da Lei e por ela ser disciplinado. Assim, é de aplicar-se a ele a firme jurisprudência desta Corte no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico. Quanto à atualização dos saldos do FGTS relativos aos Planos Verão e Collor I (este no que diz respeito ao mês de abril de 1990), não há questão de direito adquirido a ser examinada, situando-se a matéria exclusivamente no terreno legal infraconstitucional.” (RE 226.855, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 13/10/00)

“O constituinte, ao estabelecer a inviolabilidade do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, diante da lei (art. 5º, XXXVI), obviamente se excluiu dessa limitação, razão pela qual nada o impedia de recusar a garantia à situação jurídica em foco. Assim é que, além de vedar, no art. 37, XIV, a concessão de vantagens funcionais ‘em cascata’, determinou a imediata supressão de excessos da espécie, sem consideração a ‘direito adquirido’, expressão que há de ser entendida como compreendendo, não apenas o direito adquirido propriamente dito, mas também o decorrente do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Mandamento auto-exeqüível, para a Administração, dispensando, na hipótese de coisa julgada, o exercício de ação rescisória que, de resto, importaria esfumarem-se, ex tunc, os efeitos da sentença, de legitimidade incontestada até o advento da nova Carta.” (RE 140.894, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 09/08/96)

“A supremacia jurídica das normas inscritas na Carta Federal não permite, ressalvadas as eventuais exceções proclamadas no próprio texto constitucional, que contra elas seja invocado o direito adquirido.” (ADI 248, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 08/04/94)

“Os contratos submetem-se, quanto ao seu estatuto de regência, ao ordenamento normativo vigente à época de sua celebração. Mesmo os efeitos futuros oriundos de contratos anteriormente celebrados não se expõem ao domínio normativo de leis supervenientes. As conseqüências jurídicas que emergem de um ajuste negocial válido são regidas pela legislação em vigor no momento de sua pactuação. Os contratos — que se qualificam como atos jurídicos perfeitos (RT 547/215) — acham-se protegidos, em sua integralidade, inclusive quanto aos efeitos futuros, pela norma de salvaguarda constante do art. 5º, XXXVI, da Constituição da República. Doutrina e precedentes. A incidência imediata da lei nova sobre os efeitos futuros de um

contrato preexistente, precisamente por afetar a própria causa geradora do ajuste negocial, reveste-se de caráter retroativo (retroatividade injusta de grau mínimo), achando-se desautorizada pela cláusula constitucional que tutela a intangibilidade das situações jurídicas definitivamente consolidadas.” (AI 292.979-ED, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19/12/02)

“O princípio constitucional do respeito ao ato jurídico perfeito se aplica também, conforme é o entendimento desta Corte, às leis de ordem pública. Correto, portanto, o acórdão recorrido ao julgar que, no caso, ocorreu afronta ao ato jurídico perfeito, porquanto, com relação à caderneta de poupança, há contrato de adesão entre o poupador e o estabelecimento financeiro, não podendo, portanto, ser aplicada a ele, durante o período para a aquisição da correção monetária mensal já iniciado, legislação que altere, para menor, o índice dessa correção.” (RE 202.584, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 14/11/96)

“No tocante ao direito adquirido, pelo respeito ao ato jurídico perfeito, a impedir que, com relação à caderneta de poupança, em que há contrato de adesão, possa ser aplicada a ele, durante o período para a aquisição da correção mensal já iniciado, legislação que altere, para menor, o índice dessa correção, é entendimento já assentado por esta Corte.” (AI 210.680-AgR, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 26/06/98). No mesmo sentido: AI 561.676, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 14/10/05.

“Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado. O disposto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedente do STF. Ocorrência, no caso, de violação de direito adquirido. A taxa referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda. Por isso, não há necessidade de se examinar a questão de saber se as normas que alteram índice de correção monetária se aplicam imediatamente, alcançando, pois, as prestações futuras de contratos celebrados no passado, sem violarem o disposto no artigo 5º, XXXVI, da Carta Magna. Também ofendem o ato jurídico perfeito os dispositivos impugnados que alteram o critério de reajuste das prestações nos contratos já celebrados pelo sistema do Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP).” (ADI 493, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 04/09/92)





## 5. QUESTÕES DE PROVA

1) A Emenda Constitucional n.12, de 10 de fevereiro de 1999, estabeleceu a seguinte redação para o artigo 87 da Constituição do Estado do Amapá:

**Art. 87.** Os professores em atividade no estado, das redes municipal e estadual, receberão um adicional de 30% sobre seu vencimento bruto para cada 7 anos de dedicação ininterrupta ao ensino fundamental.

No dia 2 de fevereiro de 2006 foi promulgada a Emenda Constitucional 20/06 aumentando para 15 anos o prazo de dedicação ininterrupta para o recebimento do adicional estipulado pela EC 12/99.

Após analisar o caso acima, responda:

- a) Imagine que você é um(a) Ministro(a) do Supremo Tribunal Federal encarregado de relatar uma ADIn, proposta pelo Partido dos Trabalhadores (PT), questionando a constitucionalidade do artigo 87 da EC 20/06. Dê sua decisão, apontando os dispositivos constitucionais pertinentes.
- b) O professor de Ciências Pedro da Silva trabalha com dedicação ininterrupta na rede estadual de ensino desde 09 de fevereiro de 1999. Para sua surpresa, após a promulgação da EC 20/06, Pedro é informado pela direção da Escola onde leciona de que não faria jus ao acréscimo, por não ter completado o período aquisitivo previsto na redação anterior do artigo 87. Pedro entra na justiça requerendo esse adicional. Como você decidiria o caso?

2) Joaquim Coroinha é auditor fiscal da União desde 1988 e conta, atualmente, com 62 (sessenta e dois) anos de idade e 34 (trinta e quatro) anos de tempo de contribuição para a previdência social.

A rotina de Joaquim não difere da grande maioria dos brasileiros. Inicia o expediente às 10am e encerra às 18hs. Costuma tomar uma cervejinha com os amigos e chega em casa às 19:30hs, para jantar e assistir ao Jornal Nacional.

Qual não foi a surpresa de Joaquim, quando teve a notícia, pelo Jornal Nacional, que o Congresso nacional havia aprovado a Emenda Constitucional nº 100, alterando a redação do art. 40, III, da Constituição Federal, que passaria a ter o seguinte teor:

Emenda Constitucional nº 100:



As **MESAS** da **CÂMARA DOS DEPUTADOS** e do **SENADO FEDERAL**, nos termos do § 3 do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º A Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 40.....

III — voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de vinte anos de efetivo exercício no serviço público e dez anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:

a) setenta anos de idade e quarenta de contribuição;

b) setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.”

No dia seguinte, Joaquim o procura em seu escritório, para avaliar as chances de êxito que teria em eventual medida judicial. Servidor público experiente, com boas noções de direito constitucional, ele está convencido de que tem direito adquirido à aposentadoria segundo as regras até então em vigor para a aposentadoria dos servidores públicos, não se lhe aplicando a Emenda Constitucional nº 100, tendo em vista que foi promulgada muito após o ingresso dele no quadro de servidores da União.

a) Emita parecer a respeito do tema, abordando os conceitos de “expectativa de direito”, “direito adquirido” e “segurança jurídica”.

b) O seu parecer mudaria em algum aspecto se Joaquim Coroinha já tivesse trinta e cinco anos de contribuição?

c) Poderia a Emenda Constitucional nº 100 estabelecer a sua aplicabilidade, inclusive, àqueles que já tivessem preenchido os requisitos previstos, à época, na Constituição Federal?

Aborde todas as posições existentes sobre o tema.



## AULAS 11 E 12 — DIREITO À SAÚDE E O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO

### BIBLIOGRAFIA:

#### *Leitura Obrigatória:*

#### Caso I

- Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 2008.001.43398. Voto do Desembargador Orlando Secco (Juízo de Origem: 9º Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital).
- Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de instrumento nº 2008.002.14545. Acórdão e Voto do Desembargador Fernando Foch (Juízo de Origem: 10º Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital).
- STJ AgRg no Agravo de Instrumento nº 907.820-SC (2007/0127660-1). Acórdão e Voto do Ministro Relator Mauro Campbell Marques.
- Matéria “O Judiciário e as Políticas Públicas”, publicada no Jornal **O Globo** do dia 06 de dezembro de 2009.

#### *Leitura Complementar:*

- Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins. **Comentários à Constituição do Brasil**. 8º vol. São Paulo: Saraiva, 1998. Pp.109 a 190.
- Ieda Tatiana Cury. **Direito Fundamental à Saúde**, Lumen Juris, 2005, p. 93/106 e 120/131.
- Reportagem “SEM DAR A MÍNIMA PARA SAÚDE”, publicada no Jornal **O Globo** do dia 24 de janeiro de 2005.
- Razões recursais do Município do Rio de Janeiro no Processo nº. 2005.02.01.000697-1.
- Contra-razões de agravo da União Federal no Processo nº. 2005.02.01.000697-1.

## 2. NOTA AO ALUNO

### *a) A saúde pública como interesse difuso*

Inovadora em vários aspectos, a Constituição de 1988, inspirada na Carta italiana de 1948 (art. 32) e na Constituição portuguesa de 1976 (art. 64),

foi, ainda, a primeira Carta Constitucional, na história do país, a reconhecer o direito à saúde como direito fundamental<sup>28</sup>.

A Constituição de 1988, todavia, não se limita a elevar a saúde a direito fundamental<sup>29</sup>. O constituinte originário buscou delinear a estrutura do chamado “Sistema de Saúde” no Brasil, no intuito de oferecer aos poderes constituídos diretrizes mínimas para concretizar, na prática, o direito constitucional à saúde. Se a proteção da saúde dos cidadãos é dever do Estado, então é preciso que se criem instituições voltadas para o cumprimento dessa tarefa constitucional. Nesta aula, nossa discussão se dará justamente em torno das ferramentas necessárias para a compreensão do Sistema de Saúde no Brasil.

Cabe esclarecer, no entanto, antes de nos voltarmos para a análise desta estrutura, que o direito o direito constitucional à saúde pode ser visto, também, sob um prisma meta-individual. Vale dizer: o direito à saúde, mais do que um direito individual, é um *direito difuso da coletividade* — afeta a população como um todo, em diferentes lugares, e em diferentes momentos, e de forma distinta para cada um, no tempo e no espaço. Por exemplo: se o Poder Público não produzir uma eficaz campanha preventiva contra a AIDS, em algumas décadas o Brasil acabará tendo uma população com índices alarmantes de contaminação pelo vírus do HIV. E isso, naturalmente, vai se refletir na sobrevida provável dos brasileiros, com reflexos imprevisíveis para o país, inclusive na esfera econômica. Se por um lado os brasileiros já contaminados com o HIV têm direito a exigir (inclusive judicialmente) do Estado a prestação do tratamento de que necessitam, por outro a coletividade como um todo têm direito a que esse estado de coisas (a disseminação completa do vírus na comunidade) seja evitado também por meio da atuação do Estado.

Um outro exemplo marcante é o da dengue. Na década de 30, o Brasil chegou a erradicar o mosquito da dengue (*aedes aegypti*). Ocorre que, em função da falta de investimentos na área de saúde, notadamente através de campanhas de prevenção, a dengue voltou com força total e é, hoje, um dos piores males que afligem a coletividade municipal. Não é por outra razão que o art. 198, II, da Carta de 1988 estabelece como prioridade, na defesa da saúde pública, a realização de campanhas preventivas pelo Poder Público.

Nesse aspecto, uma questão controvertida diz respeito à legitimidade do Ministério Público para a defesa da saúde pública, em nome da coletividade. Nos termos do art. 129, III, incumbe ao Ministério Público a defesa, por intermédio da ação civil pública, dos interesses difusos e coletivos. Reza o aludido artigo:

<sup>28</sup> Uadi Lammêgo Bulos. **Constituição Federal anotada**, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1338. No mesmo sentido: Ieda Tatiana Cury. **Direito Fundamental à Saúde**, Rio de Janeiro: Lumes Júris, 2005, p. 94.

<sup>29</sup> Vale recordar, aqui, as discussões realizadas na disciplina “Organização do Estado e Direitos Fundamentais”, a respeito da natureza do direito constitucional à saúde. Ali se discutiu se a norma contida no art. 6º da Constituição Federal, e reproduzida no art. 196, encerraria em favor da pessoa humana um direito fundamental, suscetível de ser exigido do Poder Público. Naquela época - e ainda hoje, em menor escala - sustentava uma parcela substancial da doutrina que o art. 196 da Constituição Federal consagrava uma regra de caráter meramente programático, indicando uma diretriz a ser adotada pelos poderes constituídos, não autorizando, no entanto, o Poder Judiciário a se substituir à vontade do Poder Executivo e lhe impor prestações positivas, em defesa da saúde individual. O Supremo Tribunal Federal, de início mais timidamente, e posteriormente em larga escala, firmou entendimento no sentido de que a saúde é um direito fundamental, como corolário lógico do direito à vida. A esse respeito, merece menção a ementa do Recurso Extraordinário nº 232.335-RS, da lavra do Ministro Celso de Mello: “EMENTA: PACIENTES COM HIV/AIDS. PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196). PRECEDENTES (STF). - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. - A legislação editada pelo Estado do Rio Grande do Sul (consubstanciada nas Leis nºs 9.908/93, 9.828/93



“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III — promover o inquérito civil e ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.”

É evidente que, se o Poder Público decidisse construir uma usina nuclear, no Estádio de Remo da Lagoa, e decidisse transformar a Lagoa em depósito de lixo nuclear, poderia o Ministério Público propor uma ação civil pública com o intuito de impedir a referida construção, na defesa da saúde pública e do meio-ambiente. A questão assume maior complexidade, contudo, quando a pretensão ministerial, por meio da ação civil pública, é conseguir um “fazer” do Poder Público — uma atuação *positiva*, e não uma simples omissão, o que implica a destinação de recursos públicos para uma finalidade específica, que muitas vezes precisaria ser detalhada pelo Judiciário ou pelo próprio Ministério Público. Como conciliar esse papel do Ministério Público com o o princípio da separação e independência dos poderes? Como conciliar esse tipo de atuação com outras exigências constitucionais — por exemplo, as de prévia dotação orçamentária para a realização de qualquer despesa (Art. 167, I), realização de licitação para a contratação com o Poder Público (Art. 37, XXI) e realização de concurso público para o preenchimento de cargo público (Art. 37, III)?

Procure relacionar esses problemas com as discussões sobre as formas de eficácia de normas constitucionais. Como podemos classificar a norma do art. 196 da Constituição quanto à sua eficácia jurídica?

#### *b) o Sistema de Saúde no Brasil*

Ao tratar do Sistema de Saúde no Brasil, a Constituição de 1988 estabelece algumas diretrizes básicas para concretizar o “dever ser” imposto pelo direito constitucional à saúde. Nos termos da Constituição, o sistema de saúde no país assume uma feição mista: embora seja a saúde um dever do Estado (art. 196 da CF/88), é livre à iniciativa privada, na forma do art. 199 da Lei Fundamental.

Contudo, ser livre à iniciativa privada, contudo, não significa dizer que estejam os particulares livres para atuar, na área de saúde, sem qualquer fiscalização. Considerando a relevância pública de que se revestem as ações e serviços de saúde, o poder constituinte originário estabeleceu para o Poder Público a responsabilidade de dispor, na forma da lei, sobre a regulamentação, fiscalização e controle dos serviços de saúde prestados pela iniciativa privada (art. 197 da CF/88). É nesse cenário que se encaixa o Conselho Federal

e 10.529/95), ao instituir programa de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.”



de Medicina, por exemplo, assim como de todos os conselhos regionais a ele ligados. Trata-se de uma *autarquia especial*, dotada de personalidade jurídica de direito público, voltada para fiscalizar o médico e regulamentar a sua atuação profissional.

No âmbito da atuação pública, a Constituição de 1988 criou a figura do Sistema Único de Saúde (art. 198). Assim, embora os entes da Federação sejam todos autônomos e dotados de capacidade para gerir os seus próprios interesses, estabelece a Carta Maior, em nome do princípio da eficiência, que as ações e serviços de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único. A idéia por trás desse arranjo é a de evitar, dentre outros fatores de ineficiência, a duplicidade de investimentos em uma mesma área ou a realização de investimentos conflitantes ou contraditórios.

Isso não quer dizer, porém, que os entes políticos tenham perdido sua autonomia. Procura-se aumentar a eficiência na proteção à saúde, mas sem suprimir a direção única em cada esfera de governo, conforme fez por bem o constituinte expressar no art. 198, I, da Carta de 1988.

Além disso, muito embora se trate de um “Sistema Único de Saúde”, impõe a Lei Fundamental a descentralização dos serviços de saúde, reconhecendo, assim, em razão da enorme extensão territorial do país, que as necessidades variam de região para região. As competências do Sistema Único de Saúde estão, em caráter exemplificativo, relacionados no art. 200 da Constituição.

A relevância da saúde é tamanha que o poder constituinte foi mais além ao tratar do tema: exige dos entes da Federação a aplicação de recursos mínimos do orçamento na área de saúde (art. 198, § 2º, da CF/88), sendo que o descumprimento dessa determinação pode dar ensejo, inclusive, a intervenção federal nos Estados (art. 34, VII, da CF/88) e intervenção estadual nos Municípios (art. 35, III, da CF/88).

Procure refletir sobre a aplicação sistemática dessas normas constitucionais na discussão do segundo caso selecionados para essas aulas.

## 2.1. CASO I — MEDICAMENTO SEM REGISTRO NA ANVISA.

Leia-se a seguinte notícia publicada no site da ANVISA, em 06 de maio de 2009: “Está suspenso, em todo o país, o material promocional... que divulga o medicamento AVASTIN (Benvacizumabe), da empresa Roche Químicos e Farmacêuticos S/A. Também estão proibidas as demais peças publicitárias que promovem a indicação do produto para ‘câncer de pulmão não pequenas células não escamoso’. A respectiva indicação terapêutica não consta do registro do medicamento na Anvisa.”

Vale dizer: o AVASTIN não está registrado no Brasil para o tratamento de câncer de pulmão.



Cassio contraiu a referida doença. A sua sobrevida provável é de menos de 1 (um) ano. Mas parece que existe uma esperança. Segundo o oncologista de Cassio, uma pesquisa recente teria comprovado que o AVASTIN aumenta substancialmente a sobrevida dos pacientes com carcinoma de pulmão. Consta de notícia extraída do site [http://www.revistafatorbrasil.com.br/ver\\_noticia.php?not=5656](http://www.revistafatorbrasil.com.br/ver_noticia.php?not=5656) o seguinte:

**“Estudo confirma resultado positivo de bevacizumabe em pacientes com câncer de pulmão avançado**

O resultado comprova o aumento do tempo em que os pacientes permaneceram livres da doença, quando comparado com a quimioterapia isoladamente.

Um estudo internacional fase III, que analisa a eficácia de Avastin (bevacizumabe) em combinação com a quimioterapia, alcançou seu objetivo de promover o aumento da sobrevida em pacientes com câncer de pulmão avançado, previamente não tratado. O benefício foi observado em pacientes que receberam uma ou duas doses diferentes de Avastin.”

Cuida-se de medicamento importado, com custo mensal superior a R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Cassio é classe média e possui um padrão de vida razoável, mas, infelizmente, não tem como arcar com o preço da referida medicação. Diante disso, Cassio decide propor uma medida judicial contra a União, o Estado do Rio de Janeiro e o Município. No curso do processo, o juiz de 1ª instância decide condenar os três entes da Federação, solidariamente, ao fornecimento da referida medicação.

Agora, imagine que você é Procurador do Município do Rio de Janeiro e tem que interpor um recurso contra a referida decisão. Pergunta-se: quais seriam os argumentos que você poderia utilizar na defesa do ente municipal?

Em sua resposta, procure abordar os seguintes pontos:

- a) a condenação solidária dos três entes da Federação;
- b) os argumentos que têm sido tradicionalmente utilizados pelo Poder Público em sua defesa em juízo;
- c) outros argumentos aplicáveis especificamente ao caso em análise.

Justifique a resposta, apontando os dispositivos constitucionais pertinentes ao caso.

## 2.2. CASO II — A DENGUE NA CIDADE DO RIO DE JANEIRO

Com a chegada do verão, uma preocupação costuma se abater sobre a coletividade municipal: a dengue. Verão vai e verão vem e, dependendo das decisões dos governantes, tem-se ou não uma nova epidemia de dengue. Você provavelmente se lembra do debate travado entre o Prefeito da Cidade do Rio de Janeiro e o então Ministro da Saúde, por ocasião do Governo FHC, a respeito da responsabilidade pela epidemia de dengue que afligiu a Cidade do Rio de Janeiro. Tudo porque faltaram verbas públicas para tomar as precauções necessárias para evitar a disseminação da doença. Enquanto o Governo Federal dizia que era responsabilidade do Município o combate à dengue nos limites de seu território, o Prefeito atribuía ao Governo Federal o dever de combater epidemias dessa natureza.

Diz a Constituição de 1988:

“Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

(...)

II — atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

(...)”

Vale dizer: nos termos da Constituição Federal, compete ao Poder Público priorizar as atividades preventivas, precisamente para evitar epidemias como a da dengue. De fato, a prevenção é muitíssimo mais eficaz do que a atuação *a posteriori*, quando a doença já está instalada no meio-ambiente.

Com o verão começando, e diante da inércia dos governantes, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro decidiu propor uma ação civil pública com base no artigo 129, III, da Constituição Federal, em face do Município do Rio de Janeiro, do Estado do Rio de Janeiro e da União Federal, pretendendo:

(i) a reserva de R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais) anuais para a realização de campanha contra a dengue;

(ii) a contratação de 300 funcionários (mata-mosquitos) pela Prefeitura, para dar andamento à campanha;

(iii) a divulgação semanal nos principais veículos de comunicação das formas de combate à dengue, explicitando como deve ser a participação da comunidade no combate à doença, em atendimento ao art. 198, III, da Constituição;





(iv) a aquisição de 20 (vinte) veículos para permitir a vaporização de fumacê (inseticida) em todas as localidades da Cidade do Rio de Janeiro; e

(v) finalmente, a aquisição de 100.000 metros cúbicos de fumacê.

Na petição inicial, o representante do MP argumentava que, mesmo tendo havido a erradicação do *aedes aegypti*, mosquito transmissor da enfermidade, nos idos de 1930, a doença voltou a afligir a população fluminense nos anos 80, precisamente em função da inexistência de programas de prevenção por parte dos órgãos governamentais. A situação, já alarmante, se tornou calamitosa ao final dos anos 90 e início de 2000, em virtude da falta de verbas destinadas ao combate à doença. Em anexo à petição, estavam 5 (cinco) laudos técnicos, todos elaborados por especialistas em saúde pública, demonstrando as medidas necessárias para o efetivo combate à dengue, até a sua efetiva erradicação.

Contestando os argumentos do MP, os entes da Federação alegaram que:

- Preliminarmente, o Ministério Público não teria legitimidade para o ajuizamento da ação civil pública, uma vez que a saúde pública não constitui interesse difuso e nem coletivo, consistindo a regra do art. 196 da Constituição em Federal em norma de caráter meramente programático;
- A pretensão do MP viola o princípio orçamentário, uma vez que, na forma do art. 167, I, a Constituição da República de 1988 exige prévia dotação orçamentária para a realização de qualquer despesa;
- Ainda quanto ao mérito, a contratação de pessoal depende de prévio concurso público (art. 37, II, da CF/88), assim como a aquisição de veículos e de fumacê pressupõe prévia licitação (art. 37, XXI, da CF/88);
- Por fim, a atuação estatal está adstrita aos “limites do possível”, cabendo ao Chefe do Poder Executivo, e não ao Poder Judiciário e, menos ainda, ao Ministério Público, definir aonde deverão ser alocados os recursos públicos disponíveis, se na educação, em obras de relevância para a coletividade, na proteção do meio-ambiente, ou mesmo em outros projetos de maior relevância para a saúde, como a pesquisa da cura da AIDS, por exemplo, sob pena de violação ao princípio da separação e independência dos poderes, contido no art. 2º da Constituição.

Contudo, embora as teses acima fossem consensuais, os entes processados também discordavam entre si. A União Federal atribuiu a responsabilidade pela delicada situação que assola a Cidade do Rio de Janeiro à municipalidade, sob o fundamento de que é de responsabilidade do ente menor, e não do ente maior, a competência para prestar os serviços de saúde de relevância lo-



cal (art. 30, I e VII, da CF/88). Já o Município afirmou que vinha aplicando os recursos mínimos necessários à saúde, na forma dos arts. 198, § 2º, III, e § 3º, I, da Carta de 1988, enquanto a União, em descumprimento ao comando contido nos arts. 198, § 3º, II, e 30, VII, ambos da Lei Fundamental, não teria efetuado o repasse das verbas que cabem ao Município do Rio de Janeiro para a proteção da saúde.

Após analisar os artigos da Constituição pertinentes e o material de leitura selecionado, profira sentença a respeito da controvérsia, abordando os problemas levantados na petição inicial e na contestação dos entes da Federação.

### 3. CONCEITOS

Direitos individuais, difusos e coletivos; Limites do Possível; Orçamento; Sistema Único de Saúde.

### 4. QUESTÕES DE PROVA

1) Pode o Ministério Público Estadual ajuizar Ação Civil Pública no sentido de exigir do Governo do Estado do Rio de Janeiro que compre e distribua gratuitamente uma certa quantidade de preservativos (pelo menos 2 preservativos por adulto) durante a realização dos Jogos Olímpicos na cidade — medida indicada por laudos de especialistas da OMS como sendo a melhor maneira de prevenir o crescimento da contaminação pelo vírus HIV? Justifique sua resposta, indicando os dispositivos constitucionais que considerar pertinentes.

2) Direitos Individuais x Direitos Sociais. Diferenças e semelhanças. Disserse sobre o tema.



### **GUSTAVO SCHMIDT**

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2000), Master of Laws pela New York University School of Law (2008) e Professor de Direito Constitucional da FGV Direito Rio. É, ainda, Procurador do Município do Rio de Janeiro e Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Foi sócio do escritório Schmidt, Lourenço & Kingston — Advogados Associados. Tem experiência nas mais diversas áreas do direito, com ênfase em direito constitucional e administrativo. Ocupa, atualmente, o cargo de Secretário-Chefe do Gabinete do Prefeito da Cidade do Rio de Janeiro.



## FICHA TÉCNICA

### **Fundação Getúlio Vargas**

**Carlos Ivan Simonsen Leal**  
**PRESIDENTE**

### **FGV DIREITO RIO**

**Joaquim Falcão**  
**DIRETOR**

**Sérgio Guerra**  
VICE-DIRETOR DE ENSINO, PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

**Rodrigo Vianna**  
VICE-DIRETOR ADMINISTRATIVO

**Thiago Bottino do Amaral**  
COORDENADOR DA GRADUAÇÃO

**André Pacheco Teixeira Mendes**  
COORDENADOR DO NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA

**Cristina Nacif Alves**  
COORDENADORA DE ENSINO

**Marília Araújo**  
COORDENADORA EXECUTIVA DA GRADUAÇÃO