

Iniciativa privada *versus* iniciativa estatal na Constituição

Alvacir Alfredo Nicz

Sumário

1. Princípio da igualdade. 2. Igualdade jurídica na ordem constitucional. 3. A dicotomia entre o público e o privado.

1. Princípio da igualdade

O tema da igualdade já na Antiguidade greco-romana encontrava-se incluído entre os direitos do homem, esses conhecidos publicamente por aquela sociedade, em face da sua concepção de Estado.

Ao Estado grego competia proporcionar o bem-estar à comunidade, uma vez que era por meio dela que o indivíduo alcançava a sua subsistência. Não havia direitos do indivíduo frente a esse Estado, entretanto, é curioso observar que os fundamentos do reconhecimento contemporaneamente desses direitos se fez pela doutrina clássica do Direito Natural.

Esse direito, como ensina Cícero, “é aquele que emana da própria natureza, independente da vontade do homem”, ou “é invariável no espaço e no tempo, insuscetível de variação pelas opiniões individuais ou pela vontade do Estado”, no dizer de Aristóteles.

Na antiga Grécia, filósofos como Heródoto, Péricles, Eurípedes e particularmente Aristóteles proclamavam a desigualdade dos homens, geradora da divisão da sociedade em classes que permitiam a existência da escravidão por razões de ordem econômica. A escravidão se justificava por

Alvacir Alfredo Nicz é Professor de Direito Constitucional nos Cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Federal do Paraná (UFPR) e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

entender-se que alguns homens eram por natureza livres e outros escravos.

Platão, filósofo dessa época, reconhece também a existência da escravidão e teoriza, à semelhança de Aristóteles, que alguns homens nasceram para comandar, outros para obedecer. A divisão em classes sociais era um dos pilares do Estado platônico e o escravo nem sequer figurava entre as classes que compunham o Estado. Assim, a desigualdade natural se transformava em desigualdade social.

Essa crença somente veio ser abalada com os estoícos e os cristãos.

Mas foi na Idade Média que se presenciou a inteira ruptura dessa tese. As novas escolas e os novos pensadores, aliás, receberam a influência do cristianismo quanto à nova concepção do homem. O pensamento cristão abrange dois aspectos evolutivos dos direitos do homem: a dignidade da pessoa e a fraternidade universal.

Segundo o cristianismo, todos os homens são iguais entre si, destinados, portanto, à mesma felicidade eterna. A fraternidade e a igualdade universais hipotecam a todos os homens os mesmos direitos. Ao Estado cabe reconhecer os direitos que o indivíduo possui por natureza.

A maioria dos princípios formulados hoje nas Declarações de Direitos encontrava-se nas bases constitucionais do Estado cristão.

A escravidão existente na Antigüidade não chegou a ser contestada pelo cristianismo. Isso não significa que o pensamento cristão fosse concorde com a desigualdade entre os homens.

Apenas tal fato já foi encontrado pelo cristianismo, que, se de um lado não o combateu, de outro, também, não o aprovou. Aliás, como movimento religioso e não social, na sua concepção, não veio a combater nenhuma das instituições sociais encontradas.

O cristianismo acentuou a igualdade de todos perante Deus. A obediência de homens livres e escravos é somente diante de

Deus. A escravidão que permaneceu existindo era decorrente da organização social vigente. Não competia ao cristianismo, como religião, alterar a estrutura econômica e social do mundo.

Assim, a escravidão era relegada a segundo plano, como mera formalidade na organização social. Livres e escravos conviviam pacificamente em pé de igualdade, ainda que uns fossem livres e outros fossem escravos. O cristianismo mandava tratar todos como verdadeiros irmãos. “A desigualdade fundamental que se estabelece entre entes que a natureza fez iguais, e principalmente a vil exploração do homem pelo homem e conseqüente degradação da pessoa humana, aqui desaparecem sem deixar vestígios”. (SODER, 1960, p. 35).

Nos séculos XVII e XVIII, grandes contribuições teóricas reavivaram a discussão sobre a igualdade. Teorizando para revolucionar ou conservar, iluminaram-se as sendas que conduziram às grandes manifestações nos Estados Unidos e na França.

Voltaire, com um realismo quase céptico, acreditava que “os homens seriam, portanto, necessariamente iguais se nada precisassem. A miséria, condição agregada à nossa espécie, subordina um homem a outro homem; não é a desigualdade que é um mal real, mas a dependência. Muito pouco importa que tal indivíduo se chame Sua Alteza e outro fulano Sua Santidade; o que dói, o que é duro de roer, é ter de servir um ou outro” (VOLTAIRE, 1973, p. 223). Impressiona o tom pessoal, amargurado, certamente derivado de sua posição de intelectual das cortes.

Hobbes admite uma igualdade natural, em contraposição às teorias aristotélicas e platônicas da desigualdade natural.

Para Hobbes, o estado de natureza gera uma constante luta entre os indivíduos, justificando, assim, a criação do Estado. Para tanto, os homens abriram mão de seus direitos naturais a favor do Estado, para que este estabelecesse a segurança e a paz social.

Nesse pacto ou contrato firmado é que os homens criam o Estado e se despojam de seus direitos. Era a transformação da igualdade natural para a igualdade social. Não alcançava ainda Hobbes a igualdade civil, uma vez que buscava legitimar a desigualdade instituída pela lei vigente na sociedade.

O passo seguinte seria desencadeado por Rousseau, um dos pais da Revolução francesa, autor de obras por demais conhecidas no Estado moderno, como o “Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens” e o “Contrato social”.

Em sua teoria da passagem do estado de natureza para o estado de sociedade, Rousseau, ao contrário de Hobbes, preservava a liberdade e a igualdade dos indivíduos, embora transformadas.

No contrato firmado entre os homens, estes preservavam os seus direitos particulares ameaçados no estado de natureza. A finalidade de tal contrato era a conservação plena dos direitos individuais dos cidadãos. Assim, cada cidadão continua livre e igual. Ao Estado compete eliminar os extremos de pobreza e riqueza, de modo que os homens tornem-se iguais. No entender de Rousseau, por natureza, existem desigualdades, mas pela convenção do contrato social todos se tornam perfeitamente iguais.

Dois outros gênios da filosofia política devem ser aqui nominados pela influência que seus pensamentos exerceram nas posteriores Declarações de Direitos dos Homens: Pufendorf e Locke.

O primeiro, empregando o método estritamente racionalista desenvolve um sistema completo de direito natural. O racionalismo dá uma tônica especial e unilateral à razão humana. Esta é uma parte do todo que é o homem.

O fundamento material do direito natural de Pufendorf repousa na liberdade, igualdade e sociabilidade dos homens. A liberdade origina-se da dignidade natural e, em razão desta, é igual em todos, fazendo

com que, juridicamente, por direito natural, todos os homens sejam iguais. A igualdade de todos é o fundamento do direito natural.

O posicionamento de Pufendorf quanto à igualdade de todos recebeu os aplausos da época, influenciando sobremaneira as elucubrações jurídicas do tempo, como também as codificações posteriores.

Mas foi Locke, de todos os pensadores políticos, aquele que melhor elaborou uma teoria mais ajustada aos princípios do direito natural e que melhor garantiu os direitos do homem. O indivíduo possui direitos naturais inalienáveis que não podem ser abdicados, em razão de todos os homens serem iguais e livres.

A primeira Declaração dos Direitos do Homem – passo decisivo na história política da humanidade – recebeu a influência de Pufendorf e Locke, sendo este último conhecido como pai espiritual da Declaração de Virgínia.

Muitas frases dessa Declaração parecem reprodução das idéias de Locke.

A “Bill of Rights” de Virgínia, de 12 de junho de 1776 – a primeira Declaração escrita –, contém em seu art. 1º os direitos genéricos da liberdade e da igualdade. Esta aparece mais pelo fato de Locke ter posto esses direitos no mesmo plano. Mas na Declaração a igualdade é relegada a um plano secundário, uma vez que não era intenção dos patriotas americanos conceder uma igualdade de direitos que viesse prejudicar a sua organização econômica, calçada na escravatura e na aristocracia latifundiária.

Apesar de a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa ser posterior à Declaração Americana e desta ter recebido influência, na verdade foi aquela que se tornou o protótipo das liberdades fundamentais, por ser a França o centro irradiador de idéias da época.

A diferença fundamental entre a Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, da França é que na primei-

ra prevalecia a liberdade e na segunda preponderava a igualdade.

A Declaração francesa, produto de uma revolução interna, pretendia acabar com as desigualdades e opressões, e criar um novo sistema social.

A desigualdade decorria da ganância e opressão, pretendendo os revolucionários remover o desnível econômico existente de modo a alcançar a igualdade entre os homens, uma vez que, por natureza, todos são iguais.

A igualdade natural, superada pela igualdade na ordem social, veio posteriormente ser sobrepujada pela igualdade civil, vista por Rousseau como a igualdade perante a lei.

A primeira Constituição revolucionária da França, de 3 de setembro de 1791, incorporou em seu texto, literalmente, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Tais direitos aparecem na introdução, para acentuar o seu caráter pré e supra-constitucional.

O art. 1º daquela Constituição assim dispunha: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais somente podem fundar-se na utilidade comum”.

A igualdade civil constante das Constituições modernas teve o seu embasamento na Revolução Francesa e na filosofia política e jurídica que a antecedeu. O princípio da igualdade foi esculpido, modernamente, por Rousseau e Marx. O primeiro, mediante a sua teorização, e o segundo, pela dimensão material e econômica que lhe conferiu.

Para Rousseau, essa igualdade poderia ser estabelecida no Estado em que as desigualdades ocorriam, em razão da injustiça da lei civil, que, deixando de lado o reconhecimento à liberdade do homem, utilizava-se de artifícios em suas instituições para a discriminação.

“Ironizando a afirmativa de Aristóteles de que há escravos por natureza, assevera Rousseau que isso acontecia por haver escravos contra a na-

tureza, a saber, homens que tendo nascido na escravidão, nasceram, pois, para ser escravos. Aristóteles tomara, segundo ele, o efeito pela causa. A força fez os primeiros escravos – afirmou Rousseau – e sua frouxidão os perpetuou. Entende o pensador que, estabelecendo-se a igualdade jurídica entre os cidadãos, terão eles os mesmos interesses, circunstância que conduziria à eliminação das desigualdades de fato e, por consequência, à unanimidade”. (BONAVIDES, 1985, p. 298).

O que, todavia, ficou visível é que o alcance da igualdade absoluta por meio da igualdade jurídica era algo utópico e impossível de ser encontrado.

Não se conseguia por meio desta acabar com as desigualdades materiais. A chamada revolução industrial fez aumentar tais desigualdades, instaurando um desequilíbrio econômico e social entre os indivíduos.

A busca da igualdade absoluta foi novamente tentada, agora no pensamento socialista de Marx. Para este a eliminação das classes sociais era absolutamente necessária para se alcançar tal igualdade. As classes somente deixariam de existir quando os meios de produção passassem do indivíduo para o social. Tal acontecimento levaria à inexistência do Estado, visto por ele como o mantenedor da diferenciação das classes e, portanto, causador das desigualdades.

Todavia, impossível de ser alcançada a igualdade absoluta, tanto na teoria de Rousseau, quanto na de Marx, resta o compromisso democrático introduzido nos textos constitucionais de encontrar o princípio da igualdade relativa. Tal igualdade é produto da igualdade teórica e da igualdade fática.

As primeiras Declarações, tanto de Virgínia quanto da França, de 1789, possuem um caráter nitidamente individualista. Justifica-se tal caráter pela época em que foram elaboradas, tempo em que predominava o liberalismo. A igualdade como integran-

te dos direitos naturais é inerente ao homem, proveniente de sua natureza, e assim de reconhecimento obrigatório por parte dos Estados.

O Estado Liberal deu ênfase à igualdade natural, assim como à liberdade, vendo esses dois conceitos como limitativos ao ordenamento estatal.

Esse Estado sacrificou a igualdade em prol da liberdade. Mesmo assim, a igualdade natural não deixou de ser mencionada nas primeiras Declarações de Direitos. Também a igualdade civil, ou seja, a igualdade perante a lei, foi reconhecida e passou a integrar os mandamentos constitucionais do liberalismo.

A concepção aristotélica da igualdade preconizava dar a cada um segundo o seu mérito, estabelecendo uma desigualdade decorrente de suas aptidões naturais. Isso criava a desigualdade discriminatória proveniente de um tratamento que ensejava tratar os iguais de modo igual e os desiguais de forma desigual.

Essa visão de igualdade sob a ótica aristotélica foi também transposta para o campo político, em que as diferenças decorrentes de educação, renda, patrimônio, capacidade intelectual e aptidões foram aceitas no âmbito da adoção do sufrágio, restringindo sobremaneira a sua amplitude e, assim, mantendo-se a dominação da burguesia.

“A capacidade eleitoral, não sendo reconhecida a todos igualmente, segundo uma igualdade absoluta ou aritmética, constituía objeto de discriminação, mediante a qual pode a burguesia, na sociedade liberal, manter uma dominação de classe, compatível com seus interesses políticos mais sólidos e fundamentais”. (BO NAVIDES, 1985, p. 303).

A igualdade política liberal calcada no sufrágio censitário não prospera mais no Estado contemporâneo, em face da sua substituição pelo sufrágio universal. Ainda que não tenha alcançado o caráter absoluto, todavia, procura afastar ao máximo as desi-

gualdades para poder aproximar-se de um maior igualitarismo no campo político.

O princípio da igualdade sufragado nas primeiras Constituições à época do Estado Liberal, produto do positivismo jurídico, corresponde ao princípio da igualdade perante a lei, que exprimia a manifestação de uma confiança ilimitada no legislador, que, ao emanar a norma, fosse esta a real e efetiva expressão da vontade geral. Esse princípio foi por si só limitado à vontade do legislador, uma vez que se sujeitava ao risco da emanção da lei injusta, que viesse privilegiar uns em prejuízo de outros.

Enquanto no Estado Liberal a liberdade constituía-se em valor de primeiro plano, no Estado Providência a igualdade é posta como valor supremo. Num conflito entre ambos nessa última forma de Estado, a igualdade se sobrepõe à liberdade.

Os direitos proclamados nas Declarações eram a princípio individualistas, e a relação de tais princípios era incompleta, uma vez que faltavam os direitos de caráter social.

A proclamação dos direitos sociais tem seus primeiros indícios com a Constituição francesa de 1793, quando esta manteve os direitos trazidos na Declaração de 1789, acrescentando-lhes, ainda, os de caráter nitidamente social.

Assim é que o art. 2º dessa Constituição expressa, entre os direitos naturais e imprescindíveis, “a igualdade, a liberdade, a segurança e a propriedade”.

A igualdade aparece aqui antes mesmo da liberdade e da segurança.

E em seu art. 3º assim dispõe: “Todos os homens são iguais por natureza e perante a lei”.

Mas essa Constituição não entrou em vigor, e a seguinte, de 1795, não falou de direitos de caráter social.

O Estado moderno exemplifica classicamente essa adoção, quando no direito eleitoral atribui a “uma pessoa, um voto”. Essa palavra de ordem é ilustrativa do conceito lógico-aritmético da igualdade, predominante no liberalismo.

Gerhardt Leibholz (apud BONAVIDES, 1985, p. 308-309) afirma que:

“Com o auxílio da intervenção do Estado e de uma permanente economia dirigida, já se chegou hoje, em crescente número de países, inclusive os Estados Unidos – onde basta considerar o ‘New Deal’ bem como as amplas garantias sociais dos anos 30 e os mais recentes e largos planejamentos na esfera estadual e federal –, àquela homogeneidade social, que nos autoriza falar, não apenas de uma democracia política senão também de uma democracia econômica e social, ou seja, não somente de ‘cidadãos ativos’, mas por igual de cidadãos econômicos num Estado empresarial”.

O Estado, quando se apresenta sob a forma de Estado Providência em que enfrenta as desigualdades sociais decorrentes dos aspectos econômicos, afasta a adoção da igualdade aritmética substituindo-a pelo critério proporcional, uma vez que este é agente mais dinâmico para alcançar a igualdade da sociedade.

Assim, a efetivação da proporcionalidade que tem por complemento a desigualdade vem alcançar o igualitarismo desejado pela sociedade, fim insito do Estado Providência.

“Em geral, o constitucionalismo moderno assimilou a noção da igualdade diante da lei, com a simples variação de amplitude, aceitando o princípio da igualdade, em si mesmo um conceito derivado da ideologia socialista, e se irradiando nas diversas dimensões da vida coletiva, ora se restringindo pelas exigências do liberalismo burguês, ora se humanizando pela influência do regime socialista” (FERREIRA, L., 1962, p. 487).

Enquanto o conceito de igualdade na Revolução Francesa tinha cunho individualista, o Estado moderno a vê sob uma ótica socialista que visa a alcançar o nivelamento social.

“Igualdade e justiça possuem, na realidade, uma importância característica comum: ambas só podem ser sustentadas por regras que determinam como certos benefícios ou gravames hão de ser distribuídos entre as pessoas” (OPPENHEIM, 1986, p. 598).

Tal princípio destina-se à observância obrigatória por parte dos legisladores, magistrados e administradores, bem como sujeita a ele todo ato emanado pelo Poder Público e ainda as relações particulares entre cidadãos.

Pontes de Miranda (1979, p. 487) indica, quanto ao conteúdo do princípio da isonomia, duas funções:

“1) regular a feitura das leis, o direito *in fieri*, submetendo-o a exigência de ser igual para todos;

2) quanto ao direito já feito; a) servir, ou de regra de interpretação, no caso de dúvida, ou como preceito que autoriza recorrer-se à analogia; b) ser fonte de direito em si mesmo, preenchendo as lacunas das leis anteriores ou posteriores à sua ação; c) ser preceito de direito intertemporal e de ordem pública; d) servir de regra de exegese ou interpretação da própria Constituição; e) ser fundamento de outros princípios (e.g. igual acesso aos cargos públicos) si ou em conjunção com outros direitos fundamentais”.

Aos três Poderes a aplicação do princípio da igualdade se faz obrigatória. Ao Legislativo, dentro de sua esfera de competência de elaborador de normas gerais e abstratas dirige-se o princípio da igualdade como primeiro e especial destinatário, a quem compete colocar no plano jurídico-formal a plena possibilidade da efetivação isonômica para o alcance de tal princípio. “O caráter de norma obrigatória para o legislador, para ele em primeiro lugar e para ele especialmente, resulta da natureza e da extensão do princípio da igualdade perante a lei. Seria, de outra maneira, um princípio supér-

fluo ou destituído de qualquer significação”. (CAMPOS, 1947, v. 10, p. 381).

Ao Poder Executivo compete por meio de seus agentes, abster-se da prática de qualquer ato que venha feri-lo, direta ou indiretamente.

“Se atualmente (...) é ao Poder Legislativo que, em primeiro lugar e de modo especial se dirige o princípio da igualdade, historicamente, a aludida regra teve como alvo direto, em particular, o Poder Executivo. Com efeito, quando a igualdade passou a ser traduzida em termos de preceito jurídico, em fins do século XVIII e começo do XIX, apresentava como alvo extinguir privilégios e prerrogativas. Tratava-se da concepção da igualdade jurídica em sentido objetivo, pessoal, cabendo ao governo apenas fiscalizar o rigoroso cumprimento do preceito, considerado de forma negativa e abstrata” (FARIA, 1973, p. 98).

A igualdade a ser perseguida pelo Poder Executivo deve ser também no sentido de buscar uma efetiva igualdade econômica entre todos, por meio dos mecanismos de que dispõe, de modo a estabelecer o real equilíbrio dentro da sociedade.

Ao Judiciário cabe também função primordial para o alcance pleno da isonomia dentro da sociedade. Assim é que a ele incumbe a fiscalização e concretização de tal princípio.

“O princípio da igualdade jurisdicional ou perante o juiz apresenta-se, portanto, sob dois prismas:

1) como interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei;

2) como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da justiça” (SILVA, 2000, p. 221).

A aplicação do princípio da igualdade ao Judiciário implica a inexistência de todo

e qualquer foro privilegiado ou tribunal de exceção. As garantias da independência e imparcialidade da magistratura permitem que as decisões proferidas pelos juizes se pautem pela efetiva e real justiça.

O princípio da igualdade perante a lei, portanto, há de ser interpretado em sua máxima amplitude, não admitindo limites e nem exceções, uma vez que a lei será igual para todos, devendo a todos ser aplicada com igualdade.

Fazendo-se um resgate, pode-se dizer que Aristóteles tinha razão ao afirmar que por natureza os homens são desiguais. São mesmo. Mas a sociedade e o Direito, como seu principal instrumento de sobrevivência, devem atuar no sentido de impedir que essas diferenças individuais se projetem para a vida coletiva.

Afirmar que os homens são iguais por natureza é, na verdade, dizer que os homens devem ser considerados como iguais enquanto indivíduos para que seja possível a paz e a cooperação, basilares da vida social. As doutrinas socialistas, em seus variados matizes, apontam essa idéia, pois “ninguém acha que todos os homens possuem habilidades iguais; os socialistas acreditam é que todo ser humano merece um tratamento igual” (RADICE, 1967, p. 34).

A grandeza histórica do liberalismo foi juridicizar, limitando o poder estatal, a imperiosa necessidade de igualdade civil. Isso foi feito de modo tão radical, em rompimento com o passado, que se chegou a acreditar suficiente. O individualismo, somado a essa concepção da igualdade, com igualdade de oportunidade levou a uma sociedade em que os prêmios vão para os fortes e os fracos são deixados ao desamparo.

O Estado Social ocidental, produto da reforma do liberalismo, mantém essa concepção formal da igualdade como diretriz limitativa do seu *imperium*, nos momentos em que, enfrentando as desigualdades materiais entre os homens, trata desigualmente os desiguais. Essa convivência de dois conceitos de igualdade não é pacífica, e o

seu equilíbrio é determinante das condições para a democracia e a justiça social.

2. Igualdade jurídica da ordem constitucional

O princípio da igualdade perante a lei sempre foi consagrado nas Constituições brasileiras. Primeiro, surgiu na Constituição do Império de 1824, com um conceito formal e absoluto, passando, na de 1934, para a tentativa de uma igualdade social e econômica e, posteriormente, em 1946, para uma igualdade proporcional e positiva. Manteve-se assim, na Constituição de 1967, na Emenda Constitucional nº 1/69 e na vigente Constituição de 1988.

Os postulados essenciais em que se dobra a igualdade como princípio de direito são:

“a) igualdade jurídica, no sentido de afastar qualquer tratamento discriminatório, por motivos de raça, cor, religião, ideologia, posição social ou outros que possam afetar a dignidade humana;

b) igualdade de sufrágio, que se trata no valor unitário do voto, seja do chefe de família, ou do celibatário, do rico ou do pobre, do patrão ou do operário, do letrado ou do ignorante;

c) igualdade de oportunidade, isto é, idêntica possibilidade a todos de acesso à cultura universitária, às funções públicas e às conquistas da ciência;

d) igualdade econômica, consistente no estabelecimento de um padrão mínimo de vida que corresponda com as necessidades normais do homem, levando-se em conta os seus encargos de família.” (MALUF, 1970, v. 1, p. 283).

A Constituição do Império, de 1824, tipicamente liberal, estabelecia um elenco de direitos “civis e políticos” no art. 179 e, entre esses, no item XIII, o princípio da igualdade, assim firmado: “A lei será igual para

todos, quer proteja, quer castigue, e recomendará em proporção dos merecimentos de cada um”.

Esse era o princípio genérico da isonomia, uma vez que havia outros itens, nesse artigo, que decorriam desse princípio, tais como:

“XIV. Todo cidadão pode ser admitido aos cargos públicos civis, políticos ou militares, sem outra diferença, que não seja a dos seus talentos, e virtudes.

XV. Ninguém será isento de contribuir para as despesas do Estado em proporção de seus haveres.

XVI. Ficam abolidos todos os privilégios, que não forem essencial, e inteiramente ligados aos cargos, por utilidade pública.

XVII. À exceção das causas, que por sua natureza pertencem a Juízos particulares, na conformidade das leis, não haverá foro privilegiado, nem comissões especiais nas causas cíveis, ou crimes.”

Pimenta Bueno (1958, p. 412), constitucionalista da época, comentando o “direito de igualdade em geral”, constante do item XIII do art. 179 de nossa Constituição de 1824, assim se expressava:

“Qualquer que seja a desigualdade natural ou casual dos indivíduos a todos os outros respeitos, há uma igualdade que jamais deve ser violada, e é a da lei, quer ela proteja, quer castigue, é a da justiça, que deve ser sempre uma, a mesma, e única para todos sem preferência, ou parcialidade alguma. É de justiça que cada homem seja senhor de si próprio, que tenha igual liberdade de procurar satisfazer suas necessidades por seu trabalho, de elevar-se nas condições sociais por seus serviços e merecimentos, e de obter em proporção deles justa recompensa”.

A Constituição de 1824, ainda que trouxesse expressa uma somatória de direitos

individuais, em geral, não estabeleceu as necessárias garantias a tais direitos, de modo que eles pudessem ter maior eficácia referente a sua efetiva e real proteção.

Além do mais, alguns pontos incluídos no texto constitucional pareciam ferir o próprio princípio da igualdade, ainda que os mesmos fossem produtos de uma época em que o liberalismo predominava universalmente.

É exemplo o exercício do voto, em que o sufrágio estabelecido era o sufrágio censitário.

Tal sufrágio para Duverger (1970, p. 142) “consiste em conceder direito de voto nada mais do que aos indivíduos que pagam uma determinada cifra de contribuição direta, chamada ‘censo eleitoral’. O sufrágio censitário é o sufrágio dos contribuintes”.

Assim, o direito de votar e ser votado era regido pelo critério de renda estabelecido no texto constitucional.

A Constituição, primeira da República, de 1891 dispôs em seu art. 72, § 2º, que:

“Todos são iguais perante a lei.

A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza, e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho”.

A comparação dos dispositivos quanto ao princípio da igualdade constante das Constituições de 1824 e 1891 levou à seguinte observação de Marcelo Caetano (1978, v. 2, p. 123):

“dizer que a Lei será igual para todos é proclamar a sua generalidade: uma norma legal que se refira a escravos aplica-se a todos os escravos sem distinção. Mas quando se afirma que todos são iguais perante a lei, nega-se a própria possibilidade de distinguir entre os homens os que são pessoas e escravos reduzidos a coisas. Todos os homens serão iguais para serem respeitados nos seus interesses, como titulares de direitos individuais”.

É importante a observação também de Barbalho (1924, p. 407) de que:

“Não há, perante a lei republicana, grandes nem pequenos, senhores nem vassallos, patricios nem plebeus, ricos nem pobres, fortes nem fracos, porque a todos irmana e nivela o direito. Não existem privilégios de raça, casta ou classe, nem distinções quanto às vantagens ou ônus instituídos pelo regime constitucional. E a desigualdade proveniente de condições de fortuna e de posição social não influi nas relações entre o indivíduo e a autoridade pública.”

Essa Constituição tinha ainda um progresso em relação à anterior, uma vez que não apenas relacionava os direitos individuais, mas também instituiu garantias a esses direitos, como a criação do *habeas corpus*.

Essa Constituição, ainda que tivesse avanços em muitos pontos, quanto à igualdade, manteve-se com um caráter formal, calcado nas idéias individualistas que permaneciam vigentes.

Outros aspectos da igualdade jurídica encontramos no texto da Constituição. Nesta, o sufrágio censitário, que tinha como base a capacidade econômica do cidadão, existente na Constituição de 1824, foi substituído pelo sufrágio universal.

Em 1934, foi promulgada nova Constituição, esta sob influência da Constituição alemã de Weimar, de 1919, debaixo do influxo de uma nova ordem econômica e social. Era o nascimento do chamado Estado Providência no Brasil, em substituição ao até então adotado Estado Liberal.

O princípio da isonomia foi mantido, agora conjugado com as novas regras econômicas e sociais, e com as limitações ao direito de propriedade.

Tal princípio foi solenemente estabelecido no art. 113, nº 1, com a seguinte redação:

“Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo,

raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas”.

Outros aspectos decorrentes desse princípio encontravam-se incluídos no texto constitucional.

Entretanto, passava-se, em 1934, de mera declaração formal para uma tentativa de igualdade social e econômica. Nesse sentido, pode-se tomar como diretriz a regra constante do art. 115: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que *possibilite a todos existência digna*. Dentro desses limites é garantida a liberdade econômica”. Nessa ordem de idéias, merece especial relevo a restrição ao direito da propriedade, garantido em 1891, “em toda a plenitude” (§ 17 do art. 72), e subordinado, em 1934, ao “interesse social e coletivo” na forma que a lei determinar (§ 17 do art. 113)” (FARIA, 1973, p. 71, 72).

Essa Constituição teve uma vida efêmera até 1937, daí a observação de Pinto Ferreira (1975, p. 423) de que

“ela não teve a solidez inconfundível da obra-prima de Rui Barbosa. Reflexo sul-americano da Constituição de Weimar, brilhou fugaz e transitória como a sua mãe democrática alemã, como uma constituição de compromissos entre a burguesia e proletariado”.

A Constituição de 1937 dispôs em seu art. 122, n° 1, que: “Todos são iguais perante a lei”. Incluía, ainda, outros dispositivos decorrentes da igualdade jurídica.

Entretanto, se de um lado essa Carta Constitucional dedicava uma parte aos “Direitos e garantias individuais”, de outro, a mesma era totalitária e ditatorial em mãos do Chefe do Executivo.

Todos os estudiosos da Carta de 1937 são unânimes em afirmar que a mesma nunca foi cumprida, nem respeitada, não tendo nem chegado a existir. Para Waldemar Ferreira, “destituída de sinceridade, aquela Carta teve existência apenas no papel (...)”.

Tudo quanto nela se planejou foi mera fantasia” (FERREIRA, W., 1954, p. 108).

Assim sendo, esta deixa de ter um maior interesse, em especial quanto ao princípio da igualdade perante a lei, uma vez que no período de sua vigência preponderava a vontade do Presidente sobre a da lei. Ressalte-se que, no período do Estado Novo, o Poder Legislativo nunca se reuniu.

Em 18 de setembro de 1946, foi promulgada a nova Constituição brasileira, muito próxima do espírito da Lei Fundamental de 1934.

Quanto ao princípio da igualdade, foi sintética em seu art.141, § 1º: “Todos são iguais perante a lei”.

Esse primeiro parágrafo, que aparece no elenco dos direitos e garantias que a Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, não foi incluído em primeiro lugar por acaso. Francisco Campos ressalta que

“o primeiro lugar na enumeração quis significar expressivamente, embora de maneira tácita, que o princípio de igualdade rege todos os direitos em seguida a ele enumerados. É como se o art. 141 da Constituição estivesse assim redigido: ‘A Constituição assegura com *igualdade* os direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes’...” (CAMPOS, 1947, v. 10, p. 376).

A igualdade aqui estabelecida é de caráter proporcional, isto é, não é absoluta, que possa ter sua aplicabilidade a qualquer situação. “A igualdade absoluta, matemática, é de fato o paradoxo da igualdade” (MAXIMILIANO, 1946, v. 3, p. 36).

Essa igualdade não exclui as diferenças existentes entre os homens decorrente das condições pessoais, em razão da atividade que vai ser exercida e que possa vincular-se às habilitações e condições necessárias que muitas vezes exigem limitações de idade ou mesmo de sexo. Todavia, em igualdade de condições não se permite nenhuma distin-

ção quanto à idade, sexo, cor, credo religioso, etc.

Alguns autores entendem que o princípio, como está posto nessa Constituição, é por demais genérico, uma vez que caberia ao legislador a liberdade de ação quanto à aplicação da norma.

Entretanto, o princípio da igualdade é obrigatório também ao legislador, que não pode emanar normas que não sejam genéricas. A ele é vedado prescrever distinções através da lei, ainda que possa atender a casos individuais. Acrescente-se mais, que a lei tem como fim o bem comum e não uma determinada classe ou grupo de indivíduos. Assim, “o princípio da igualdade assegura a cada um o que é assegurado aos outros, na mesma medida e nas mesmas condições, na feliz expressão de Ernst Jorker” (CAVALCANTI, 1977, p. 216).

Dessa forma, o princípio constitucional geral tem a amplitude desejada, sem que seja necessário dispor com detalhes aquilo que já foi esculpido ao longo da história. Aliás, assim já se expressava o Prof. Mário Masagão, quando constituinte em 1946: “Devemos perder o hábito de desenvolver em dispositivos copiosos, desmanchados e indigestos aquilo que os séculos esculpíram em formas lapidares” (DUARTE, 1947, v. 3, p. 15).

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1/69 tinham, quanto ao princípio da igualdade, a mesma redação, respectivamente em seus arts. 150, § 1º e 153, § 1º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça”.

Esse texto, comparativamente com o da Constituição anterior, é mais explícito.

“A explicitude, que se insere no final da primeira parte do art. 153, § 1º, seria supérflua, se não parecesse ao legislador constituinte que nem sempre se interpreta convenientemente, com os princípios científicos de exegese das leis, especialmente das regras

jurídicas constitucionais, o que dizia nos textos das Constituições anteriores que apenas enunciavam o princípio da igualdade perante a lei” (MIRANDA, 1974, tomo IV, p. 708).

A segunda parte desse artigo foi lembrada como forma de o constituinte determinar que o preconceito de raça fosse punido pelo legislador. “O tratamento desigual em razão da raça é, portanto, condenado pelo preceito constitucional, devendo ser caracterizado pela lei como crime” (FERREIRA FILHO, 1983, p. 588).

O princípio da igualdade perante a lei tem o significado da permissibilidade de que a lei possa, todavia, estabelecer desigualdade entre os homens, para aqueles que se encontram em situações desiguais. A desigualdade permitida é, exatamente, para que se alcance a igualdade.

“O imperativo do tratamento desigual dos que estão em situação desigual impõe, por exemplo, ao legislador o estabelecimento de leis especiais, que protejam determinadas categorias. Para isto, editam-se leis destinadas a amparar os economicamente fracos: os trabalhadores; os mal alojados; os inquilinos, e assim por diante” (FERREIRA FILHO, 1983, p. 588).

A Constituição vigente consagrou o princípio da igualdade já no seu Preâmbulo. Ainda que discutível a força normativa do Preâmbulo nas Constituições, conforme se vê nas posições divergentes dos doutrinadores, todavia, não se pode negar que o mesmo corresponde a manifestação do constituinte que pautou sua intenção de estabelecer uma efetiva igualdade para se alcançar o Estado Democrático de Direito que vem inserido no *caput* do art. 1º da Constituição.

Tanto que o Preâmbulo constitucional aponta expressamente o desejo do constituinte em “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supre-

mos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...).”

Também no corpo permanente da Constituição, o princípio foi esculpido no *caput* do art. 5º e no seu inciso I.

Aliás, o alcance do princípio expraia-se, como não poderia deixar de ser, por todo o texto da Constituição. Tanto que, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, encontra-se o de “reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III) e “de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV)”. Além do mais, materializa o alcance da busca pela igualdade quando dispõe sobre regras específicas no dispositivo que trata dos direitos dos trabalhadores (art. 7º) e mais, quando trata da ordem econômica e da ordem social. Em ambos os Títulos, a menção à justiça social conduz claramente à manifesta intenção do constituinte em construir um Estado que proporcione o melhor bem-estar à sociedade.

Rui Barbosa (1944, p. 12) já deixava, de modo muito claro, o seu entendimento sobre a igualdade:

“A regra de igualdade não consiste senão em quinhão desigualdade aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nessa desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não, igualdade real.”

A igualdade de tratamento constitui um princípio de justiça, cuja validade ultrapassa a de todos os princípios democráticos e liberais. Esse princípio se estende além de uma igualdade puramente formal, para ser, no Estado contemporâneo, principalmente, uma igualdade econômica. Muitas vezes a igualdade de posições jurídicas formais esconde uma desigualdade social.

Esse Estado busca a construção de uma sociedade em que haja igualdade de oportu-

nidades para todos e na qual predomine a preocupação permanente de se proporcionar o bem-estar a todos os cidadãos.

3. A dicotomia entre o público e o privado

Com a missão de promover o bem-estar do povo, o Estado outrora formado sob a égide do liberalismo clássico foi substituído pelo chamado Estado Providência.

Essa mudança ocorreu também no Estado brasileiro a partir da Constituição de 1934, quando esse tomou para si a responsabilidade de atuar participativamente na atividade econômica, colocando-se como empreendedor por meio de uma atuação imediata e, assim, posicionando-se como verdadeiro empresário.

Ocorre que o Estado não tinha no seu organismo interno as condições necessárias para atender as novas funções. A sua máquina administrativa era por demais complexa e excessivamente burocratizada, o que a impedia de atender as exigências da atividade empresarial então assumida.

Tal fato demonstrava claramente a necessidade de se proceder a uma profunda alteração no organismo estatal, introduzindo mecanismos que possibilitassem uma maior agilidade e eficiência no desempenho da sua função empresarial.

Assim, o Estado faz surgir a administração indireta, com as autarquias, inicialmente, e, depois, com as sociedades de economia mista e as empresas públicas. A justificativa era a necessidade de se buscar mecanismos estatais mais ágeis e flexíveis que pudessem atuar com maior presteza no desenvolvimento da sua nova função.

Esses entes que representam a presença do Estado na atividade econômica, sejam sozinhos ou associados com o particular, atuam em paralelo com a iniciativa privada, em face da impossibilidade de poderem competir utilizando-se de seus órgãos da administração direta, uma vez que esses são

criados para o exercício peculiar de serviço público.

Esses novos entes são instituídos pelo Estado sob forma de sociedades comerciais. Entretanto, continua sendo o Estado ali presente, atuando, agora, por meio desses, na atividade econômica concorrencialmente com a empresa privada.

Essas emanções do Estado, por vezes, em face da vinculação estatal, recebiam privilégios e favores de seu instituidor, causando uma situação de desigualdade na concorrência com a iniciativa privada. Tal fato, se de um lado criava uma situação vantajosa para a empresa estatal com prejuízo à empresa privada, causando um desequilíbrio concorrencial entre as mesmas, do outro, feria o princípio da igualdade hoje posto nos ordenamentos jurídicos como princípio basilar do Estado democrático contemporâneo.

“A liberdade de iniciativa (...) constituiu o elemento primordial de todo o regime capitalista, sobretudo na atribuição e garantia de ambiente próprio à ação individual nos negócios e nas realizações econômicas. Sua abolição total seria a implantação drástica do socialismo”. (SOUZA, 1961, p. 137).

Dessa forma, era absolutamente necessário estabelecer as regras de convivência entre as empresas estatais e as empresas privadas, de modo que essas últimas não sofressem prejuízos que as levassem ao caos financeiro, a ponto de muitas delas até correrem o risco do desaparecimento, sufocadas por uma preferência que viesse a ser dada às empresas estatais pelo seu próprio instituidor.

Para atender as novas formulações constitucionais no Estado brasileiro que se operaram a partir da Constituição de 1934, a Administração Pública do nosso país não se furtou em instituir empresas desse gênero, de modo a cumprir as exigências de uma atuação econômica e empresarial por parte do Estado.

Essa proliferação de entes da administração indireta surgiu com as autarquias em

1930 e, em especial, após 1934 com a nova Constituição consagradora do Estado Providência em nosso país.

Esses entes receberam, inicialmente, estruturas jurídicas diversas, em razão da falta de conceituação e definição próprias que os conduzissem a uma maior clareza no mundo jurídico. Tal fato resultava num incipiente controle e fiscalização que permitia os abusos, bem como configurava uma insegurança no plano do direito. Os doutrinadores brasileiros conflitavam na análise desses entes e se socorriam de exemplos estrangeiros para aplicá-los a nossa situação, o que nem sempre solucionava adequadamente o contido no nosso ordenamento jurídico.

Além do mais, o fato de os mesmos atuarem na atividade econômica de forma concorrencial com as empresas privadas ensejava, muitas vezes, por parte do Estado, a concessão de privilégios e favorecimentos às suas entidades, colocando-as, assim, como concorrentes desleais perante aquelas da iniciativa privada.

Com o advento do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, definem-se as formas jurídicas pelas quais o Estado, por meio de seus entes da administração indireta, atua no campo econômico.

Se o referido Decreto-lei não veio preencher os anseios de uma parte da doutrina, na verdade retirou a maioria das dúvidas existentes, bem como definiu cada uma das entidades da administração indireta. Também o Decreto-lei nº 900, de 29 de setembro de 1969, que produziu modificações parciais no anterior, contribuiu para a definição das formas jurídicas em que o Estado atua na vida econômica.

A Constituição vigente fixou os princípios da atuação do Estado na ordem econômica, como também definiu as regras que devem reger a concorrência entre as empresas estatais e as empresas privadas.

Mas a preferência constitucional é dada à iniciativa privada. Tanto que a livre iniciativa contida nos arts. 1º, IV, e 170, *caput*, da Constituição, além de demonstrar a prefe-

rência à empresa privada, prescreve ainda que o Estado, na qualidade de agente normativo e regulador da atividade econômica, deve incentivá-la, isto é, estimulá-la e apoiá-la (art. 174).

A livre iniciativa, portanto, não apenas se apresenta como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV), como também é fundamento da ordem econômica, juntamente com a valorização do trabalho humano (art. 170, *caput*).

Ressalte-se, ainda, que a Constituição Federal, no parágrafo único do art. 170, reafirma que “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

As empresas privadas, não se pode negar, desenvolvem uma atuação também de interesse público, em especial no Brasil, em que a Constituição fixa como princípio da ordem econômica a “livre iniciativa”, bem como defere às referidas empresas a preferência para atuarem no setor econômico.

A Constituição estabelece em seu art. 170 os fundamentos, a finalidade e os princípios norteadores da ordem econômica, tudo conforme os ditames da justiça social.

Quanto aos fundamentos, o constituinte elegeu a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa.

O texto constitucional assim dispõe no *caput* do art. 170:

“A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...)”.

A valorização do trabalho humano como um dos fundamentos da ordem econômica constitucional vigente foi acolhida sob influência da doutrina social da Igreja, que vê no trabalho nobreza e dignidade.

O trabalho é, portanto, um direito fundamental e, assim, de responsabilidade obrigacional do Estado a quem compete proporcionar a criação de oportunidades para to-

dos de modo a minimizar as desigualdades existentes.

Valorizar o trabalho humano é reconhecê-lo como um direito fundamental da pessoa humana que, integrada à sociedade, tem a faculdade de poder exercer uma atividade que atenda as suas necessidades, da sua família e também da sociedade, mediante justa remuneração.

“Na verdade, o trabalho é ao mesmo tempo um direito e uma obrigação de cada indivíduo. Como direito deflui diretamente do direito à vida. Para viver, tem o homem de trabalhar. A ordem econômica que lhe rejeitar o trabalho, lhe recusa o direito a sobreviver. Como obrigação, deriva do fato de viver o homem em sociedade, de tal sorte que o todo depende da colaboração de cada um” (FERREIRA FILHO, 2002, p. 353).

Valorizar o trabalho humano é, pois, conferir ao trabalho e aos trabalhadores um tratamento relevante à semelhança do que faz o nosso texto constitucional quando relaciona, em especial, no art. 7º o rol dos principais direitos dos trabalhadores.

O outro fundamento da ordem econômica constitucional vigente é o da livre iniciativa.

O texto constitucional consagra a preferência pelo sistema capitalista decorrente da apropriação dos meios de produção e da livre iniciativa.

Como vimos, esta é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil juntamente, entre outros, com “os valores sociais do trabalho”, conforme o disposto no inciso IV do art. 1º da nossa Constituição Federal, reafirmada também como fundamento da ordem econômica juntamente com a “valorização do trabalho humano”, nos termos do art. 170, *caput*.

“Importa deixar bem vincado que a livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. A Constituição, ao contemplar a livre iniciativa,

a ela só opõe, ainda que não a exclua, a ‘iniciativa do Estado’; não a privilegia, assim, como bem pertinente apenas à empresa” (GRAU, 2000, p. 231).

O texto constitucional estabeleceu também as regras que devem reger a concorrência entre as empresas estatais e as empresas privadas.

Assim dispõe o art. 173:

“Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV – a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V – os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”.

É bom lembrar que esse § 1º e seus incisos do referido artigo foi objeto da redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98. Portanto, era outra a redação originária da Constituição vigente.

A Constituição, quanto à ordem econômica, além de deferir às empresas privadas a preferência para a exploração das atividades econômicas, estabelece ainda que ao Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, compete exercer a função de incentivo.

A participação estatal se faz apenas em caráter suplementar da iniciativa privada, exceto quanto ao disposto no *caput* do art. 173, que está a se referir a uma das formas de exploração direta da atividade econômica pelo Estado. Denomina-se tal exploração “necessária”, decorrente dos imperativos da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei, a qual, portanto, “não se trata aqui de participação suplementar ou subsidiária da iniciativa privada” (SILVA, 2000, p. 782).

Sendo a atividade econômica própria dos particulares, cabe ao Estado, além da participação subsidiária, prestar o incentivo às empresas privadas na exploração das atividades econômicas.

A regra é, portanto, de que tal atividade pertence à empresa privada, sendo exceção a presença do Estado.

“A liberdade da iniciativa privada não é, todavia, ilimitada na Constituição, o que vem ensejar a ação subsidiária do Estado

no domínio econômico” (NICZ, 1981, p. 110).

A missão do Estado, de forma secundária nesse campo, é a de colaborar com a iniciativa privada. Confirma-se pelo que traz o texto constitucional em seus parágrafos do art. 173.

O § 1º, II, desse artigo trata do princípio da igualdade jurídica, que decorre da obrigação de as empresas públicas e sociedades de economia mista sujeitarem-se às normas aplicáveis às empresas privadas quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, acrescido ainda da redação do § 2º do referido artigo, em que consta expressamente que estas “não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”.

Na Constituição vigente, a exploração pelo Estado da atividade econômica far-se-á somente por meio da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, pessoas jurídicas de direito privado, que integram a administração descentralizada do Estado.

Se atribuídas vantagens às empresas estatais, estar-se-ia ferindo a regra geral que estabelece caráter preferencial às empresas privadas. Ora, o texto constitucional, no seu art. 174, confere ao Estado funções quanto à atividade econômica, inclusive, entre elas, a de incentivar a iniciativa privada e, portanto, os privilégios que venham a ser concedidos às empresas estatais concorreriam para o desestímulo de as mesmas atuarem na exploração da atividade econômica. Além do mais, reitera-se que a atuação do Estado neste campo, segundo a regra constitucional, é de caráter subsidiário.

Fábio Konder Comparato (1980, p. 142, 181-182), analisando o mesmo preceito da Constituição anterior, isto é, o § 2º do art. 170, assinalava que:

“A disposição normativa do § 2º do art. 170 da Constituição representa simples decorrência lógica do princípio da preponderância da empresa privada e do caráter suplementar da

atividade econômica estatal, constante do *caput* e do § 1º. Ingressando como agente do mercado para suprir as deficiências da iniciativa particular, o Estado assume o *status* de pessoa privada e submete-se ao regime geral do direito privado”.

A igualdade jurídica estabelecida no texto constitucional vigente é aplicada em setores não monopolizados e naquelas matérias do *caput* do art. 173, que se refere à exploração direta necessária, isto é, quando o exigir a segurança nacional ou interesse público relevante, conforme definidos em lei, em que, por razões especiais, pode vir a ocorrer a concorrência entre as empresas privadas com as empresas estatais.

Ferreira Filho (1981, p. 144-197), ao tratar do princípio da igualdade, apresenta três aspectos fundamentais: a igualdade de todos perante o direito, a uniformidade de tratamento dos casos iguais e, como face negativa, a proibição das discriminações. Afirmando ser esse último aspecto o que fundamentalmente inspira a norma constitucional, conclui que este

“veda (...) que lhes sejam concedidos privilégios, vantagens, favores que lhes permitam concorrer, deslealmente, com as empresas privadas. Está nisso a proibição das discriminações, ou seja, das distinções arbitrárias”.

Essa igualdade importa em que elas observem os mesmos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. A igualdade colocada no texto constitucional é justificável, porque, na eventualidade de se permitir tratamento desigual entre as empresas estatais e as empresas privadas, as primeiras ficariam em situação vantajosa perante as segundas. A desigualdade, por certo, em vez de estimular a iniciativa privada, causaria apatia, reduzindo a possibilidade de se interessarem em cobrir o setor que preferencialmente lhes compete por força do dispositivo constitucional. Portanto, *a contrario sensu*, também impede que as em-

presas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias dêem aos seus empregados os favores que a legislação outorga ao servidor público.

O exercício pelo Estado da atividade econômica não-monopolizada, isto é, em caráter concorrencial com empresas privadas que explorem o mesmo setor, regidas constitucionalmente em caráter de igualdade que veda privilégios ou discriminações, não exclui, entretanto, o tratamento específico que o Estado venha dispensar às suas empresas em razão de suas próprias peculiaridades, desde que tais regras não as descaracterizem como empresas.

“A norma constitucional deve (...) ser entendida mais em seu espírito do que na literalidade de seu texto. Dela não se há de extrair *a contrario sensu* a inaplicação de normas próprias de direito público, até mesmo nos dois campos que especialmente destaca: o regime de seu pessoal e o da regulação de suas obrigações” (TÁCITO, 1983, p. 25).

Assim é quanto à equiparação de seus empregados aos servidores públicos, quando lhes veda a acumulação de cargos (art. 37, XVII) ou ainda, quando expressa que sobre as suas contas se exercerá o controle externo do Tribunal de Contas (arts. 70 e 71). Outros casos poderiam ser apontados como exemplos.

A contrario sensu, quando o Estado explorar atividade monopolizada, fica derrogada a regra constitucional obrigatória da igualdade aplicável às empresas privadas.

O princípio da igualdade entre as empresas estatais e as empresas privadas, também chamado por alguns autores de princípio da igualdade econômica, estabelece que o Estado, quando, revestido da forma empresarial, atuar na atividade econômica, deverá sujeitar-se à igualdade de tratamento aplicado às empresas privadas.

Ora, o princípio isonômico estabelecido no texto constitucional entre tais empresas torna-se absolutamente necessário, quando

estamos diante de um modelo econômico expressamente posto na Constituição que defere às empresas privadas a preferência para atuarem no campo das atividades econômicas, cabendo ao Estado, nesse caso, o plano secundário.

Dessa forma, para a plena obediência do dispositivo constitucional se faz necessário que as empresas estatais se sujeitem às mesmas normas aplicáveis às empresas do setor privado. É o fiel cumprimento do princípio da igualdade.

A livre concorrência pressupõe, aliás, igualdade de condições dos participantes, sem o que se estabelecerá um desequilíbrio entre as partes, favorecendo uns e prejudicando outros.

Inconcebível que o próprio Estado viesse a ser o autor do ato que permitisse a afronta ao princípio da isonomia, propiciando favorecimentos ou privilégios às suas próprias empresas, com prejuízo à empresa privada, caracterizando, dessa forma, uma concorrência desleal.

A concorrência pressupõe, como condição essencial, necessária ou imprescindível, que o Estado não favoreça a qualquer dos concorrentes, devendo, ao contrário, assegurar a todos um tratamento absolutamente igual, a nenhum deles podendo atribuir prioridade ou privilégio que possa colocá-lo em situação especialmente vantajosa em relação aos demais. (CAMPOS, 1947, v. 10, p. 380).

Assim, quando o Estado vier a atuar na organização e na exploração das atividades econômicas, seja para fins de complementar a atuação dos particulares que se mostre insuficiente no atendimento à coletividade ou, ainda, quando para preencher espaço não provido pela iniciativa privada, deverá fazê-lo em igualdade de condições com as empresas privadas. Essa igualdade caracteriza-se pela impossibilidade de o Estado conceder vantagens às suas empresas sob pena de desestimular as empresas privadas e, ainda, contrapor-se ao texto da Constituição. É vedado, inclusive, que o Es-

tado atribua vantagens tributárias às suas empresas quando competindo com os particulares. Excepciona-se quanto ao princípio da igualdade tributária a atividade monopolista do Estado.

O princípio da igualdade entre as empresas estatais e privadas no texto da Constituição está afirmado, pois, com o sentido da impossibilidade de as primeiras se colocarem em posição privilegiada perante as segundas, exceto na atividade monopolizada, quando o próprio caráter da atividade já não permite que seja exercida pela iniciativa privada.

Ressalte-se, também, que a Constituição defere ao Estado, nos termos do *caput* do art. 173, a exploração direta da atividade econômica, todavia, apenas quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

O Estado explora diretamente a atividade econômica, nos termos autorizados pela Constituição, sob duas formas, ou pelo monopólio ou pela denominada intervenção necessária.

Nesse caso, não se cogita de possível preferência atribuída à iniciativa privada. Esta está afastada por força da necessidade da presença direta do Estado que decorre dos imperativos da segurança nacional ou do relevante interesse coletivo. Não há, portanto, qualquer menção de participação estatal subsidiária ou suplementar à iniciativa privada. Ressalte-se, todavia, que, ainda que as expressões utilizadas no dispositivo constitucional possam ser daquelas de conceitos vagos e indeterminados, o constituinte teve a cautela de estabelecer que a atuação do Estado obediente a esse preceito se faria “conforme definidos em lei”.

Bibliografia

BARBALHO, João. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1924.

BARBOSA, Rui. Oração aos moços. *Revista Arcádia*, São Paulo, 1944.

BONAVIDES, Paulo. *Política e Constituição: os caminhos da democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958.

CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. 2 v.

CAMPOS, Francisco. Igualdade de todos perante a lei. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 10, 1947.

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

COMPARATO, Fabio Konder. Intervenção do domínio econômico. Sociedade de economia mista. Alienação de ações. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 142, out./dez. 1980.

DUARTE, José. *A Constituição brasileira de 1946*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional. 1947. v. 3.

DUVERGER, Maurice. *Instituciones políticas y derecho constitucional*. 11. ed. Barcelona: Ariel, 1970.

FARIA, Anacleto de Oliveira. *Do princípio da igualdade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais: Ed. da USP, 1973.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Empresa pública. Sociedade de economia mista. Princípio da igualdade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 144, abr./jun. 1981.

_____. *Comentários à Constituição brasileira*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

_____. *Curso de direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERREIRA, Luís Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. São Paulo: Saraiva, 1962.

_____. *Teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva, 1975. v. 1.

FERREIRA, Waldemar. *História do direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1954.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. rev. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2000.

IGUALDADE. In: OPPENHEIM, Felix E. *Dicionário de política*. 2. ed. Brasília: Ed. UnB, 1986.

MALUF, Sahid. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1970. v. 1.

- MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira de 1946*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948. v. 3.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1, de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. Tomo 4.
- _____. *Democracia, liberdade, igualdade, os três caminhos*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- NICZ, Alvair Alfredo. *A liberdade de iniciativa na Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- RADICE, Giles. *Socialismo democrático*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- SODER, José. *Direitos do homem*. São Paulo: Nacional, 1960.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Do econômico nas constituições vigentes*. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1961. v. 2.
- TÁCITO, Caio. Direito administrativo e direito privado nas empresas estatais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 151, jan./mar. 1983.
- VOLTAIRE, J. M. *Dicionário filosófico*. São Paulo: Abril, 1973. (Os Pensadores).

