UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

JAMIL GONÇALVES DO NASCIMENTO JUNIOR

A regulação municipal do comércio local

Ribeirão Preto

2018

JAMIL GONÇALVES DO NASCIMENTO JUNIOR

A regulação municipal do comércio local

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo como requisito para obtenção do título de Mestre em Ciências. Programa: Direito.

Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito

Orientador: Professor Doutor Thiago Marrara de Matos

Ribeirão Preto

2018

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca e
Seção Técnica de Informática da FDRP/USP,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Nascimento Junior, Jamil Gonçalves do

N244r

A regulação municipal do comércio local / Jamil Gonçalves do
Nascimento Junior; orientador Thiago Marrara de Matos. -- Ribeirão
Preto, 2018.

187 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) --
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo,
2018.

1. REGULACAO. 2. MUNICIPIO. 3. COMERCIO LOCAL. 4.
REGULACAO MUNICIPAL. 5. COMPETENCIA MUNICIPAL. I.
Matos, Thiago Marrara de , orient. II. Título

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: NASCIMENTO JUNIOR, Jamil G.

Título: A regulação municipal do comércio local

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo como requisito para obtenção do título de Mestre em Ciência – Programa: Direito – Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

DEDICATÓRIA

Com o amor de sempre:

À minha mãe, Cleia

Ao meu pai, Jamil;

À minha noiva, Clau

AGRADECIMENTOS

Em primeiro, agradeço meu orientador Thiago Marrara, quem muito contribuiu com o desenvolvimento do trabalho por meio de esclarecimentos sempre pertinentes a respeito do tema. Agradeço ainda ao professor Gabriel Lochagin, que teve papel relevante na escolha do método de pesquisa sobre o conceito de comércio, quando ainda em banca de qualificação apontou sobre a importância de verificações históricas em assuntos dessa natureza.

Não há como deixar de expressar a minha gratidão à Vânia Prudêncio, a intermediadora entre minha relação conflituosa com o sistema Janus e anjo-da-guarda dos mestrandos da FDRP-USP. E a todos os colaboradores vinculados à USP, o meu muito obrigado.

Aos outros orientandos do Professor Thiago Marrara, Roberto Amaral e Jesus Pacheco, com quem dividi as angústias e risadas nesse caminho do mestrado, grato pela amizade e colaboração.

A todos os colaboradores do escritório Jamil Nascimento Advogados Associados, a gratidão é desmesurada. Sem vocês, não teria condições de paralelamente desenvolvendo uma pesquisa em nível de mestrado e advogar. Jamil, Cleia, Milena, Matheus, Roberta, Augusto e Leda...muitíssimo obrigado. Nesse contexto, aproveito ainda para render mais um novo obrigado em especial aos meus pais, que também trabalham no escritório, responsáveis por tudo e por não me deixar desistir, mesmo quando os momentos foram difíceis.

E por fim, obrigado à minha noiva, que apareceu no íterim do processo, e desde o relatório de qualificação vem me auxiliando com leituras e releituras do que foi produzido. Fora isso, é ela quem tolera minha solidão nos finais de semanas e nas noites adentro quando escrevo, incentiva quando desanimo, faz tudo se tornar mais fácil, e é dona do meu riso.

EPÍGRAFE

"Combati o bom combate, acabei a carreira, guardei a fé"

2 Timóteo 4:7

RESUMO

NASCIMENTO JUNIOR, Jamil Gonçalves do. **A regulação municipal do comércio local.** ANO. 2018 f. Dissertação/Tese (Mestrado/Doutorado) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2018

O presente trabalho tem o objetivo de traçar um desenho geral sobre a regulação municipal do comércio local, sintetizado, a partir de uma investigação histórica, como atividade econômica ocorrida em um ambiente urbano de encontro entre oferta e demanda, livre por essência, mas passível de intromissões estatais. Dessa definição, revela-se o comércio local como assunto de intersecção entre questões de interesse local, questões econômicas e questões urbanísticas, cuja competência material e legislativa é privativa dos Municípios, conforme se depreende da análise dogmática que recai sobre a partilha de competências disposta na Constituição. Definido o objeto regulado, e identificada a Pessoa Política vocacionada a realizar a regulação, necessário se faz identificar as situações, os limites, e as finalidades que autorizam o poder local a intervir no comércio, apresentando-se a pesquisa jurisprudencial focada no Supremo Tribunal Federal como método apto a trazer bons resultados. Daí que a partir da identificação do conceito de comércio local, análise da partilha de competências dispostas na Constituição, e verificação das razões de decidir do Supremo em temas afetos à lei municipal e comércio, desenhar-se-á uma moldura regulatória municipal do comércio local, dotada de plasticidade suficiente para se adequar a realidade peculiar de cada comuna.

Palavras-chave: Regulação municipal. Comércio local. Competência municipal

ABSTRACT

NASCIMENTO JUNIOR, Jamil Gonçalves do. **The municipal regulation of local commerce.** ANO. 2018 f. Dissertação/Tese (Mestrado/Doutorado) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2018

The present study aims to delineate a general design about the municipal regulation of local commerce, by an historical investigation. The concept of commerce can be defined like a economic activity that occur an urban environment where collides offer and demand. This definition lead us to affirme the local commerce is an intersection of economic, urban and municipal questions. Therefore, using a dogmatic analysis, focused on Brazil's Constitution, we can identify an exclusive competence given by the constituent to Municipality. However, knows who is the politic person that can discipline the local commerce is not enough to delineate the general design, because the regulation of local commerce have to normatize with scope. To find this purpose of regulation, the jurisprudence research of Supreme Court can bring to us a lot of exemples and situations. After all, we will be able to designed a municipal regulatory framework of local commerce, with a sufficient flexibility to suit the local interest.

Keywords: Municipal regulation. Local commerce. Municipal competence

SUMÁRIO

NOTAS INTRODUTÓRIAS.....	10
---------------------------------	-----------

CAPÍTULO 1: O CONCEITO DE COMÉRCIO ADOTADO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988.....	11
---	-----------

1.1. Qual o conceito de comércio que buscamos?.....	11
1.2. Noções de direito posto e direito pressuposto para compreensão do conceito de comércio.....	13
1.3. O comércio na história.....	17
1.3.1. Notas sobre o comércio a partir de uma perspectiva histórica do ocidente europeu: da antiguidade à expansão marítima.....	17
1.3.2. As características gerais do comércio desenvolvido no ocidente europeu da antiguidade à expansão marítima.....	33
1.3.2.1. O comércio é relação jurídica mantida entre sujeitos detentores de direitos.....	34
1.3.2.2. O comércio é atividade econômica exercida por comerciante.....	35
1.3.2.3. O comércio como ambiente de encontro entre oferta e demanda (zonas comerciais).....	36
1.3.2.4. Possível definição do conceito de comércio.....	37
1.3.3. O conceito de comércio adotado na Constituição de 1988: características extraídas a partir uma construção histórica.....	38
1.4. Conclusões do capítulo e problematização acerca da regulação do comércio.....	69

CAPÍTULO 2: A COMPETÊNCIA MUNICIPAL PARA REGULAÇÃO DO COMÉRCIO LOCAL.....	74
--	-----------

2.1. O comércio, a cidade e o Município.....	74
2.2. O Município no Estado federal brasileiro: posição e autonomia.....	79
2.3. O sistema de repartição de competências adotado na Constituição de 1988.....	89
2.4. Competência municipal para assuntos relacionados ao ambiente urbano.....	110
2.5. Competência municipal para disciplinar assuntos econômicos.....	113
2.6. Conclusão do capítulo: a competência municipal para regulação do comércio local.....	119

CAPÍTULO 3 – A REGULAÇÃO MUNICIPAL DO COMÉRCIO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	124
3.1. Notas de esclarecimentos sobre o método.....	124
3.2. A regulação municipal do comércio no Supremo Tribunal Federal anteriormente à Constituição de 1988.....	127
3.3. Conclusões a respeito da visão do STF pré-Constituição de 1988 sobre a regulação municipal do comércio.....	145
3.4. A regulação municipal do comércio no Supremo Tribunal Federal posteriormente à Constituição de 1988.....	147
 CONCLUSÃO: TRAÇOS DE UM DESENHO GERAL DA REGULAÇÃO MUNICIPAL DO COMÉRCIO.....	162
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	173

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Não é absurdo afirmarmos que na realidade brasileira os Municípios têm grande destaque, com a presença de mais de cinco mil unidades federativas locais, contra vinte e seis regionais e uma nacional, segundo informações contidas no Censo 2010 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Além da aparente relevância na Federação, é a Pessoa Política mais próxima da realidade dos indivíduos e da própria cidade, sendo o Município vocacionado a servir de palco para concretização de direitos individuais, políticos, econômicos, sociais, culturais, dentre outros.

Em relação à vida econômica, também é no Município que se desenvolve as atividades como a indústria e o comércio. Nessa esteira, sendo ente federativo com intensa atividade econômica, a intervenção municipal pode representar medida indispensável para promoção do bem-estar dos munícipes. Ocorre que, apesar de a intervenção do Estado na Economia ser tema amplamente estudado, a *“intervenção econômica do Município na ótica do Texto Constitucional brasileiro de 1988 raramente foi tratada de forma sistemática e objetiva”* (CLARK, p. 1, 2001).

Daí a primeira dificuldade em investigar temática atinente à regulação municipal do comércio local, na medida que a ausência de material desafia o pesquisador a se valer de métodos distintos para obter os resultados desejados. Ainda mais diante do comércio local, assunto de relativa complexidade que une a um só tempo questões de interesse local, de natureza econômica, e de natureza urbanística.

Destaca-se que identificá-lo nessa intersecção não é intuitivo, somente sendo possível após a resolução do questionamento preambular sobre o conceito real de comércio adotado na Constituição de 1988. Para tanto, relevante a investigação histórica, o que ficou a cargo do primeiro capítulo, no intuito de se formular um conceito plausível adotado pela ordem constitucional vigente, harmonizado ao modelo econômico de bem-estar do Estado brasileiro.

A partir de então, após identificada a fisionomia do comércio, passou-se a aferição da competência municipal para lidar com assuntos atinentes ao comércio local. Neste ponto, ressalta-se, por mais que desde o início tivéssemos o sentimento de que cabe às comunas a vocação para dispor a respeito, a ausência de certeza nos direcionou ao caminho da verificação da hipótese.

Foi quando, combinando métodos, partimos para uma análise dogmática constitucional, no intuito de encontrar na partilha de competência as respostas a respeito da competência regulatória do Município para disciplinar o comércio local. Neste ponto foram

abertos os olhos a respeito da natureza híbrida do assunto em questão, intersecção entre o local, o urbano, e o econômico.

Atestada a possibilidade decorrente das prerrogativas constitucionais atribuídas ao Município para cuidar do comércio local, era indispensável ainda entender em que medida poderia exercer essa competência, ainda mais diante da livre iniciativa que fundamenta uma zona econômica livre e capitalista. Não sem razão, outros questionamentos surgiram no momento, vinculados essencialmente a possíveis conflitos de competência, em razão da estrutura complexa visualizada da federação brasileira.

De mais a mais, apesar de aparentemente solucionada a questão da possibilidade constitucional de o Município regular o comércio, em razão da verificação de suas competências, ainda assim não existia indícios a respeito dos limites para intervenção, permanecendo a dúvida a respeito das situações que poderia o poder local se valer da prerrogativa constitucional para disciplinar o assunto. Neste momento que se inicia o capítulo 3, em que a partir de pesquisa jurisprudencial buscamos nas razões de decidir do Supremo Tribunal Federal notas esclarecedoras a respeito das situações ou motivos que ensejariam uma intervenção municipal no comércio local racional.

Em resumo, a partir da identificação do conceito de comércio local, análise da partilha de competências dispostas na Constituição, e verificação das razões de decidir do Supremo em temas afetos à lei municipal e comércio, pretende-se desenhar uma moldura regulatória municipal do comércio local, dotada de plasticidade suficiente a se adequar a realidade local.

CAPÍTULO 1 - O CONCEITO DE COMÉRCIO ADOTADO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

1.1. Qual o conceito de comércio que buscamos?

A proposta de identificar o conceito de comércio no sistema jurídico brasileiro não é tão elementar quanto aparenta, impondo, em um primeiro momento, esclarecer a confusão preliminar existente entre “conceito” e “definição”, para, somente então, adentrarmos no conceito de comércio propriamente dito.

Para tanto, tomemos como ponto de partida a situação hipotética de um estrangeiro com sede em país cujo idioma para ele é totalmente desconhecido. Por lhe faltar conhecimentos linguísticos, não conseguirá pedir um copo de água. Porém, se,

diferentemente, visualizar o objeto disponível em uma mesa, conseguirá distingui-lo de outros a partir das características conhecidas e saciará sua vontade.

Perceba que desconhecer o termo estrangeiro que significa “copo de água” não é o mesmo que não saber o que é “um copo de água”. Em outras palavras, o estrangeiro tem conhecimento sobre o conceito, porém não tem domínio sobre a sua formulação.

Por essa razão que quando cuidamos de conceitos estamos defronte à ideia, ao sentimento de conhecer algo, à imagem do objeto estampada em nossa mente; o que não implica necessariamente em saber defini-lo, seja por não conseguir distinguir as suas características ou por não saber o termo que o representa.

O Professor Antônio Junqueira de AZEVEDO (2004, p. 44) da mesma forma esclarece que conceito é ideia, que pode ser “ *a) clara ou obscura, conforme ela seja suficiente ou não para fazer reconhecer seu objeto, dentre outros objetos; e b) distinta (nítida) ou confusa, conforme se revele ou não as notas características que compõe seu objeto*” (AZEVEDO, 2004, p. 44).

Analisa, então, o “negócio jurídico” asseverando que se trata de conceito real, concreto, do homem vivendo em sociedade, “*um conceito de sempre*” (AZEVEDO, 2004, p. 44), pelo que, comparativamente, afirmar que o negócio jurídico surgiu com as definições nos séculos XVIII e XIX é o mesmo que dizer que antes de Newton não existiam as leis da gravitação universal.

Observa-se, então, que o conceito existe independentemente de definição, pois se trata de uma “*suma de ideias*” (GRAU, 2011, p. 194). A inexistência de formulações doutrinárias não é suficiente para refutar a ideia, o sentimento de conhecimento de algo, o que vale tanto para objetos quanto para uma forma jurídica de os homens se relacionarem (AZEVEDO, 2004, p. 44).

Para o conceito de comércio, o raciocínio é semelhante.

Assim como no negócio jurídico constatado por Antônio Junqueira de Azevedo, o conceito de comércio é real: existe não por criação de um texto legal ou doutrinário, e sim porque o vivemos e o sentimos.

E desde já é importante desapegar das preocupações passadas que buscavam diferenciar o conceito jurídico do conceito econômico de comércio.

Rubens REQUIÃO (1982, pp. 3-5), por exemplo, ao introduzir a 12ª edição do *Curso de Direito Comercial*, datada de 1982, logo nas primeiras páginas busca essa diferenciação. Se observado, para o comercialista o “comércio econômico” é a aproximação que oportuniza

a circulação de riqueza produzida; enquanto o “comércio jurídico” são os atos de intromissão que facilitam a circulação de produtos com fim lucrativo.

Veja que na pretensão de lançar conceitos com definições distintas, acaba por defini-los quase que de forma idêntica; o que é natural, por se tratar o comércio de um modo de comportamento que se identifica como um único fenômeno social, dotado de juridicidade e conteúdo econômico.

Demais disso, não se pode olvidar que muito do econômico há no jurídico, e muito do jurídico há no econômico, pelo que, nas palavras de Fábio NUSDEO, existe “*intrincada dinâmica de interação recíproca entre ambos*” (2010, p. 30), o que dificulta mais essas pretensões de diferenciação rígida entre um e outro.

Desta arte, buscamos no presente capítulo o conceito real de comércio, cuja definição será construída a partir das características identificadas no curso de uma investigação histórico-cultural, “*estudando-o em movimento, em constante modificação, formação e destruição – isto é, como de fato ocorre na realidade concreta*” (GRAU, 2011, p. 45), sem depender exclusivamente do direito positivo.

No entanto, antes de iniciarmos essa perquirição histórica, é imprescindível esclarecer o porquê do cuidado em não se valer de um método estritamente dogmático, bem como explicar em que medida a compreensão de um direito posto e pressuposto tende a contribuir nessa tarefa de identificar o conceito de comércio adotado pelo sistema jurídico brasileiro vigente.

1.2. Noções de direito posto e direito pressuposto para compreensão do conceito de comércio

Encerramos o ponto anterior esclarecendo que o objetivo deste primeiro capítulo é identificar o conceito real de comércio, conceito esse que se vale o direito positivo vigente imbuído na função de regulá-lo, mas que não necessariamente é por ele expressamente definido.

Decorre daí, conforme já declarado, a intenção de buscarmos nas manifestações históricas o fenômeno do comércio como resultado da interação do homem em sociedade, no intuito de extrair as características essenciais que o definem, inclusive a juridicidade a ele inerente.

A justificativa para essa escolha metodológica está na preocupação de não partir de uma concepção puramente dogmática que, por vezes, é insuficiente para definir conceitos

reais que defluem mais da vivência e sentimento do que de criações jurídicas propriamente ditas.

E a preocupação é legítima.

Veja que em passado recente, quando vigente o Código Comercial de 1850, a regulação e definição jurídica de comércio não correspondia exatamente com o seu conceito real, ou, como sustenta Alfredo de Assis GONÇALVES NETO (2014, p. 35), com a ideia econômica de comércio.

O artigo 4^o¹ do parcialmente revogado diploma, ao definir o comerciante o faz a partir da figura objetiva dos atos de mercancia, o que é natural, tendo em vista a influência da teoria francesa dos atos de comércio. Preconiza que somente será considerado comerciante aquele que estiver matriculado em alguns dos Tribunais do Comércio do Império e faça da mercancia a sua profissão habitual.

A catalogação desses atos de mercancia, contudo, ficou a cargo do artigo 19² do Regulamento 737 também de 1850. Como bem aponta GONÇALVES NETO (2014, p. 55), em cinco parágrafos o direito positivo restringiu o alcance do que poderia ser entendido por comércio e trouxe para seu âmbito de compreensão relações que não correspondiam necessariamente ao exercício da profissão mercantil.

Além disso, mostrou-se problemática para disciplinar possíveis novas formas de se relacionar que poderiam ser entendidas por comerciais, mas por estarem ausentes da definição legal não se adequariam ao conceito jurídico.

Como consequência, no intuito de suprir a incongruência entre o conceito de comércio legislado e o comércio vivido (conceito real), de forma geral a doutrina e jurisprudência passaram a entender o rol como exemplificativo, em típico reconhecimento de que a definição jurídica desacompanhada da realidade sobre a qual incide tende a gerar crises de compreensão e aplicação do direito.

Em momento oportuno voltaremos nesses acontecimentos para verificar se de alguma forma nos oferecem elementos indicativos para um conceito real de comércio. Por ora, é

¹Assim dispunha o artigo 4^o do Código Comercial de 1850: “Ninguém é reputado comerciante para efeito de gozar da proteção que este Código liberaliza em favor do comércio, sem que se tenha matriculado em algum dos Tribunais do Comércio do Império, e faça da mercancia profissão habitual (artigo n^o 9)”.

²O artigo 19 do Regulamento 737 de 1850, dispunha: *Considera-se mercancia: § 1^o A compra e venda ou troca de efeitos moveis ou semoventes para os vender por grosso ou a retalho, na mesma especie ou manufacturados, ou para alugar o seu uso. § 2^o As operações de cambio, banco e corretagem. § 3^o As empresas de fabricas; de com missões ; de depositos ; de expedição, consignação e transporte de mercadorias; de espectaculos públicos. § 4.º Os seguros, fretamentos, risco, e quaesquer contratos relativos ao commercio maritimo. § 5.º A armação e expedição de navios.*

válido somente como justificativa de nossa cautela com possíveis definições legisladas sobre fenômenos econômicos reais.

E foi nesse construir descontruindo que nos afastamos da ideia preambular de que um conceito de comércio aceito pelo sistema jurídico vigente devesse estar precisamente insculpido na lei em sentido amplo. Como já apresentado no ponto anterior, o comércio antes é vivido e sentido, devendo ser extraídas as características essenciais de sua definição das experiências histórico-culturais.

No entanto, ainda assim nos incomodava ignorar a juridicidade inerente desse fenômeno, juridicidade essa também vivida e sentida. Em outras palavras, intrigava-nos saber se existe um direito antecedente ao próprio direito positivo do Estado que influencia no fenômeno e, conseqüentemente, na definição do conceito.

É neste panorama que exsurge a noção de direito posto e direito pressuposto formulada por Eros Roberto Grau que, segundo palavras do próprio autor em palestra publicada no livro “*O que é filosofia do direito?*”, é fruto de sua inconformidade em relação ao caráter metafísico do direito natural e da visão positiva insuficiente e contraditória (GRAU, 2004).

Mas, o que seria o direito posto e o direito pressuposto?

Em linhas gerais, quando Eros Roberto GRAU (2011, p. 45) inicia a trabalhar ambas as categorias em sua obra “*O direito posto e o direito pressuposto*”, o faz a partir da busca pela compreensão do direito dentro da estrutura social global, esta composta por três estruturas regionais: a econômica, a jurídico-política, e a ideológica.

Essas estruturas, por sua vez, articulam-se de formas diversas, prevalecendo uma em relação às demais a depender da maneira como se ganha a vida na sociedade (modo de produção da vida social). Não significa, contudo, que as instâncias “dominadas” sejam tão somente reflexos da “dominante”.

Se observarmos a instância jurídica no modo de produção de vida capitalista, perceberemos que, muito embora a instância econômica prevaleça, ela sofre influxos constantes do direito, em um jogo recíproco de ação e reação. Nos dizeres de GRAU, “*a economia condiciona o direito, mas o direito condiciona a economia*” (2011, p. 60).

A título de exemplo, muito embora seja a necessidade de administrar a escassez (condições materiais de vida) que leve o ser humano a realizar a troca de coisas precificadas conforme a lei da oferta e da demanda; é por meio da consciência social coletiva que pressupõe uma relação jurídica de pertencimento da pessoa em relação à coisa, e a

possibilidade de essas pessoas manifestarem a vontade em trocar suas coisas por outras, é que a relação econômica de troca se opera.

Perceba, não há como desligar o jurídico do econômico, e nem os escalonar em estruturas rígidas de base e superposição, pois, existe entre ambas as instâncias uma relação de causalidade recíproca em que a própria relação econômica pressupõe a existência de relações jurídicas.

Essas relações jurídicas pressupostas, por sua vez, condicionam a elaboração pelo Estado do direito institucionalizado, pelo qual se dá termo aos institutos e se reconhece a sua existência no bojo da sociedade.

Mencionando as observações de Ruy Fausto, GRAU (2011, p. 63) nos esclarece que a relação jurídica ligada à relação econômica pressupõe a lei, mas não a põe; pois esta é a tarefa do Estado, vai-se do direito pressuposto na infraestrutura ao direito posto na superestrutura.

Ou ainda: *“o modo de produção capitalista, modo de produção essencialmente jurídico, reclama por um direito posto, construído sobre o seu direito pressuposto – direito pressuposto, esse, que é elemento constitutivo dele, modo de produção capitalista”* (GRAU, 2011, p. 65).

Voltando ao exemplo, das relações jurídicas pressupostas na base econômica, o Estado regula por meio do direito posto (positivo) a propriedade e o negócio jurídico.

Respondendo, então, ao questionamento *“o que é o direito posto e o direito pressuposto?”* que motivou a digressão, tem-se que *“o povo (...) produz o direito pressuposto; o Estado produz o direito posto”* (GRAU, 2011, p. 81), condicionado pela base, reitera-se.

De toda forma, por enquanto não está totalmente claro em que medida essa concepção de posto e pressuposto tem a nos ajudar na busca pelo conceito de comércio.

O comércio, conforme afirmamos anteriormente, é um fenômeno econômico dotado de juridicidade que decorre internamente da sociedade, não sendo uma criação doutrinária ou legal. Inclusive, também vimos que quando o legislador tentou definir o conceito de comércio, o fez de forma infeliz, lançando um direito posto dissociado do direito pressuposto, encontrado na base econômica.

A busca de um conceito de comércio no plano da pressuposição, portanto, conduz a um conceito real extraído da sociedade historicamente construída. Esse comércio pressuposto é que condiciona o direito posto pelo Estado, o qual regula o fenômeno se valendo de uma presunção de conhecimento coletivo geral do que se trata.

Vislumbra-se também luz no plano metodológico, na medida em que a intenção de encontrar as características essenciais do comércio no plano da pressuposição nos encaminha para uma análise histórica propositada.

Justificada a nossa cautela em assumir o direito posto como ponto de partida, compreendida a importância de investigar as características essenciais que definem o comércio no plano da pressuposição e a partir da análise histórica, passemos para a investigação propriamente dita.

1.3. O comércio na história

Analisar o fenômeno do comércio sob uma perspectiva histórica exige o cuidado de garimpar as informações sem negligenciar o que seja relevante e nem desviar a atenção do objetivo central. Ao mesmo tempo, é necessário enfatizar que caminharemos a passos largos, sem a pretensão demasiada de minuciosamente analisar todo o percurso histórico das relações mercantis.

Seria muita audácia e esbarraria nas habilidades do pesquisador.

Até mesmo porque, o escopo precípua é encontrar as características essenciais do comércio, fenômeno histórico de conteúdo econômico e dotado de juridicidade inerente, pelo que o próprio recorte, por vezes até intuitivamente, vetoriza-nos para essa direção. Demais disso, partiremos da realidade da Europa ocidental e central. Não por considerar que o Oriente seja menos importante, e sim porque, tratando-se de um trabalho sobre direito brasileiro, instância da estrutura global da sociedade brasileira, a herança colonial nos indica como ponto de partida razoável o Velho Mundo³.

Com essas ressalvas, iniciamos.

1.3.1. Notas sobre o comércio a partir de uma perspectiva histórica do ocidente europeu: da antiguidade à expansão marítima

O comércio, como reiteradas vezes salientamos, não é uma criação doutrinária ou legal, e sim uma consequência do homem fazendo história a partir das condições materiais de vida. No entanto, para verificar a validade da hipótese, necessário se faz analisar a formação desse fenômeno a partir da investigação histórica, no intuito de captar características essenciais gerais que o definem.

³Darcy Ribeiro, ao cuidar das origens da sociedade brasileira ressalta a característica de ter se formado povo novo decorrente da interação de matrizes raciais díspares, mas regido nos primórdios pelos portugueses: “*O Brasil emerge, assim, como um renovo mutante, remarcado de características próprias, mas atado genesicamente à matriz portuguesa*”. (RIBEIRO, 2015, p. 17)

Partiremos, então, da antiguidade da civilização ocidental em direção à expansão marítima comercial europeia, quando iniciaremos a aportar em terreno brasileiro.

Nesse contexto, se analisada a sociedade grega, a quem é atribuída “*a responsabilidade pelo início da cultura ocidental*” (MARCANTONIO, 2013, p. 101), em momento pré-capitalista no final do período arcaico, é possível identificar o ruir do círculo econômico gentílico que, em linhas gerais, consistia na exploração utilitária da terra para fins de subsistência⁴.

A propriedade, outrora coletivizada e suficiente para gerir as necessidades da família, passou a ser fragmentada pelo relaxamento dos laços gentílicos e o despertar do individualismo em estado de dormência.

Esses elementos, levaram à desorganização dos *genos*, à formação das cidades (*polis*), e à alteração de uma economia campesina para uma economia urbana. É justamente neste giro que aparecem alguns elementos econômicos conhecidos hodiernamente, como a moeda, o trabalho assalariado e o próprio comércio (MARCANTONIO, 2013, pp. 102-103).

Nesse sentido, Alexandre LIMA (2011, p. 25), ao estudar a estrutura econômica da Grécia, destaca os entendimentos de Platão acerca das relações sociais mantidas em seu período, para quem a própria cidade tem sua origem vinculada à impossibilidade de seus integrantes serem autossuficientes, motivo pelo qual se reúnem como forma de sanarem suas necessidades básicas mediante a permuta.

Note que, além de a constatação de Platão confirmar a hipótese inicial (comércio como produto das necessidades humanas), para ele também há uma vinculação umbilical entre a cidade e o comércio, pela qual o fenômeno urbano, nessa leitura em específico, tem como causa a reunião para fins de trocas de itens de necessidade vital.

Isto é, o comércio além de atividade de permuta, é o ambiente de encontro entre oferta de e demanda por mercadorias.

Nessa linha, Aristóteles em *Política* também revela a existência do comércio em sua época, preocupando-se em “*investigar os fatores econômicos de modo objetivo*” (LIMA 2011, p. 25), como o duplo valor da mercadoria, o uso da moeda e o desenvolvimento de uma nova estrutura econômica denominada crematística (MARCANTÔNIO, 2013, p. 105).

A respeito do duplo valor das mercadorias, esclarece-nos o filósofo que sempre será dotada de um valor de uso e um valor de troca, como bem se compreende do excerto a seguir

⁴Fábio NUSDEO (2010, p. 45) ao tratar da economia de subsistência, assevera que a antropologia econômica acredita que durante séculos a organização da produção era fundada no chamado autoconsumo, pelo qual a mesma unidade produzia e consumia. As necessidades desses grupos eram reduzidas, não havendo estímulos das condições materiais para manutenção de relações para além da família, a célula produtiva autossuficiente.

transcrito: “*tudo que possuímos tem um duplo uso, mas não no mesmo sentido; um dos usos é adequado ao objecto, o outro não. Por exemplo, uma sandália tem dois modos de uso: como calçado e como objecto de troca*” (Política, I, 1257a, 5-8).

Complementa ainda que a troca decorre do fato natural de os homens possuírem mais ou menos, sendo compelidos a realizar as permutas nos limites da satisfação de suas necessidades (Política, I, 1257a, 14-17).

Daí que para Aristóteles, a troca de mercadorias também decorre de relações sociais mantidas entre os seres humanos para suprirem necessidades por meio da permuta, transferindo o que se tem demais e recebendo o que se tem de menos.

Nesse sentido, assemelha-se o pensamento aristotélico ao de Platão, ambos confirmando a hipótese que lançamos no início sobre a energia social inicial que faz nascer o comércio, qual seja: as condições limitadas materiais de vida que levam os humanos a se relacionarem entre si, para o fim de juntos administrarem a escassez, sanando as suas necessidades básicas mediante a permuta.

No entanto, Aristóteles prossegue anotando que ao desenvolverem esse modo de se relacionar para satisfazer as carências naturais, surgiram novas necessidades decorrentes da ausência de mobilidade das coisas.

Foi nesse contexto que nasceram as moedas, as trocas intermediárias, e mais: os métodos de troca por meio do qual se objetiva obter o maior lucro. Neste momento, a troca não tinha mais o condão de somente de suprir a carência vital de algo, e sim de gerar riqueza, sendo o dinheiro o meio e o fim da permuta (Política, I, 1257b, 1-25).

Desta arte, destaca-se que muito embora a energia social inicial do comércio seja a permuta como meio de sanar necessidades decorrentes da escassez, com o nascimento da moeda a finalidade de troca passou a ser também a acumulação de riqueza.

Não seria absurdo sinalizar, nesse momento, para uma dupla função do comércio: uma coletiva tendente a suprir as necessidades básicas por meio da permuta (consumo), e outra individual focada em gerar riqueza para si mediante a especulação (escopo de lucro do comerciante).

De toda forma, essas constatações nos permitem afirmar que o comércio não é fenômeno atual, já existindo desde a antiguidade como parte do repertório econômico, repertório esse semelhante ao que temos hoje, como afirma MARCANTONIO (2013, pp. 101).

Os olhares voltados para antiguidade grega, portanto, possibilita identificar indicativos relevantes para compreensão do comércio como fenômeno econômico que reclama por suportes jurídicos pressupostos.

Em primeiro lugar, a existência da atividade mercantil já na antiguidade decorrente das relações mantidas para o fim de trocar o que se tem demais pela mercadoria que se tem de menos, indica que a energia inicial que faz nascer o fenômeno do comércio é o impulso humano de suprir necessidades decorrentes da condição material de vida por meio da permuta da mercadoria excedente pela mercadoria faltante.

Em segundo lugar, também há indicativo extraído da leitura de *Política* de que, muito embora em sua forma rudimentar e puritana o comércio nasça desse impulso associativo do homem em busca da satisfação das necessidades recíprocas, o seu desenvolvimento não impede que outras funções atreladas à permuta sejam criadas a partir da inserção de novos repertórios econômicos. É o caso da criação da moeda e da utilização do comércio especulativo com o escopo de acumular riqueza por meio do lucro.

Em terceiro lugar, é interessante o aparecimento concomitante da atividade mercantil e da cidade, ao ponto de ser afirmado por filósofos da época que a esta nasce da reunião para realização daquele, em aparente relação de causalidade, de forma que as trocas reiteradamente acontecidas em uma determinada localidade criam um ambiente de encontro habitual entre oferta e demanda, o que se aproxima do que entendemos por mercado hodiernamente.

Evidentemente que paralelamente a essa sociedade que analisamos outras surgiram e criaram suas formas de relacionamento, inclusive no próprio mundo ocidental. No entanto, como desde o início apontamos, é aos gregos que se atribui a responsabilidade pelo nascimento da civilização ocidental, razão pela qual sobre eles brevemente nos debruçamos para o fim de constatar a existência de características do comércio passíveis de generalização.

Por essa razão, delimitaremos preponderantemente aos helênicos a retrocessão à antiguidade, muito embora não descartemos também a importância dos romanos nesse período historiográfico, inclusive no que se refere, como relembra MARRARA (2007, p. 31), à divisão jurídica dos bens conforme o critério de comerciabilidade, diferenciando-os entre aqueles que eram e não eram passíveis de serem apropriados pelo particular.

Ressalta-se que da posição jurídica romana, infere-se pressuposto importante para a manutenção de relação social e jurídica de troca mercantil: a possibilidade da coisa ofertada no comércio ser objeto de propriedade privada e, por consequência, do reconhecimento da faculdade do proprietário dela dispor.

De mais a mais, é difícil se valer da divisão didática da história ocidental, sem mencionar os romanos, mesmo que superficialmente. Isso porque, apesar de não existir um curso linear evolutivo, pela cronologia convencional, que ficticiamente cria rupturas imaginárias entre grandes períodos marcadas por eventos expressivos, é possível atribuir à desconfiguração do império romano do ocidente o fim da antiguidade e início da era medieval.

Sobre esse período, tem-se que é notadamente caracterizado por movimento de intensa ruralização que culminou na desorganização da vida econômica, com o atrofiamiento das experiências urbanas e mercantis vividas na antiguidade (MARCANTONIO, 2013, p. 107).

Houve transformação das condições materiais de vida do homem ocidental medieval, que não mais se relaciona para troca de mercadorias básicas, e sim para o fim de garantir ou obter proteção por meio de relações de fidelidade vinculadas à terra. Nas palavras de Jonathan MARCANTONIO, “*a Idade Média reforça a relação do homem com o mundo a partir da sua relação com o solo*” (2013, p. 107).

Apesar de não ser a intenção discorrer exaustivamente sobre o período, até mesmo porque ser difícil descrevê-lo de forma precisa, uma incursão comedida tende a ser elucidativa, principalmente para compreender o porquê da perda de potência do comércio.

Nesse sentido, segundo Leo HUBERMAN (1981, p. 12) em sua obra *História da Riqueza do Homem*, as terras agrícolas da Europa ocidental e central eram divididas em feudos, tendo cada um o seu senhor (possuidor) que nele habitava, geralmente, em moradia fortificada. Cada feudo, por sua vez, era compreendido como unidade formada por uma aldeia circundada por terra arável. Nas encostas dessa terra arável, encontrava-se uma extensão de prados, terrenos ertos, bosques e pasto que eram de utilização comum.

É dessa terra arável que eram extraídas praticamente todas as mercadorias necessárias, tornando-se a medida de riqueza. Como consequência, Leo HUBERMAN (1981, p. 19) afirma que eram constantes as disputas por terras, o que caracteriza o período pela recorrência de guerras e invasões. Para vencê-las, era fundamental angariar guerreiros, o que se fazia mediante a concessão de terras em troca de serviços militares (HUBERMAN, 1981, p. 20).

Desta arte, as relações entre membros da nobreza eram construídas em torno da terra e da proteção, de forma que se concedia feudo ao vassalo em troca da fidelidade (MARCANTÔNIO, 2013, p. 110).

Entre os nobres e os pobres a relação não era tão diferente, porém a partir de vínculo de servidão pelo qual, em troca de proteção e um pedaço de terra (MARCANTONIO, 2013, p.

110) o servo deveria prestar serviços na terra arável do senhor, retirando do solo apenas o suficiente para uma vida miserável (HUBERMAN, 1981, p. 14).

As relações sociais se desenhavam em volta da terra, independentemente se mantidas entre nobres ou entre nobres e servos, com escopo de proteção, sem o viés de circulação de mercadorias propriamente dita que havia se desenvolvido na antiguidade. A cadeia de vínculos que poderiam ser estabelecidos pode ser, em grande medida, resumida da seguinte forma:

O senhor do feudo, como o servo, não possuía a terra, mas era, ele próprio, arrendatário de outro senhor, mais acima na escala, O servo, aldeão ou cidadão “arrendava” sua terra do senhor do feudo que, por sua vez, “arrendava” a terra de um conde, que já a “arrendara” de um duque, que, por seu lado, a “arrendara” do rei. E, às vezes, ia ainda mais além, e um rei “arrendava” a terra a um outro rei! (HUBERMAN, 1981, p. 18)

Dessa dinâmica social, constata-se que ao mesmo tempo que o acúmulo de terras era expressão de riqueza, na medida que quase tudo o que se necessitava dela se extraía; para fins obter mais terras, guerreava-se, culminando a na necessidade de serviços militares; esses, por sua vez, eram obtidos por meio da vassalagem, relação nascida pelo arrendamento de feudos a outros nobres. Ou seja, os nobres dividiam sua propriedade na busca do acúmulo.

De outro norte, a igreja somente acumulava terras e demais doações dadas por diversos reinos, por fé ou por política (MARCANTONIO, 2013, p. 109). Essa situação de apropriação sem divisão levou a se tornar a mais rica e poderosa proprietária da Idade Média (HUBERMAN, 1981, p. 24), sendo dotada de poder econômico, além de também nela repousar o fundamento moral do homem ocidental medieval.

Observando a estrutura da Idade Média, ao menos do século V d.C. ao século X d.C., constata-se que as relações sociais prescindiam da troca de mercadorias, permutando terras por proteção e fidelidade. Em relação ao restante, praticamente tudo era obtido no feudo, como esclarece HUBERMAN, “*nos primórdios da sociedade feudal, a vida econômica decorria sem muita utilização de capital. Era uma economia de consumo, em que cada aldeia feudal era praticamente auto-suficiente*” (1981, p. 26).

O intercâmbio de mercadoria que havia era pontual, razão pela qual, como já atestamos, o comércio foi atrofiado. Uma vez produzido o que era necessário em uma comunidade autossuficiente, não se produz excedentes que somente encontram razões para existir quando se visualiza uma demanda constante que os absorvem⁵.

⁵Destaca-se que estamos diante de sociedade em que os ciclos econômicos são rudimentares, pelo que neste momento é importante evitar o olhar anacrônico que certamente levaria a críticas a esse posicionamento.

Leo HUBERMAN, sobre essa realidade, assevera que “*só se fabrica ou cultiva além da necessidade de consumo quando há uma procura firme. Quando não há essa procura, não há incentivo à produção de excedentes*” (1981, p. 26).

Esse fator levou ao atrofiamento do comércio, mas não está isolado.

Isso porque, o período foi marcado também por redução populacional drástica causada pelas guerras constantes, bem como pelas ruínas de rotas e entrepostos, como relembra MARCANTONIO (2013, p. 108). Com relatos semelhantes, HUBERMAN (1981, p. 26) destaca a péssima condição das estradas, inadequadas para viagens, frequentadas por bandidos e repletas de pedágios cobrados pelos senhores feudais, além de o dinheiro ser escasso e a moeda variar conforme o lugar.

De toda essa narrativa, questiona-se: a quase ausência de comércio no período tornam esses aproximados cinco séculos menos importantes no caminho histórico-metodológico que estamos percorrendo em busca da definição do conceito? A resposta é negativa. Do atrofiamento desse fenômeno, somado a uma análise comparativa do comércio na antiguidade, podemos extrair outros indicativos relevantes.

Quando realizamos os apontamos da antiguidade, principalmente da leitura de *Política*, como primeira observação afirmamos que a energia inicial que faz nascer o fenômeno do comércio é o impulso humano de suprir necessidades decorrentes da condição material de vida, por meio da permuta da mercadoria excedente pela mercadoria faltante. Nessa primeira metade de Idade Média, verifica-se que se extraía da terra praticamente tudo para manutenção da vida, mesmo que miserável, instalando-se economia de subsistência.

A mudança da estrutura social inibiu essa energia inicial, qual seja: a necessidade de gerir uma condição de escassez mediante troca do que se tem demais pelo que se tem de menos. Uma vez que o homem ocidental medievo se contentava com a vida oferecida pelo solo, não procurava com intensidade o intercâmbio de produtos, o que colocou em estado de dormência a demanda e, por reverberação, a produção de excedente.

O atrofiamento do comércio ocorrido nessa primeira metade do período medieval nos direciona para confirmação da hipótese inicial de causa do nascimento: surge como produto do homem fazendo história a partir das condições materiais de vida, relacionando-se por meio da permuta constante de produtos (intercambio do excedente pelo faltante) para o fim de suprir necessidades básicas.

A análise do segundo indicativo referente ao comércio especulativo em que a satisfação necessidade básica deixa de ser o fim da permuta, passando a ser a acumulação de riqueza propriamente dita resta prejudicada. E por qual razão?

É possível que o comércio especulativo ávido por lucro seja uma etapa posterior do desenvolvimento desse comércio natural, se é que assim podemos tratar, decorrente das satisfações de necessidades, que somente se manifesta após a consolidação da moeda e acentuação da circulação de mercadorias.

Como alhures afirmamos, da intensificação das trocas de mercadoria surge a outra necessidade, posterior, de aumentar a mobilidade das coisas mediante trocas intermediárias entre mercadorias e unidade monetária e entre essas e novas mercadorias.

Daí que nasce a intenção de lucro, de forma a gerar excedente de moeda, passando a ser essa a medida da riqueza. Na Idade Média, em sua primeira metade, “*circulação de mercadorias não é mais bem vista, assim como o lucro desta prática* (MARCANTONIO, 2013, p. 110), além disso, a riqueza é estática e medida pela quantidade de terras.

Sendo assim, reitera-se, o máximo que podemos afirmar é a possibilidade de o comércio especulativo ser uma etapa posterior ao comércio nascido da energia inicial que levam os homens a se relacionarem mediante a troca de mercadorias, tão somente para suprir necessidades básicas e administrar a escassez.

E fechando o quadro comparativo entre o comércio, ou a falta dele, na primeira metade do período medieval com o comércio desenvolvido na antiguidade ocidental a partir da sociedade grega, verifica-se também indícios de causalidade entre atividade mercantil e cidade, tendo em vista o atrofiamento também da estrutura urbana.

As permutas reiteradas de mercadorias geram ciclos econômicos que tendem a ocorrer reiteradas vezes na mesma localidade, criando um ambiente de encontro habitual entre oferta e demanda em torno da qual se desenvolve a infraestrutura urbana apta a receber esse movimento de mercadores.

No entanto, em relação a essa correlação é necessário ter cautela no que se refere ao (quase) desaparecimento do comércio ocasionando o (quase) desaparecimento da cidade, vez que o êxodo rural guarda íntima relação também com a instabilidade da segurança causada pelas destruições das invasões bárbara.

Por fim, a análise desse primeiro período da Idade Média também nos permite desconstruir o paradigma de compreender troca e comércio quase como expressões sinônimas. Pois, se é verdade que em todo comércio haverá troca, a recíproca não é verdadeira, na medida que nem toda troca realizada se confunde com comércio.

Nas relações de suserania e vassalagem, por exemplo, havia típica relação de troca em entre senhor e vassalo, em que este último recebia o feudo em arrendamento e em troca se obrigava perante ao senhor feudal a fornecer serviços militares. Perceba que existe a permuta de terra por serviço, mas mesmo assim não se cogita a existência de uma relação comercial.

E por qual razão?

Se observado, a base da relação social do período não é econômica, não sendo o serviço o “bem” adquirido e a terra a propriedade transferida em pagamento. Ao revés, o que se visualiza é mais um pacto ético-compromissório entre membros da nobreza em que o suserano concede proteção ao vassalo, que em troca oferecia ao senhor a sua fidelidade.

As alegorias presentes nessa permuta são bem observadas por LE GOFF (1979, pp. 328) ao cuidar dos ritos vassálicos, descrevendo-os como ritual repleto de simbolismo em que senhor e vassalo pronunciam palavras, fazem gestos e dão ou recebem objetos, sempre como atos simbólicos.

Nesse sentido, a entrada na vassalagem é um processo passível de ser dividido em três grandes atos: o da homenagem, o juramento de fidelidade, e a investidura do feudo. Na primeira, presta-se homenagem em que o vassalo declara a vontade de se tornar homem do senhor, consolidando a manifestação por meio do gesto de colocar as próprias mãos juntas entre as mãos do senhor, que também aceita a suserania ao apertá-las (LE GOFF, 1979, pp. 329-330).

Na segunda fase do ritual, realiza-se o juramento de fidelidade, em que o vassalo promete por sua própria fé, elemento ideológico muito presente nesse período medieval, ser homem de boca e de mãos do senhor (LE GOFF, 1979, p. 333). E por fim, encerra-se a entrada na vassalagem com a investidura do feudo, mediante entrega de objeto simbólico (LE GOFF, 1979, p. 334).

Não há permuta nos mesmos termos em que visualizada na antiguidade, sendo mais a troca de fidelidade por proteção simbolizadas em gestos, atos e objetos. Nesse sentido, retornando à classificação romana mencionada anteriormente, a fidelidade não é coisa dotada de comerciabilidade, assim como a proteção não é moeda.

Demais disso, faltava na permuta medieval a consciência social coletiva que pressupõe uma relação jurídica de pertencimento do senhor em relação à terra, e a possibilidade de transferir a propriedade plena em troca de serviços.

Conforme foi explicitado quando discorreremos sobre as relações sociais estabelecidas em torno do solo, o senhor do feudo não era o proprietário, ao revés, arrendava de um conde,

que já havia arrendado de um duque, que havia arrendado do rei, que muitas vezes tinha arrendado a terra de outro rei.

Ou seja, o senhor, muitas vezes, não era o proprietário pleno da terra, situação jurídica essa indispensável no estabelecimento de relações mercantis em que se transfere efetivamente o domínio sobre a coisa.

De toda forma, é certo que a mercancia não foi atividade relevante nesse primeiro período, situação que somente passou a ser alterada a partir do século X d.C., quando as condições materiais de vida começaram a alterar a estrutura social.

Assevera Jacques LE GOFF, tanto em *Mercadores e Banqueiros da Idade Média* (1991, p. 7) quanto em *A civilização do ocidente medieval* (2005, p. 54), que nesse décimo centenário houveram melhorias nas condições de alimentação ocasionadas pela otimização do aproveitamento do solo, fator que, aliado à relativa pacificação decorrente do fim das invasões, culminou na diminuição da mortalidade e em surto demográfico.

Ainda que existente esse relativo progresso no setor de produção agrícola que se iniciou ainda no século VII⁶, o aumento populacional foi tamanho ao ponto de acentuar o quadro de escassez, cenário esse que estimulou a expansão territorial para acomodação desses novos homens e majoração do espaço de cultivo para fazer frente às necessidades alimentares.

A respeito dessa situação, enfrentando a alteração da condição material de vida nesse período medieval, interessante a leitura do excerto abaixo transcrito:

As condições do modo de produção feudal, que podiam suscitar um certo progresso técnico mas seguramente o impediram de ultrapassar um nível baixo, não permitiam progressos qualitativos da produção agrícola suficientes para responder às necessidades geradas pelo crescimento demográfico. O aumento dos rendimentos e da capacidade nutritiva das colheitas continuava fraco. A agricultura feudal excluía um cultivo verdadeiramente intensivo. Restava aumentar o espaço cultivado. (LE GOFF, 2005, p. 59)

Daí a necessidade de expandir as áreas produtivas, até mesmo porque, nas palavras de HUBERMAN, “esses novos habitantes necessitavam de mercadorias” (1981, p. 27). A força motriz, portanto, para expansão territorial da Europa ocidental medieval nessa época está relacionada ao surto demográfico.

⁶Sobre a revolução agrícola na Idade Média, LE GOFF constata: “A origem do impulso deve ser procurada do lado da terra, que na Idade Média era a base de tudo. Não parece que a classe dominante – com exceção de alguns senhores eclesiásticos e de altos funcionários carolíngios – tenha se interessado diretamente pela exploração de seus domínios. Mas os rendimentos e os serviços que exigiam da massa camponesa incitaram essa massa, para os satisfazer, a um certo melhoramento de seus métodos de cultivo. Penso que os progressos decisivos que iriam constituir o que já se chamou de uma ‘revolução agrícola’ entre os séculos 10º e 13º e tenham começado humildemente desde os séculos 7º-8º, desenvolvendo-se até o ano mil, quando conheceram aceleração considerável” (2015, pp. 58-59)

Essa constatação, contudo, ainda não nos responde como se deu esse alargamento e em que medida essas informações são relevantes à satisfação do nosso escopo principal, por ora, de encontrar características definidoras do comércio no seio social.

Em relação ao primeiro ponto, verifica-se que ocorreu de duas formas distintas: (i) uma internamente, mediante processo de desbravamento das áreas circunvizinhas, desmatando-as e as conquistando (LE GOFF, 2005, p. 60), e outra (ii) externamente, por meio de expedições às terras longínquas dominadas pelos mulçumanos, naquilo que se denominou cruzadas (LE GOFF, 2005, p. 61).

Este movimento, conforme nos orienta HUBERMAN (1981, p. 27) e LE GOFF (2005, p. 61), consistia em incursões de guerra no Oriente para retomar o domínio da Igreja Católica sobre a Terra Prometida, razão pela qual era notadamente carregado de forte carga ideológica cristã.

Ao lado desses motivos ideológico, material e demográfico incentivadores da saída do homem medieval em busca de conquistas territoriais, também está o próprio contexto moral e psicológico em que viviam os camponeses e nobres cavaleiros. Esses sujeitos, almejando riquezas, terras e feudos (LE GOFF, 2005, p. 65), encontraram nas cruzadas a oportunidade para satisfazer seus interesses e melhorar a sua condição de vida (HUBERMAN, 1981, 27).

Certo é que essa tentativa de expansão externa não foi tão exitosa quanto se desejava, gerando elevadas despesas e poucas vitórias, ao ponto de Jacques LE GOFF afirmar que “*o único fruto trazido pelos cristãos das cruzadas foi o damasco*” (2005, p. 66). No entanto o contato com o mundo mulçumano possibilitou ao homem medieval conhecer novas mercadorias e a adquirir novos gostos (HUBERMAN, 1981, p. 27), criando procura para esses itens e estimulando o aquecimento do comércio de especiarias e outros artigos de luxo (MARCANTONIO, 2013, p. 114).

Se observada a dinâmica social, os cruzados ao sair da zona de subsistência precisavam de provisões durante a peregrinação, necessidade essa que faz nascer a importância de mercadores errantes do próprio mundo oriental (HUBERMAN, 1981, p. 27). Essa situação nos leva a afirmar, sob o lastro das palavras de LE GOFF (1991, p. 8), que o cenário militar das cruzadas passou a ser uma fachada que guardava em sua subjacência o comércio pacífico.

Aos poucos esse mercador itinerante passou a ser beneficiado com a melhoria da infraestrutura por terra (LE GOFF, 1991, p. 10), além da retomada das rotas fluviais do Mediterrâneo nos séculos XI e XII (HUBERMAN, 1981, p. 30), e o desenvolvimento de invenções que melhoraram a navegação marítima (LE GOFF, 1991, p. 11-13).

O fluxo da mercadoria se intensificava, os comércios esporádicos passavam a ser mais constantes, ao ponto de as feiras já no século XIII passarem a ganhar certa periodicidade.

Nesse período os mercadores passam a buscar cada vez mais regiões como Champagne, onde se desenvolvia um comércio quase permanente durante todo o ano, situação essa que fomentou a construção de alojamentos e acampamentos provisórios (LE GOFF, 1991, p. 15) para o fim de abrigá-los em seu período de descanso, geralmente próximo às zonas fortificadas chamadas de burgos. Criava-se uma vida para além dos muros, ao ponto de essa nova povoação fagocitar a velha vida da antiga cidade murada e atrair a população campesina (HUBERMAN, 1981, p. 35).

Não sem razão, destaca LE GOFF, as regiões tocadas por rotas comerciais passam a ser fortemente urbanizadas, o que não significa falta de importância da agricultura, na medida em que foi o aumento de produção causada pelo progresso das técnicas de cultivo que possibilitava o abastecimento dessa população urbana (2005, pp. 70-71).

E é justamente a partir deste momento, em que a produção agrícola gera excedentes suficientes a serem colocados a venda, que se inicia a renovação do comércio que, além de produtos luxuosos, passa a ser incrementado pelos insumos diários de satisfação de necessidades básicas (MARCANTONIO, 2013, p. 114 e LE GOFF, 1991, p. 73).

Verifica-se entre comércio e cidade, portanto, uma relação simbiótica em que as cidades retomam e reinventam o seu modo de ser a partir do comércio, mas que este se vale das cidades para se estabelecer fisicamente como ambiente permanente de encontro de oferta e demanda.

A intensificação da permuta, ainda, trouxe de volta à tona a economia monetária, uma vez que sendo “*centros de consumo e de troca, as cidades precisavam recorrer cada vez mais ao uso da moeda para regular as transações*” (LE GOFF, 2005, p. 74), e não somente, para gerar mobilidade às coisas de difícil transporte, situação em que também os contratos acabam ganhando relevância.

Eis a retomada do comércio que sai de seu estado de latência para assumir protagonismo nesse segundo período medieval.

Dessa digressão é possível constatar certa relação entre aumento da demanda, ocasionada com o surto demográfico, a acentuação da escassez e a busca de alternativas para solucionar esse problema.

Em uma cultura impregnada ao solo, a busca pela expansão territorial é consequência natural, no entanto dentro desse processo de satisfação das necessidades o comércio acaba

surgindo como ferramenta eficaz, principalmente quando o homem sai da zona feudal de subsistência e se aventura em incursões militares em terras muçulmanas estrangeiras.

Dáí que, seja de forma mediata ou imediata, os homens acabam sendo levados pelas condições materiais de vida a estabelecer relações de permutas de mercadorias para suprir suas necessidades, com o destaque de que essas mercadorias podem ou ser velhas conhecidas ou decorrentes de novas necessidades que surgem com o conhecimento do novo.

Como consequência, paulatinamente é vertido em um comércio especulativo em que o sujeito, no caso o comerciante, vislumbra a possibilidade de vender por valores maiores do que adquiriu, o que se acentua ainda mais com o desenvolvimento da economia monetária.

Ainda, quanto mais intenso e periódico esse fenômeno econômico se apresenta, mais se formam as zonas de encontro entre oferta e demanda, o que fomenta o (re)nascimento urbano notadamente caracterizados com a volta das cidades.

Dessa forma, como outrora também já afirmamos, existe relação de causalidade recíproca entre comércio e cidade, sendo esta o ambiente em que ele se sedentariza e se aperfeiçoa. É na cidade que o comércio passa a ser compreendido além da atividade e sujeitos, tornando-se também sinônimo de um ambiente de colisão positiva entre aqueles que desejam adquirir e aqueles que desejam se dispor de coisas.

Evidente que essa nova estrutura social não se alterou abruptamente de um dia para o outro, tendo se submetido a um processo que envolveu a coexistência de uma mentalidade feudal baseada no controle das relações pela fidelidade e prisão à terra, e de uma mentalidade urbano-comercial umbilicalmente vinculada à liberdade de uma população móvel.

HUBERMAN (1981, p. 37), nesse sentido, bem ilustra o confronto existente ao nos esclarecer que as terras na cidade sempre pertenciam a algum senhor que ainda pretendia arrecadar impostos, desfrutar de monopólios, impor restrições ao uso do solo, e obrigar os servos a trabalharem para o senhorio; todos esses costumes feudais incompatíveis com o dinamismo que a estrutura comercial, urbana e monetária impunha nessa segunda parte da história medieval.

Além do desalinhamento de expectativa entre as instituições velhas e as recentes forças transformadoras, no plano político também se evidencia uma estrutura não agradável ao comerciante.

Durante o primeiro período medieval marcado pelas constantes invasões, fragmentou-se a economia e a sociedade, como já enfrentamos anteriormente. No plano governamental, diante de tamanho desmembramento, a majestade do rei entrou em decadência (MARCANTONIO, 2013, p. 108), cabendo a cada feudo estabelecer as ordens costumeiras e

às relações de fidelidade garantir o relacionamento entre os nobres. O rei existe, então, como uma realidade de fato sem nenhuma autoridade sobre os barões feudais (HUBERMAN, 1981, p. 80).

Aos demais a situação é ainda mais turbulenta, posto que essa aparente ruptura de subordinação entre senhores e rei coloca o homem comum da Idade Média em uma situação de incerteza. A quem deveria respeitar? Quem tinha legitimação suficiente para impor condutas?

É nesse sentido que LE GOFF constata a “*confusão horizontal e vertical dos poderes. Entre os múltiplos senhores, a Igreja e as igrejas, as cidades, os príncipes e os reis, os homens da Idade Média nem sempre sabem de quem dependem politicamente*” (2005, p. 89).

Essa ausência de previsibilidade e descentralização política não era interessante a um mercador dinâmico que se preocupava em praticar o comércio e para tanto se submetia a variadas taxações de pedágios.

Configura-se, neste panorama, a pretensão por uma autoridade central que oferecesse a segurança e previsibilidade necessárias, com delimitação territorial bem definida, e que não suprimisse os ares de liberdade que fluíam nas cidades, mas que ao mesmo tempo garantisse a algumas corporações de comerciantes exclusividades por determinadas áreas.

Confluem em interesse, portanto, majestade e mercadores.

O resultado - e nesse momento caminhando a passos ainda mais largos -, foi a formação dos Estados nacionais monárquicos, cujo surgimento possibilitou a criação de leis gerais dispendo sobre o comércio, de aplicação nacional (SZTAJN e VERÇOSA, pp. 19-33), substituindo a difusão normativa decorrente da descentralização política feudal.

Visualiza-se dessa nova conformação maior segurança e previsibilidade ao mercador que, após financiaram em grande parte a formação desses Estados nacionais (HUBERMAN, 1981, p. 85), passaram a assumir postos políticos dentro da estrutura administrativa, prestando serviços de aconselhamento financeiros e econômicos (LE GOFF, 1991, p. 61).

Essa realidade é bem demonstrada por Avelãs Nunes, que destaca:

Os novos estados nacionais centralizados constituídos na Europa viram-se muito cedo confrontados com a necessidade de resolver os problemas de financiamento das suas estruturas administrativas e de encontrar os meios indispensáveis à consolidação do poder real, fora dos quadros da sociedade feudal e muitas vezes contra os antigos senhores feudais. Os problemas económicos passam a ser encarados na óptica do estado e os autores que agora escrevem sobre questões económicas já não são os teólogos, mas os homens de negócios, os administradores, os conselheiros do soberano. (NUNES, 2007, p. 290)

Foi dessa incorporação do mercador ao quadro decisório a respeito de questões econômicas que levou a edificação de uma corrente de ideias intitulada mercantilismo, ou

ainda sistema mercantil, formada não a partir de construções teóricas e especulativas, e sim das reflexões, conselhos, programas de ação, todos inspirados pela diferente realidade concreta de cada país (NUNES, 2007, p. 293).

Das grandes linhas do pensamento mercantilista, como afirma Avelãs NUNES (2007, p. 298), destaca-se a concepção de que o comércio é o fim último de toda produção, agrária ou até mesmo industrial, devendo os Estados expandirem suas áreas, em terra ou em mar, para o fim de aumentar a zona mercantil reservada.

Esse estímulo, somado às dificuldades que as invasões turcas começaram a criar nas linhas orientais de abastecimento de produtos de alta qualidade, levaram, a partir do século XV, alguns Estados a se lançarem em novas aventuras em busca de rotas que contornassem o obstáculo otomano para o Oriente (FURTADO, 2007, p. 25).

Dentre eles, destacaram-se inicialmente Portugal e Espanha os quais - cada um com sua peculiaridade, momento e intenção -, foram os responsáveis pela ocupação econômica das terras americanas.

Neste momento analisando propositadamente o antecedente das incursões marítimas lusitanas, observa-se flagrante pioneirismo no início do século XV decorrente de variadas causas conjuntas, que inclusive antecedem as invasões turco-otomanas propriamente ditas.

Como ressalta FAUSTO (2006, p. 9), Portugal já se afirmava nessa época como país autônomo com tendência expansionista, além de já ter experiência desde o século XIII em comércio de longa distância, decorrente do envolvimento com os genoveses e com o mundo islâmico.

Na busca de se afirmar como um Estado com poder centralizado, a expansão marítima portuguesa se transformou em um grande projeto nacional sobre o qual recaiam múltiplos interesses de grupos distintos da sociedade.

Para os comerciantes, era a perspectiva de bons negócios; para o rei, era a oportunidade de criar novas fontes de receita em um momento que os rendimentos haviam despencado; para os nobres resultava na possibilidade de cargos e recompensas; para a Igreja representava também a expansão da cristandade; e ao povo a saída do solo português em busca de melhores condições de vida (FAUSTO, 2006, p. 10-11).

Esses fatores levaram ao desenvolvimento de uma nova rota para o Oriente pelo oceano Atlântico a partir da costa ocidental africana. Ao longo de 53 anos imbuído nesse projeto nacional, Portugal ultrapassou o cabo do Bojador, assim como o cabo da Boa Esperança, até chegar com Vasco da Gama à Índia e então sacramentar a nova rota para o Oriente.

Dessa forma, como relembra Celso FURTADO (2007, p. 26), ao abrir nova rota, os portugueses eliminaram o intermediário árabe que encarecia os produtos. A título de exemplo, os venezianos, que até então ainda controlavam a rota do Mediterrâneo antes da invasão otomana, passaram a comprar pimenta em Lisboa pela metade do preço que pagavam em Alexandria.

As ocupações econômicas portuguesas sobre os pontos que alcançavam foram realizadas de duas formas distintas, uma na costa africana e outra nas ilhas do Atlântico.

No primeiro caso, esclarece Boris FAUSTO (2006, p. 13), trataram de organizar um comércio por meio de feitorias, levando mercadorias como marfim e especiarias, além de estabelecer monopólio real sobre as transações com ouro, obrigando a cunhagem de moeda em uma Casa da Moeda, criando a Casa da Guiné.

Veja que o comércio institucionalizado, nesse caso, funcionou como um meio de impor a soberania sobre terras estrangeiras, incluindo elementos do repertório econômico europeu como moeda e a criação de um ambiente regular de encontro de oferta e demanda.

Já na ocupação das ilhas do Atlântico, os Portugueses realizaram experiência agrícola em larga escala mediante a utilização de trabalho escravo. Em Madeira, Açores e Cabo Verde, entre 1427 e 1471, passaram a cultivar trigo e cana-de-açúcar, esta última incentivada por mercadores genoveses e judeus (FAUSTO, 2006, p. 13), com aceitação comercial relevante no comércio europeu.

Nestas idas e vindas, foram descobertas as terras brasileiras, sendo inicialmente região secundária sem prestígio nesse cenário expansionista português (FURTADO, 2007, p. 26). Observa-se desse período que compreende o final do segundo período medieval e início da expansão marítima comercial a inserção de um novo elemento: o clamor no plano da pressuposição por um Estado único e poderoso o suficiente para garantir os interesses mercantis de uma classe específica, associando esferas econômicas e políticas.

Como bem observa Avelãs NUNES (2007, p. 302), há o reconhecimento pela elite econômica da conveniência da intervenção do Estado no processo econômico, de forma que o soberano, por meio do poder centralizado, garantisse comércio forte, fonte de riqueza para a nação.

Daí se compreende a presença do Estado no domínio econômico como uma consequência das relações materiais da época que exigiam certeza, segurança, previsibilidade, liberdade e protecionismo aos mercadores locais. Há a presença de uma economia normativa que pressupõe a atuação sobre o ciclo econômico por meio de recomendações que podem ou não serem convertidas posteriormente em regras de direito (NUSDEO, 2010, p. 86).

Da tendência de normatizar, influenciando na realidade comercial, nasce verdadeira política econômica que justifica a intervenção estatal para garantir o enriquecimento dos cidadãos, como constata também Avelãs NUNES ao afirmar que “*os escritores mercantilistas definiram um conjunto de medidas que bem podem considerar-se como uma política econômica mercantilista*” (2007, p. 303).

Dentro dessa política econômica está inserida a necessidade de expansão do comércio como forma de criar novos mercados, ter acesso e domínio sobre outras fontes produtoras de mercadorias, além de garantir a liberdade para o comércio interno, eliminando barreiras dentro do espaço nacional, garantindo a grupos determinados o monopólio de mercancia local.

De todo percurso histórico realizado, defrontamo-nos com o cruzamento dos mundos de Portugal e Brasil, razão pela qual os olhos voltados exclusivamente para a Europa ocidental é estratégia metodológica que deixa de ser interessante para a presente pesquisa. Até mesmo porque, somente foi realizada a investigação dessa forma por ser hipótese natural a interferência da cultura europeia ocidental mediante a introdução de certa lusitanidade na formação do povo brasileiro.

A nós, em futuro próximo, caberá verificar se foram ingeridas e em que medida foram digeridas pelo povo brasileiro o fenômeno econômico analisado. Mas, antes disso, a partir de toda análise realizada, indispensável sintetizar e, no quanto for possível, sistematizar as características gerais identificadas, de forma a contribuir para o preenchimento do conceito de comércio.

1.3.2. As características gerais do comércio desenvolvido no ocidente europeu da antiguidade à expansão marítima

Apenas para que não percamos a linha condutora de tudo o que foi realizado até o presente momento, importa rememorar que a lógica que nos levou a partir de uma investigação histórica é aquela atinente ao plano do direito pressuposto e posto, compreendendo aquele como as relações jurídicas pressupostas da base econômica das relações travadas entre os homens fazendo história a partir de suas condições materiais.

Traduzindo para o objetivo do presente capítulo, não importa a nós nos valer somente de possíveis definições legais do que seria o comércio sem analisar a base econômico-social em que suas características se originaram, características essas, inclusive, dotadas de juridicidade inerente que justificam a produção do direito posto condizente aos clamores sociais.

Lembrando também que somente interrompemos a análise sob uma ótica europeizada em razão do encontro de chegarmos ao encontro do Velho Mundo com as terras brasileiras, pelo que a partir de agora somente voltaremos a tecer considerações de igual teor se for necessário para compreender a realidade brasileira.

Feitas essas considerações, passemos às características gerais:

1.3.2.1. O comércio é relação jurídica mantida entre sujeitos detentores de direitos

A energia social inicial que faz nascer o comércio são as limitações das condições materiais de vida, que impõem aos homens formas diferentes de se relacionarem no intuito de administrar a escassez mediante a troca de coisas. Há entre os sujeitos confluência de interesse em sanar suas necessidades, dispondo daquilo que se tem em excesso e adquirindo a coisa faltante.

Observa-se, então, que o comércio pode ser compreendido como o relacionamento mantido entre sujeitos para realizar gestão da escassez e satisfação das suas necessidades.

Nesse relacionamento se observa algumas qualificadoras essenciais. Para que a troca ocorra, não basta identificar a confluência de satisfação de necessidades. É fundamental, antes disso, que os sujeitos envolvidos reconheçam mutuamente a quem pertence a coisa que pretendem adquirir, pois somente o dominador poderá dela dispor.

O comércio pressupõe, portanto, a propriedade, enquanto um princípio jurídico que poderá ou não ser vertido em direito posto, e o dominador da coisa como um sujeito apto a ter esse direito reconhecido.

Além disso, os sujeitos também mutuamente reconhecem que além de o outro ser o proprietário da coisa, necessariamente deverá estar em plenas condições de exercer sua autonomia da vontade, manifestando-a por algum meio hábil a gerar a compreensão mútua de que a disposição e aquisição são atos de liberdade.

E mais, também a própria coisa é reconhecidamente como mercadoria, passível ou não de comercialização, o que foi bem notado pelos romanos quando lançaram as bases classificatórias dos bens conforme a sua comerciabilidade. Também neste caso, não somente há um mutuo reconhecimento da liberdade de contratar e da propriedade, como o sentimento de determinados bens são comercializáveis e outros não.

Perceba que, novamente, há uma juridicidade inerente ao fenômeno comercial sem qual o fenômeno não se concretiza, o que compreendemos na ordem jurídica brasileira como o princípio da liberdade de contratar.

Neste ponto, convém lembrar que Eros GRAU (2011, p. 71) categoricamente ressalta serem os princípios de direito encontrados e resgatados do plano da pressuposição, do direito pressuposto, podendo ou não ser vertido em direito posto. Desta arte, independentemente de haver direito positivo decorrente do Estado prevendo a propriedade, a liberdade contratual ou até os contratos; para se manifestar o comércio não encontra outra forma, senão a jurídica, o que nos leva sumariamente a concluir que no plano da pressuposição se trata de relação jurídica mantida entre sujeitos detentores de direitos.

1.3.2.2. O comércio é atividade econômica exercida por comerciante

Na primeira constatação falamos que o comércio é composto por relação jurídica mantida entre sujeitos que, por sua vez, manifestam por meio de atos de disposição e aquisição, configurando a troca.

Neste ponto, podemos afirmar que todo comércio pressupõe atos de troca, embora nem toda troca possa ser considerada comércio conforme já enfrentamos quando cuidamos da relação de vassalagem que envolvia a troca como simbolismo de um pacto ético-compromissório.

Todavia, um único ato de troca não é suficiente para configurar o comércio em si, posto que essa relação jurídica mantida entre sujeitos deve ser reiterada e habitual, ao ponto de se tornar um modo-de-vida de determinada sociedade, que passa a produzir não para própria subsistência, e sim passe a produzir para os outros.

Especializa-se e se divide a produção entre os seres, de forma a criar produtos excedentes a serem ofertados aos outros e, dessa forma, conseguir por meio da troca o produto que outrora era faltante.

Nessa divisão, inicia-se um ciclo em que determinado grupo sempre terá em abundância uma coisa que outro grupo não tem, e vice-versa. A oferta e demanda, nesse cenário, não se exaurem em um único ato de troca, passando a ser habitual e reiterado o comportamento de adquirir e alienar coisas nos limites da necessidade. Da habitualidade do intercâmbio, temos o comércio não como ato isolado, e sim como diversos atos reiterados que se interconectam em ciclos de troca de coisas.

Daí que podemos afirmar que o comércio é atividade. E não somente, na medida em que se trata de um conjunto de atos que buscam administrar a escassez dos recursos, essa atividade ganha a qualificação de atividade econômica.

Demais disso, por gerar ciclo habitual e regular de trocas, faz surgir também a figura de pessoas que se especializam na arte de intercambiar produtos, exercendo em caráter profissional a atividade econômica comercial.

Dessa forma, a relação jurídica estabelecida envolve em pelo menos um dos polos o sujeito-comerciante, que exerce a atividade econômica sem amadorismo, em caráter profissional, buscando técnicas e instrumentos que otimizem a relação de troca.

A título de confirmação, percebe-se que ainda em período medieval, foi a partir do mercador-banqueiro que o problema da mobilidade das coisas foi solucionado mediante a introdução da moeda.

Em outras palavras é a partir da figura do comerciante que novos repertórios econômicos são criados e o comércio, além da função coletiva de suprir necessidades, passa a ser também especulativo, com o escopo de gerar e acumular riqueza por meio do lucro, objetivo do comerciante.

Percebe-se que o conjunto dessas características se assemelham ao próprio mercado, que *“pressupõe não algum, mas um fluxo habitual e regular de trocas para daí fazer exsurgir um valor de troca, objetivo, despersonalizado e socialmente aceito como tal”* (NUSDEO, 2010, p. 46)

1.3.2.3. O comércio como ambiente de encontro entre oferta e demanda (zonas comerciais).

Em resumo, por enquanto compreendemos o comércio como atividade econômica exercida por comerciante que se concretiza por meio de relações jurídicas. Nessa definição, olhamos para os sujeitos, as formas, e a atividade exercida.

No entanto, também constatamos na investigação histórica do período que compreendeu a antiguidade à expansão marítima, que a reiteração da atividade comercial em determinadas zonas acaba por gerar ambientes em que habitualmente ocorre colisão positiva entre a oferta e a demanda.

Essas zonas de colisão, por sua vez, estão intimamente vinculadas ao fenômeno urbano, tendo sido constatada uma relação simbiótica entre comércio e cidade, ao ponto de na antiguidade se considerar que esta é o resultado da reunião dos homens para exercício da atividade comercial.

Por evidente, não pretendemos reduzir a cidade em toda sua complexidade a uma função meramente econômica, no entanto não podemos descartar a compreensão do comércio

também como um ambiente de encontro habitual entre oferta e demanda, seja esse ambiente uma feira local ou um entreposto entre Estados.

Inclusive, é a própria necessidade de disciplinar essas zonas comerciais, isto é esse ambiente de mercado em que procura e oferta de chocam, que motivou o estabelecimento de fronteiras rígidas e Estado soberano forte o suficiente para criar privilégios monopolísticos para alguns grupos locais, garantindo a esses grupos a liberdade interna de exercer o comércio-atividade, impedindo comerciantes estrangeiros de competirem em igualdade de condições dentro da área comercial local, em nítidas intervenções sobre o domínio econômico para fins de concretizar a política econômica.

E essa compreensão do comércio nos parece condizente com os adjetivos que esse fenômeno acaba por assumir quando se pretende qualificá-lo em relação à transposição ou não da área comercial de fronteiras de Estado pré-estabelecidas.

Daí que quando essa zona ultrapassa limites de Estados soberanos, identificamos um comércio internacional; no caso de estruturas federativas de três níveis, identificamos um comércio local, ou regional ou ainda nacional, a depender do tamanho da zona, sendo o primeiro umbilicalmente vinculado à própria figura da cidade.

Hodiernamente ainda, muito embora não seja a nossa intenção avançar tanto na história antes de adentrar na perspectiva nacional, identifica-se uma grande área comercial sem fronteiras decorrente digitalização da vida e virtualização das relações, é a figura do comércio eletrônico que cria área comercial sem fronteiras aparentes, caracterizada por um ambiente virtual do encontro de oferta e demanda.

1.3.2.4. Possível definição do conceito de comércio

Dessa digressão histórica realizada com o enfoque na Europa ocidental entre o período da antiguidade e expansão marítima, pretendíamos encontrar as características definidoras de comércio vigente na época em que o velho Mundo cruzou com a realidade brasileira, e que, possivelmente tenha influenciado o conceito de comércio de hoje que, inclusive, vale-se o Estado para disciplinar em sede de direito posto.

Desta arte, a partir das características gerais identificadas, é possível definir o comércio como a atividade econômica exercida por comerciante que se concretiza por meio de relações jurídicas de troca ocorridas em um ambiente de encontro entre oferta e demanda.

1.3.3. O conceito de comércio adotado na Constituição de 1988: características extraídas a partir uma construção histórica

Cumprido esse primeiro objetivo, resta saber se o conceito de comércio identificado a partir da análise histórica da Europa ocidental foi exportado para o Brasil, e em que medida foi digerido e adaptado à nossa realidade social e econômica.

A análise até então realizada recaiu sobre uma sociedade historicamente localizada em que o comércio se manifestou de forma a assumir as características apontadas. Daí extraímos a definição que o compreende como atividade econômica exercida por comerciante que se concretiza por meio de relações jurídicas de troca, ocorridas em um ambiente de encontro entre oferta e demanda.

Presume-se que o fenômeno tenha adentrado em solo brasileiro com essas características, na medida que a influência lusitana na nossa formação social é incontestável, ainda mais diante da visão do colonizador que tinha na colônia uma caixa vazia de cultura passível de receber toda e qualquer instituição ocidentalmente construída.

No entanto, é prudente que a hipótese seja verificada por meio do mesmo caminho metodológico.

Para tanto, partiremos da fase colonial e caminharemos em direção à Constituição de 1988, buscando, na medida do possível, extrair das informações históricas o direito pressuposto identificado no modo-de-vida e o direito posto pelo Estado em cada período, para então verificarmos o que é comércio hoje no Brasil e caminhar para sua regulação passível ou não ser objeto de regulação.

De início, importa rompermos com qualquer possibilidade de desconsiderar a realidade brasileira pré-colonial existente antes da surpresa lusitana no último ano de século XV. O solo não era um montante de terra despovoado e sem sociedade, havendo flagrante colisão cultural e de intenções entre aqueles que aqui habitavam e os que por aqui chegaram.

Antes do encontro de mundos, a costa atlântica da América era ocupada por inúmeros povos indígenas em disputa constante pelos melhores nichos ecológicos. Aos poucos, como destaca Darcy RIBEIRO (2015, p. 25), os índios de fala tupi, bons guerreiros, instalaram-se majoritariamente sobre o território.

Não significa, contudo, que tenham constituído uma nação ou ainda uma grande unidade governamental reinante sobre toda a costa, posto que ao crescer, a tribo se bipartia em dois povos que se diferenciavam ao ponto de se desconhecem e se hostilizarem. Formava-

se, em verdade tribos que falavam língua do mesmo tronco tupi, mas sem organização política⁷.

A inexistência de unidade política não significa atraso tecnológico ou inexistência de modelos econômicos. Longe disso, esses primeiros habitantes brasileiros eram dotados de conhecimento extremamente avançados em campos como a medicina, até mesmo se tomarmos como ponto de comparação o estado da técnica do século XXI.

Como relembra Jorge CALDEIRA (2017, p. 23), tinham conhecimento médico sobre espécies naturais muito superiores ao do colonizador; enquanto os médicos europeus manipulavam por volta de 150 espécies vegetais no século XVI, algumas populações indígenas trabalhavam com cerca de 3 mil espécies. Apenas para que tenhamos dimensão da absoluta inexistência de atraso, ainda hoje três quartos de todas as drogas de origem vegetal no mundo derivam desse conhecimento nativo.

Não somente no ramo medicinal tinham saberes relevantes, como também no campo no cultivo, com técnicas relativamente avançadas que possibilitaram incorporar alimentos com alto teor nutritivo. Nessa época, os povos tupis já haviam superado a fase paleolítica, e em meio à revolução agrícola desenvolveram métodos agrícolas eficientes, inclusive com a extração do ácido cianídrico da mandioca, que possibilitou tornar comestível alimento que outrora era considerado venenoso.

Em linhas gerais, roçavam a mata, derrubavam árvores, limpavam o terreno com queimadas, e então desenvolviam o cultivo que possibilitava viver sem problemas acentuados de escassez. Como relembra Darcy RIBEIRO (2015, p. 27) ao cuidar da nossa matriz tupi de formação, a agricultura dos nativos lhes assegurava fartura alimentar durante o ano inteiro, variedade de matéria-prima, condimentos, venenos e estimulantes.

Não somente, essas técnicas de cultivo possibilitavam a formação de excedente, o que poderia ter se deflagrado no desenvolvimento de trocas reiteradas e habituais entre as tribos, assim como acontecia no continente europeu. Não foi o que aconteceu.

Ao revés, a sobra era armazenada para que nos períodos de guerra não faltasse mantimentos para o grupo até a restauração dos períodos de paz. Ainda, quando esses excedentes eram mantidos em quantidade elevada, eram realizadas grandes festas rituais pelos pajés que mobilizavam todo o grupo desfrutar daquilo que era propriedade coletiva

⁷Nesse sentido, esclarece Darcy RIBEIRO: “Apesar da unidade linguística e cultural que permite classificá-los numa só macroetnia, oposta globalmente aos outros povos designados pelos portugueses como tapuias (ou inimigos), os índios do tronco tupi não puderam jamais unificar-se numa organização política que lhes permitisse atuar conjugadamente. Sua própria condição evolutiva de povos de nível tribal fazia com que cada unidade étnica, ao crescer, se dividisse em novas entidades autônomas que, afastando-se uma das outras, iam se tornando reciprocamente mais diferenciadas e hostis”. (2015, p. 27)

(CALDEIRA, 2017, pp. 26-27). O tratamento do excedente na estrutura das relações do povo de origem tupi não tinha, portanto, destinação mercantil.

Disso podemos concluir que para formação de um comércio não basta a produção de excedente, é indispensável que esse excedente seja destinado à mercancia, com o objetivo de intercambiá-lo para obter outra coisa que seja faltante.

Da forma como administravam o excedente, observa-se que a própria estrutura da tribo era diferente, trazendo, além da economia de subsistência, igualdade entre os membros. Havia uma chefia, porém, somente tinha a função de manter a unidade do grupo e o modo de vida da tribo, destacando-os mais em razão de sua habilidade social. Somente em tempos de guerra que a chefia assumia poderes exorbitantes de mandos sobre os demais, para controlar o excedente de forma igualitária, distribuindo-os na medida das necessidades (CALDEIRA, 2017, p. 27).

Neste caso, verifica-se que o controle da escassez era realizado de forma diversa, desenvolvendo uma estrutura social hábil a satisfazer as necessidades em tempos de paz e de guerra sem intercambio de coisas, mas sim por meio da própria produção coletiva e abundante. Nessa economia de subsistência, a troca entre aldeias era quase inexistente, existindo contatos somente para intercambio de mulheres e bens de luxo (FAUSTO, 2006, p. 15).

Ocorre que esses modelos tribais foram surpreendidos pela chegada do povo europeu, agressivo e destrutivo de variadas formas, o que representou verdadeira catástrofe para os índios (RIBEIRO, 2015, p. 25 e FAUSTO, 2006, p. 16). O cruzamento de realidades, em verdade, culminou em conflitos de diversas naturezas, desde o campo biótico até no campo socioeconômico:

Esse conflito se dá em todos os níveis, predominantemente no biótico, como uma guerra bacteriológica travada pelas pestes que o branco trazia no corpo e eram mortais para as populações indenes. No ecológico, pela disputa do território, de suas matas e riquezas para outros usos. No econômico e social, pela escravização do índio, pela mercantilização das relações de produção, que articulou os novos mundos ao velho mundo europeu como provedores de gêneros exóticos, cativos e ouros. (RIBEIRO, 2015, p. 25)

O contexto não era vantajoso para paz. De um lado, o modo de vida dos índios pautado na tranquila fruição da existência em um mundo dadivoso numa sociedade solidária; de outro a intrusão de um povo para quem a vida era uma tarefa sofrida em que todos eram condenados ao trabalho e subordinados ao lucro (RIBEIRO, 2015, pp. 36-37).

O enfrentamento foi inevitável, o que culminou no desmantelamento da população indígena, seja por guerra seja por doença.

De outro norte, aqueles que resistiram aos males bióticos e não firmaram resistência militar contra o invasor, passaram a se relacionar pacificamente com o homem novo. Nesse sentido, a ausência de uma nação foi fator vantajoso ao europeu, pois, além de manter um contato relativamente não tormentoso com alguns, também se utilizavam da hostilidade entre tribos para se afirmarem no território.

Em outras palavras, vinculando-se àqueles que não os hostilizavam, conseguiram se introduzir no território carente de uma unidade política, desenhando um processo de colonização, inicialmente espoliativa.

Nesse passo, em um primeiro momento, não haviam relevantes interesses por parte dos portugueses, estabelecendo somente o sistema de feitorias, semelhante ao que havia na costa africana, para o fim de articular trocas decorrentes de uma política extrativista. Recebiam dos índios pau-brasil, e em menor escala farinha de mandioca, e forneciam tecido, facas, canivetes e quinquilharias (FAUSTO, 2006, p. 17).

Muito embora essa situação não representasse nada de novo para o velho mundo, para os nativos foi o giro na estrutura da economia local.

Em verdade, como destaca Jorge CALDEIRA (2017, p. 32-33), os tupi ainda não haviam passado pela revolução do metal, desconhecendo a metalurgia. Ao ter contato com essa tecnologia por meio do encontro inesperado com outra civilização repleta de utensílios de ferro, vislumbraram-se.

E existe racional para tamanha aceitação desses bens na comunidade indígena. Em uma comunidade tipicamente de subsistência que retirava do solo e da caça o que necessitava para viver, utilizar o “machado europeu” permitia que derrubassem árvores em um décimo de tempo do que faziam com as ferramentas de pedra (CALDEIRA, 2017, p. 32).

O fornecedor dessa ferramenta de trabalho, contudo, não era a natureza de onde tudo se extraía, e sim um povo com conhecimento de técnicas comerciais especulativas que viam no novo mundo, ainda que de forma menos entusiasmada, o intuito claro de obter lucro. Passou, então, a receber como moeda de troca pelas quinquilharias as toras de pau-brasil, de onde se extraía uma tintura vermelha para tecidos que logo teve demanda expressiva no mercado europeu.

A margem de lucro portuguesa era relevante, uma vez que exploravam um local novo que ainda não havia sofrido o lento processo de habitualização da permuta, inexistindo critérios de avaliação de preço, o que permitia realizar trocas desniveladas.

De outro lado, os índios incorporaram item novo em seu modo de vida somente adquirido por meio do intercâmbio com a branquitude, o que estimulou a produção regular de excedentes destinados à troca (CALDEIRA, 2017, p. 32).

Darcy RIBEIRO esclarece que a impossibilidade de produzir o utensílio de ferro foi condição material que impôs ao nativo se sujeitar ao escambo como forma de obter a coisa que se tornara indispensável: *“não podendo produzi-las, tiveram de encontrar e sofrer todos os modos de pagar seus preços, na medida em que elas se tornaram indispensáveis. Elas eram, em essência, a mercadoria que integrava o mundo índio com o mercado”* (2015, p. 38).

Nesses primeiros anos de Brasil, com a simples entrada do homem europeu no novo mundo já se observa a inserção de fenômenos vividos então no mundo ocidental. É o caso do comércio, exportado da mesma forma e com as mesmas características como então era vivenciado na realidade europeia ocidental da época.

Primeiro, há uma atividade econômica na medida em que se observa atos reiterados e habituais de entrega de item abundante pelo nativo ao europeu; recebendo em troca utensílios escassos incorporados ao modo-de-vida e não produzido em terras brasileiras.

Segundo, essa atividade econômica é exercida por comerciante, no caso o português que já exercia de forma profissional a mercancia, ao ponto de, após desbravar a rota para o Atlântico, cruzar o Oceano no intuito de obter lucros na permuta.

Terceiro, mesmo sendo a população tupi caracterizada pela economia de subsistência, a propriedade, mesmo que coletiva, era sentida. Tanto o é que em momentos de guerra em que os recursos poderiam se tornar escasso, concentrava-se na chefia a gestão do excedente para garantir a subsistência de todos, na medida em que se todos eram donos das coisas, a todos deveria se garantir a satisfação das necessidades, mesmo em épocas difíceis.

Existe no íntimo o sentimento de pertencimento em que a comunidade figura como a dominadora, o que possibilitou realizar permutas com o povo europeu para obter outros itens, até então desconhecidos, mas extremamente úteis para seu modo de vida agrícola e extrativista. Há uma propriedade pressuposta, porém ela é coletiva, pertencente a toda comunidade.

Somente quem integrava a comunidade poderia dessa propriedade comum pressuposta usufruir. Os estrangeiros, percebidos como um povo estranho, salvo algumas absorções de forasteiros pela cultura Tupi (CALDEIRA, 2015, p. 33), não poderiam usar e fruir de tudo o que a comunidade oferecia; da mesma forma que os nativos não poderiam utilizar os utensílios de ferro trazidos do Velho Mundo pelo estranho estrangeiro como bem conviesse.

Foi necessário, então, estabelecer a relação de troca entre coisas pertencentes à comunidade nativa e coisas pertencentes aos brancos europeus, trocas essas que assumem, como vimos anteriormente, formas jurídicas pressupostas. Por essa razão, também no mundo dos nativos, as trocas realizadas com os portugueses assumem formas jurídicas pressupostas que trazem à concreção a transmissão e recepção da propriedade sobre algo.

Em quarto, tratando-se de atividade habitual, nasceram na costa brasileira as feitorias, sistema já empregado pelos portugueses na costa africana, que funcionavam como verdadeiras zonas comerciais em que se materializava o ambiente de encontro entre oferta e demanda, recebendo e armazenando os utensílios de ferros trazidos de portos europeus (CALDEIRA, 2017, p. 32).

Ressalta-se que, apesar das alterações sofridas no modo de vida dos nativos, inclusive com seu desmantelamento e introdução de um mercado de quinquilharias, sob o ponto de vista lusitano ainda não havia muito interesse e animação em ocupar efetivamente o território brasileiro.

Ocorre que as simples feitorias garantiam um fluxo extrativista de bens, e não uma ocupação econômica efetiva da terra, deixando-a desprotegida e suscetível a invasões de outras nações europeias. Perder terras no novo mundo antes de explorá-lo ao ponto de saber o que poderia ou não oferecer não era a medida política mais interessante para o governo lusitano.

Não podemos esquecer que a política econômica mercantilista predominante em solo europeu tinha na acumulação de metais preciosos uma de suas normativas, havendo a esperança que internamente nas terras brasileiras houvesse ouro (FURTADO, 2007, p. 36). Essa miragem não era desarrazoada se observada a ocupação econômica espanhola da América, baseada na espoliação do ouro acumulado pelas velhas civilizações da meseta mexicana e do altiplano andino.

Todo esse contexto culminou em pressão política de outros Estados europeus que vislumbravam no novo mundo fonte de riquezas inexploradas e pretendiam invadi-las e ocupá-las, sob o princípio do *uti possidets*. Passou, então, a ser necessária uma ocupação econômica efetiva que fizesse frente aos gastos com defesa da terra, o que não era tão simples diante da inexistência de uma extração aurífera inicialmente visualizada.

É neste panorama que foi tomada como medida política a exploração agrícola das terras brasileiras, vertendo-se de economia espoliativa e extrativa em fonte produtora do mercado europeu.

Nas palavras de FURTADO “a América passa a constituir parte integrante da economia reprodutiva europeia, cuja técnica e capitais nela se aplicam para criar de forma permanente um fluxo de bens destinados ao mercado europeu” (2007, p. 29).

É conveniente lembrarmos que, quando verificamos a intensificação da mercancia no segundo período medieval, esclarecemos que a existência de fonte produtora que abastecesse o comércio e o mundo urbano europeu era indispensável. Justamente com essa função as terras brasileiras passaram a integrar o mundo da mercancia europeia, advindo daí a importância do cultivo na América de uma especiaria incorporada ao modo-de-vida no ocidente: o açúcar.

Por evidente, inaugurar um modelo de produção não seria tarefa simples, sendo possível enfrentar obstáculos de diversas naturezas, como da técnica de produção, criação de mercado, financiamento e mão-de-obra. No entanto, o empreendimento agrícola açucareiro em terras brasileiras teve êxito, mais em decorrência de um conjunto de circunstâncias favoráveis do que por um plano geral preestabelecido.

Isso porque, os portugueses já haviam começado a produção do açúcar nas ilhas do Atlântico, o que ocasionou relativo desenvolvimento da indústria de equipamentos para engenhos.

Demais disso, no campo comercial a cooperação firmada com os flamengos foi decisiva para êxito da empresa açucareira, principalmente a partir da segunda metade do século XVI. Especialmente os holandeses, como assevera FURTADO (2007, p. 33), dispunham de organização comercial hábil a criar um mercado para o açúcar de grandes dimensões, pelo que ao refinarem e distribuírem por toda Europa acabaram por possibilitar a absorção da produção brasileira.

E dessa forma o Brasil se manteve no cenário econômico europeu durante bastante tempo: como grande produtor colonial vinculado à metrópole lusitana, cuja função era abastecer o comércio europeu.

E não somente como produtora.

A colônia também era importante aliada na manutenção da balança comercial superavitária lusitana, na medida em que os produtos europeus eram escoados para colônia por intermédio exclusivo da metrópole. O Brasil no período colonial passou a ser, então, uma fonte de produção relevante para afirmação lusitana no mercado externo, como também de escoamento que não poderia ser disponibilizada a todo e qualquer concorrente.

Obviamente que houveram crises, principalmente no período da união ibérica quando Portugal foi absorvido pela Espanha que, por sua vez, rompeu com o cooperativismo firmado com os holandeses, tão importante para distribuição do açúcar no mercado europeu.

Além de se tornar dependente, sofreu a subtração de algumas outras colônias, e afrouxou seu poderio sobre o Brasil, na medida que presença de outras nações europeias também passaram a ser constantes em solo brasileiro. Como exemplo, tem-se a invasão holandesa ocorrida no Nordeste, que, inclusive, possibilitou aprenderem a realizar o cultivo da cana e a desenvolver produção concorrente no Caribe (FURTADO, 2007, p. 44), o que no futuro foi decisivo para o declínio da empresa açucareira luso-brasileira.

Como afirmamos anteriormente, a Coroa portuguesa tratou os empreendimentos coloniais com fundamento na política econômica mercantilista predominante até o século XVIII, isolando o Brasil do resto do mundo durante todo esse período. Objetivava dessa forma impedir ao máximo a presença em terras brasileiras de concorrentes europeus, garantindo, como destaca Boris FAUSTO (2006, p. 27), o exclusivo metropolitano.

No entanto, o balanço do período não era positivo, o que estimulou, ao final da união ibérica em 1640, a Coroa se reafirmar como metrópole a partir da ligação com alguma grande potência emergente. Foi quando concluiu acordos com a Inglaterra, estabelecendo relação desigual, trocando proteção política e militar por vantagens comerciais, todas transferidas para Colônia (FURTADO, 2007, p. 69).

Desta arte, a Inglaterra acabou por se beneficiar quando ainda lhe era conveniente dessa política econômica monopolista, sendo uma das únicas nações com a possibilidade de negociar diretamente com a colônia brasileira (FAUSTO, 2006, p. 28), por força do acordo firmado com a metrópole lusitana. A Coroa em sua aparente riqueza não passava de um vassalo da potência inglesa, e, nesse contexto, o Brasil entrava como uma articulação fundamental nesse sistema econômico.

Tanto que, quando a partir do primeiro decênio do século XVIII se desenvolveu a produção aurífera no Brasil, Portugal já havia se vendido em troca da proteção militar, o que implicou sua atuação como verdadeiro entreposto de transferência de ouro da colônia para a Inglaterra. Nesse sentido, Celso FURTADO destaca que “*o ciclo do ouro constitui sistema mais ou menos integrado, dentro do qual coube a Portugal a posição secundária de simples entreposto*” (2007, p. 66).

Para os ingleses, em contrapartida o ciclo do ouro brasileiro culminou na concentração de reservas que fizeram do seu sistema bancário o centro financeiro da Europa, além de ter estimulado o desenvolvimento manufatureiro, e, como ressalta FURTADO (2007, p. 67),

possibilitou flexibilidade à sua capacidade para importar. Isso porque, o acordo bilateral entre Portugal e Inglaterra garantiam a ela a venda exclusiva de produtos manufaturados absorvidos em grande medida pela metrópole e pela colônia.

As consequências dessa “anglodependência” no cenário europeu teve impacto político determinante no relacionamento entre Coroa e colônia, quando a França, em decorrência da guerra contra os ingleses no início do século XIX, após controlar quase toda a Europa ocidental, impôs o bloqueio comercial como forma de isolar a Inglaterra no cenário econômico.

Neste panorama, diante do relacionamento mantido entre ingleses e lusitanos, seria necessário fechar o cerco para impedir existente na Europa portos aliados britânicos, motivo pelo qual em 1807 as tropas de Napoleão rumaram para Lisboa (FAUSTO, 2006, p. 66). O cenário estimulou a Corte lusitana que, sob proteção inglesa, houve por bem transferir-se para o Brasil.

Como primeira medida, foi necessário romper com a estrutura colonial que impunha o exclusivo metropolitano, uma vez que não havia mais condições de colocar Portugal como entreposto comercial que ligava colônia e Europa. Abriram-se, então, os portos, colocando fim ao sistema colonial que tinha no monopólio lusitano sobre as terras brasileiras a sua base de sustentação da economia metropolitana.

Até mesmo porque, o Brasil era o celeiro de produtos que permitia que Portugal ainda figurasse na vida comercial europeia, na medida em que quase a totalidade das exportações realizadas por Lisboa decorriam de reexportação de mercadorias advindas da colônia. Uma vez descortinado o entreposto, não havia mais razões para criar empecilhos à comercialização direta entre Brasil e Europa, mesmo que essa comercialização inicialmente representasse uma abertura somente aos britânicos.

Era medida de sobrevivência da Coroa abrir os Portos, pressuposto esse que com brevidade foi posto. A respeito da importância brasileira na vida comercial portuguesa, Jorge Caldeira revela números expressivo que bem elucidam o cenário.

Sendo colônia, o Brasil remetia quase a totalidade de suas exportações para Lisboa. Na prática esse fluxo garantia a vida comercial metropolitana: entre 80% e 90% de todo o comércio exterior português resultavam da reexportação de mercadorias brasileiras e da reexportação de mercadorias europeias para a colônia – o que torna compreensível tanto o motivo da mudança da Corte como o primeiro ato de D. João no Brasil, o da abertura dos portos, uma vez que a intermediação lisboeta se tornara inviável. Em pouco tempo as vendas para o Reino passaram a representar apenas uma fração das exportações brasileiras. (CALDEIRA, 2017, p. 195)

Com a abertura dos portos, encerra-se o Brasil colonial, sendo possível constatar que as características essenciais que utilizamos para definir o comércio anteriormente ainda estão presentes.

Não deixou o fenômeno nesse período de ser atividade econômica exercida por comerciante, e nem de se concretizar por relações de troca que pressupõe formas jurídicas pressupostas, como também nesse período ocorreriam em um ambiente de encontro entre oferta e demanda. A grande diferença das relações comerciais existentes no Brasil e na Europa é justamente a intervenção do Estado sobre a zona econômica comercial, deixando-a mais ou menos livre conforme os interesses da metrópole, orientada então pela política econômica mercantilista pautada no exclusivo metropolitano.

Daí ser possível concluir, ao menos por enquanto, que não é o conceito de comércio em si que se altera no Brasil colonial, e sim a dimensão das zonas de encontro entre oferta e demanda, com a limitação artificial dos sujeitos que podem participar para garantir monopólio a grupos determinados.

No entanto, o fechamento de mercado que era imposto à colônia desaparece em decorrência das condições materiais que estimularam a abertura dos portos narradas anteriormente. Contudo, não podemos esquecer que no mesmo período também havia tomado forma na Europa o liberalismo político e econômico, que interpretava negativamente a política mercantilista monopolista limitadora da liberdade das zonas comerciais.

Adam SMITH (1996, pp. 435-438) em *A riqueza das nações*, publicada originariamente em 1776, destaca que a atitude estatal de impor o monopólio do mercado interno acaba por orientar as pessoas em como deve empregar seus capitais, o que tende ou a ser inútil ou nocivo.

No primeiro caso, se os produtos nacionais podem ser comprados com valor inferior dos importados, a medida acaba sendo irrelevante, pois não há nenhum estímulo em específico ao mercado interno nesta hipótese. No segundo caso, se o preço do produto nacional é maior que do importado, a norma o monopólio é prejudicial por interferir de forma artificial na possível escolha racional mais benéfica do comprador, entendida como o emprego mais vantajoso do capital, além de não gerar estímulo à baixa de preço.

Dessa compreensão deflui a percepção liberalista de que cada indivíduo tem “*muito melhores condições do que qualquer estadista ou legislador de julgar por si mesmo qual o tipo de atividade nacional no qual pode empregar seu capital*” (SMITH, 1996, p. 438). Em

outras palavras, é melhor que o Estado somente atue no comércio de forma pontual para garantir a liberdade econômica⁸⁸.

Essa concepção liberal que combateu as políticas mercantilistas também teve respaldo jurídico, uma vez que os sucessivos movimentos de constitucionalismo e de codificação passaram a disciplinar por meio do direito positivo figuras tipicamente burguesas, vertendo o direito pressuposto do modo de vida da época em direito posto legitimado pelo Estado.

No que se refere ao constitucionalismo, tem-se que o seu escopo era de estabelecer um pacto fundamental entre cidadãos, de forma que o Estado permanecesse como o centro político-decisório - sentido como algo necessário desde o fim do período medieval -, mas que não pudesse interferir ferozmente em seus direitos individuais de liberdade e propriedade.

Nesse ponto, esclarece Fábio NUSDEO (2010, p. 130) que o cerne das Constituições da época, notadamente a estadunidense e a francesa, era a não politização do econômico, limitando as investidas do Estado sobre a esfera do comércio somente para garantir a livre iniciativa e concorrência.

Já a codificação do direito privado guardava o objetivo de conferir segurança e previsibilidade às relações mantidas entre esses cidadãos, o que é indispensável para a manutenção de um comércio sólido.

A respeito do segundo movimento, prossegue NUSDEO (2010, p. 134), que consistia no objetivo claro de construir um direito positivo sistematizado e unificado que permitisse aos agentes do mercado se relacionarem com o grau mínimo de certeza de que os contratos seriam cumpridos e que o Estado não iria dirigir as escolhas econômicas do uso de seus bens.

Esses pensamentos liberais também foram importantes para a abertura dos portos, na medida em que Portugal sofreu influxos dessa corrente. Tanto é verdade que, diante das codificações da época, começaram a nascer estudos de caráter jurídico tendo como objeto a regulação do comércio.

José da Silva Lisboa, para quem a abertura dos portos era situação inevitável decorrente da migração da Coroa, escreveu nesta época, por exemplo, a primeira obra de Direito Comercial no Brasil intitulada *Princípios de direito mercantil e leis de marinha* (GONÇALVES NETO, 2014, p. 56 e FARIA JÚNIOR, 2008, p. 44).

⁸⁸CORAZZA (1985, p. 103) ao investigar a posição do Estado no liberalismo aponta a dualidade presente no pensamento que, apesar de buscar negar o Estado, reconhece sua necessidade, seja para (i) suprir falhas de funcionamento dos mecanismos econômicos, ou (ii) para impedir que conflitos de interesses entre as classes sociais comprometam a acumulação, ou (iii) até mesmo para garantir a concorrência. Daí que no presente trabalho ressaltamos não uma inexistência de atuação estatal, e sim uma atuação pontual no quanto fosse necessário para garantir a liberdade econômica.

O que se vislumbra no âmbito desse direito posto analisado por Silva Lisboa é a presença de instituições liberais burguesas fundadas na generalidade e na sistematicidade, cujo “*cerne da lei garante o direito à liberdade, à igualdade e à propriedade*” (FARIA JÚNIOR, 2008, p. 44).

Daí que extraindo do direito pressuposto, o Estado passa ao plano da posição essas figuras jurídicas, conjugando liberdade (contratual) e propriedade de forma que aquela possibilite se valer desta em sua plenitude, dispondo da coisa conforme os próprios interesses.

Desta arte, é cediço que as embarcações que trouxeram a Corte portuguesa para o Brasil em 1808 foram movidas por ondas liberais, que influenciaram o agir da Coroa portuguesa no breve período de mudança de sede.

E mais. Possibilitaram também a incorporação na então colônia de instituições e aspirações burguesas, tanto no que se refere ao plano das relações comerciais quanto no âmbito político-jurídico com os movimentos constitucionalistas e codificadores. Tanto o é que não tardou para os ares de liberdade chegarem no ponto ótimo de deflagrar a independência em 1822 e a inauguração de novo Estado por meio da Constituição de 1824.

O Texto Imperial, por sua vez, incorporou esse pensamento político-econômico liberal, preconizando no artigo 179 a inviolabilidade de direitos civis que tinham por base a liberdade, a segurança e a propriedade, também garantida em sua plenitude no inciso XXII. Expressamente no inciso XXIV abre o comércio para exploração geral, sem proibição a nenhum gênero, desde que não se opusesse ao costume, à segurança e à saúde dos cidadãos (BRASIL, 1824).

Esses traços desenham a Carta Imperial influenciada pelo liberalismo econômico herdado da matriz lusitana, que se preocupa mais em garantir a abstenção do Estado no âmbito das decisões econômicas de seus cidadãos, sem instituir monopólios⁹, permitindo que se disponham livremente de sua propriedade em relações comerciais desprovidas de amarras aparentes.

Ainda em decorrência da influência que sofria do pensamento liberal, como da estruturação de um Estado originário recém independente, a Constituição de 1824 também é clara ao calcar como indispensável iniciar um movimento interno de codificação, o que é

⁹No que se refere aos monopólios, a regra é a repressão para garantir o fluxo livre comercial. No entanto, já na Constituição Imperial se observa traço interessante ainda presente atualmente no que se refere ao direito de exclusividade temporária ao inventor por sua criação. O artigo 179, inciso XXVI, da seguinte forma dispunha a respeito: “*Os inventores terão a propriedade das suas descobertas, ou das suas produções. A Lei lhes assegurará um privilegio exclusivo temporario, ou lhes remunerará em resarcimento da perda, que hajam de soffrer pela vulgarização*”.

revelado no inciso XVIII do mencionado artigo 179 que impõe o dever de se erguer um regime jurídico e criminal de forma breve.

Em relação ao comércio, os princípios do direito pressuposto erigido ao plano do direito positivo constitucional pelo legislador constituinte articulavam um modelo convergente ao liberalismo econômico, quais sejam: a livre iniciativa, a liberdade de contratar, e a propriedade privada.

Faltava ainda uma codificação que viesse conferir a segurança necessária às relações comerciais, vez que até então, mesmo após a independência, eram vigentes as leis portuguesas e a Lei da Boa Razão que autorizava a aplicação subsidiária das leis das nações cristãs nas questões mercantis. Como destaca Alfredo de Assis GONÇALVES NETO (2014, p. 56) era formado, basicamente, pelo Código Comercial francês de 1807, o Código Comercial espanhol de 1829 e o Código Comercial português de 1833.

É neste panorama que nasce em 1850 pela Lei n. 556, antes mesmo do próprio Código Civil determinado pela Constituição Imperial, o Código Comercial, influenciado pelo modelo francês de 1807, recepcionando o instituto dos atos de comércio, cuja aplicação *“criou sérios problemas de interpretação e aplicação, pois a definição não se revestia de completude lógico-científica”* (SZTAJN e VERÇOSA, pp. 19-33).

Dentro de um contexto de direito liberal que tinha no código a função de disciplinar objetivamente as questões comerciais para o fim de garantir segurança, previsibilidade e impedir privilégios pessoais, listar todos os atos e atividades comerciais passíveis de regulação era estratégia, aparentemente, satisfatória. É nesse contexto que, sob influência do sistema adotado pelo Código Civil francês, nasce então o rol, inicialmente taxativo, *“de atos que a prática mercantil consagrara como inerentes ao comércio”* (GONÇALVES NETO, 2014, p. 48).

No Brasil, contudo, o Código Comercial de 1850 deixou de listá-los, limitando-se a dispor no artigo 4º (BRASIL, 1850) sobre a figura do comerciante, definindo-o legalmente como aquele que, matriculado perante algum Tribunal do Comércio, realiza atos de mercancia como profissão habitual.

A catalogação foi ato posterior realizado pelo Regulamento n. 737 (BRASIL, 1850), que, como bem aponta GONÇALVES NETO (2014, p. 55), na tentativa de impor pela autoridade da norma jurídica o que é atividade comercial, acabou por limitar o horizonte de compreensão, na medida que não foi suficiente para contemplar novas formas de relações comerciais. Ademais, cravou como comerciais atos que não eram fisionomicamente

comerciais, mas que por força da lei, em sentido lato aqui empregada, deveria ser considerada como tal.

Perceba que definir legalmente sem se voltar para o plano da pressuposição que revela os princípios jurídicos que dão forma ao fenômeno cria o perigo de distorções entre a norma posta e o plano fático-social. Isso gera disfunção na medida em que não atinge a finalidade almejada. No caso, sob a pretensão de lançar as bases de um direito liberal objetivo seguro, previsível e formalista, acabou por regular o comércio sem contemplar suas características reais.

De toda forma, apesar de não ser condizente à definição que identificamos alhures essa limitação de atos comerciais em *numerus clausus*, é relevante observar que logo nos primeiros anos do Estado-Brasil já se inicia uma preocupação atinente à regulação do comércio pelo direito. A codificação de 1850, mesmo restringindo o alcance e a flexibilidade da mercancia, disciplinou a atividade comercial e a figura do comerciante.

Coube à Constituição, mesmo que de forma singela, garantir a liberdade no processo econômico ao preconizar a inexistência de proibição a nenhum gênero comercial, salvo em algumas situações pontuais de violação à garantia individual de outros cidadãos.

Retomando às características desse fenômeno extraídas a partir de uma análise histórica, nota-se que o direito liberal do período imperial se preocupou em disciplinar exatamente a atividade econômica (atos de comércio) exercida por comerciante (quem exerce o comércio e se matricula perante a algum Tribunal Comercial). Também se preocupou com as relações jurídicas de troca, na medida em que trouxe ao direito posto a figura dos contratos. Perceba que o legislador caminhou bem ao identificar os traços marcantes do comércio, mas se equivocou ao se considerar apto a disciplinar de forma extensiva e taxativa as atividades econômicas ditas comerciais.

No que se refere ao ambiente de encontro entre oferta e demanda, é na Constituição que se verifica seus pressupostos, bem como alguns limites para atuação pontual na zona comercial. É a partir dela que se cria o Estado, disciplinando em maior ou menor grau o modo de produção orientado pelo liberalismo econômico que tinha na abstenção a regra, e na presença estatal no ambiente econômico a exceção.

Se é certo que deslizou o legislador da época ao tentar limitar a realidade por meio do formalismo jurídico exacerbado, o fato de haver preocupação com a regulação do comércio-atividade, comércio-sujeito, comércio-contrato, bem como haver a preocupação de inibir a presença do Estado no processo econômico ao garantir liberdade no comércio-ambiente,

revela que o núcleo da fisionomia do comércio calcada no início deste trabalho esteve presente também no período imperial.

Resta verificarmos se essa concepção ainda se mantém atualmente.

Neste ponto, no que se refere a disciplina legal do comércio disposta no Código Comercial de 1850, desde já é possível afirmar que perdurou durante muitos anos, sobrevivendo às diversas ordens constitucionais, adentrando inclusive na ordem constitucional de 1988.

A atuação do intérprete foi determinante para garantir a longevidade da disciplina jurídica do comércio e comerciante instaurada ainda no período imperial. Alfredo de Assis GONÇALVES NETO (2014, p. 59) relembra que diante dos problemas casados pela taxatividade, tanto os comercialistas quanto os Tribunais do Comércio passaram a compreender a enumeração como elástica, ante a necessidade de abranger as novas formas de contratar surgidas na prática mercantil.

Somente em 2002, com o Código Civil, é que a primeira parte do referido diploma comercial foi revogada, adotando a teoria da empresa desenvolvida no direito italiano. Isso não significa, todavia, que o conceito real de comércio se alterou substancialmente com a mudança do regime jurídico, até mesmo porque, se é da pressuposição que se extrai o direito posto, este ao máximo refletir o que está no bojo da sociedade.

A fisionomia do fenômeno não foi alterada e sim absorvida pelo conceito amplo empresa que engloba tanto as atividades econômicas de transformação, quanto as atividades econômicas de troca.

O artigo 966 do referido código (BRASIL, 2002) é claro ao considerar empresário todo aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para fins produção ou de circulação de bens e serviços.

O direito posto pelo Estado incorporou, portanto, parte das características identificadas neste trabalho a partir da investigação histórica, notadamente no que tange ao comércio compreendido como atividade econômica exercida por comerciante que se concretiza por meio de relações jurídicas de troca.

Em sentido semelhante, Alberto ASQUINI (1996, pp. 109-126) ao analisar o fenômeno da empresa, nela absorvida o comércio, afirma se tratar de fenômeno poliédrico jurídico-econômico dotado de basicamente quatro perfis, sendo eles o perfil objetivo, o funcional, o institucional, e o subjetivo.

O objetivo encampa os bens afetados pelo exercício da atividade para gerar sobrevalor (aviamento), compreendendo o estabelecimento comercial. O funcional, compreende

justamente a atividade econômica, dinâmica, que rumo no sentido de realizar diversos atos sucessivos no tempo tendente a produzir ou trocar determinada coisa. O institucional se refere à corporação formada pelo empresário e seus colaboradores, todos imbuídos de atingir o mesmo escopo.

O subjetivo, por fim, é o empresário, figura que incorporou a concepção do comerciante, que tem a função de criar riquezas por meio da organização do capital, bens de produção e trabalho. Essa função, como decorrência da própria concepção de atividade, deve ser executada com constância, de forma habitual e profissional, ordenando os elementos da empresa com o fito de obter lucro ao final.

Dá ser possível concluir que no plano pressuposto o conceito real de comércio não sofreu tantas variações, ao menos no que se refere a primeira parte que contempla mais a fisionomia intrínseca do fenômeno. Ainda hoje no Brasil, mas absorvida no conceito fático-econômico de empresa, é atividade econômica exercida por comerciante concretizada por meio de relações jurídicas de troca.

A segunda parte da definição, diferentemente, merece cautela.

Voltando ao fio condutor da análise que distingue os planos da pressuposição e posição, tem-se que o direito posto pelo Estado deve ser extraído do direito pressuposto contido na estrutura das relações. Uma vez inserido com força impositiva, passa a atuar sobre o plano da pressuposição, modificando-o gradativamente. Isso significa, nas palavras de GRAU (2011, p. 65), que *“o direito pressuposto condiciona a elaboração do direito posto (direito positivo), mas este modifica o direito pressuposto”*.

No que se refere ao comércio entendido como ambiente de encontro entre oferta e demanda, o que se constata é a incorporação, alteração ou subtração de elementos caracterizadores a depender do jogo de influência entre direito pressuposto e posto em período histórico delimitado.

Se retrocedermos à análise histórica, perceberemos que a necessidade de formação de Estado nacional apto a conferir segurança e previsibilidade às relações levou os mercadores a clamarem por um poder central forte o suficiente para definir fronteiras, fixar leis gerais sobre elas, e garantir monopólios. Como consequência, nasceu um conjunto de ideias que ficaram conhecidas como política econômica mercantilista, determinante no período colonial por limitar o ambiente de encontro de oferta e demanda no Brasil ao instaurar o exclusivo metropolitano.

Esse direito de exclusividade pressuposto, advindo da base econômica de uma estrutura social baseada em privilégios, condicionou o nascimento do direito posto pela

Metrópole de isolacionismo colonial. Somente poderia ser comercializado em terras brasileiras produtos advindos de Portugal, da mesma forma que Portugal utilizava o Brasil como celeiro produtor dos produtos que vendia em continente europeu.

Após alteração de conjuntura internacional que coloca a Coroa em situação de crise no continente europeu, a manutenção de uma Colônia na América por meio da imposição jurídico-normativa possibilitou o refúgio da Corte. No entanto a possibilidade originada pelo direito posto (existência de uma colônia isolada comercialmente) ocasionou em uma mudança no papel da Colônia.

Deixa, dessa forma, de ter a função de abastecer e de garantir a balança comercial favorável da metrópole, passando a abrigar a Corte e todas as suas regalias, sendo medida de sobrevivência romper com o direito de exclusividade comercial para manutenção dos hábitos de consumo e das relações no comércio internacional. Pressupõe-se, então, liberdade econômica e contratual, conflitante com o a imposição posta pela Coroa de privilégios e exclusividades da Metrópole. O resultado foi a Lei de Abertura dos Portos brasileiros ao comércio.

Observa-se, então, que o direito posto foi instrumento de modificação do plano da pressuposição que, por sua vez, condicionou o Estado a por outro direito. No primeiro momento, deflagra-se conflito entre pressuposto e o posto, e no segundo momento a adequação do posto ao pressuposto. Daí que o exclusivismo metropolitano contribuiu para o fim do próprio exclusivismo metropolitano em momento posterior.

O resultado máximo desse direito pressuposto que clama por liberdades é o nascimento de um novo Estado independente na América. O Poder Constituinte nesse caso foi vagarosamente saindo de seu estado de latência a partir de 1808, culminando na independência em 1822 e por fim na Constituição de 1824.

Esta, por sua vez, vestiu o documento constitutivo do Estado brasileiro com o manto liberal que possibilitasse ser vista da forma como gostaria de parecer ser, mas que não efetivamente era, em um “*protótipo de Estado liberal*” (BARROSO, 2013, p. 90), garantindo a liberdade comercial que somente seria tolhida pelo Império na hipótese de abuso do poder de comerciar, violando o direito de outros cidadãos ou os costumes e moral reinantes.

No entanto, apesar de pretensamente liberal, a realidade brasileira não era tão condizente com o Texto Maior, na medida que o governo central controlava a maioria das atividades econômicas privadas, continuando assim como na época colonial a exercer o papel de conceder autorização para funcionamento de certas atividades (GREMAUD, TONETO

JUNIOR, VASCONCELOS, 2015, p. 570). Trata-se, em verdade, de um período paradoxal em que se busca a liberdade com manutenção de privilégios.

Daí que, por essa breve reflexão, ser possível justificar o porquê da cautela em cimentar um conceito real de comércio em seu perfil atmosférico¹⁰. Historicamente se visualiza fluxo entre pressuposto-posto-pressuposto que acaba por alterar a fisionomia do ambiente de colisão positiva entre oferta e demanda.

Se fossemos definir o comércio do Brasil colônia, necessariamente teríamos que afirmar que se trata de atividade econômica exercida por comerciante concretizada por meio de relações jurídicas de troca, em um ambiente colonial exclusivo da Metrópole em que se encontram oferta e demanda nos limites da aquiescência lusitana.

Noutro giro, se fossemos definir o comércio no Brasil imperial independente, a fisionomia já seria outra, influenciada pelo liberalismo econômico clássico, sendo compreendido como ambiente onde se encontram oferta e demanda de todo gênero e origem, formalmente livre, porém controlado pelo governo central.

A presença do Estado em maior ou menor grau, e a forma como ele se faz presente, altera, portanto, a fisionomia desse perfil atmosférico do comércio. A depender das exigências, possibilidades, princípios, valores, finalidades e escolha do modo-de-produção de uma sociedade historicamente localizada, esse ambiente de encontro entre oferta e demanda poderá ser limitado, orientado, liberado ou proibido, total ou parcialmente.

Demais disso, a própria divisão política do espaço também influencia na fisionomia do comércio, o que passa a ser cada vez mais perceptível na medida em que outras formas mais elaboradas de Estado vão sendo incorporadas na ordem vigente.

A partir da Constituição de 1891, transformaram-se as províncias em Estado, nos termos do artigo 2º (BRASIL, 1891), adotando o federalismo ao dividir o poder político no território em unidades federativas autônomas. Foi um primeiro passo para o aumento da complexidade do Estado brasileiro, divisão espacial do poder político que impactará na própria conformação do comércio.

Não foi, contudo, nesta Carta que houve alteração substancial da disciplina jurídica desse fenômeno econômico. Foi recepcionando o Código Comercial de 1850 como já tratado

¹⁰Neste momento nos valem da clássica classificação dos perfis de Asquini, para analogicamente aplicá-la ao comércio compreendido como ambiente de encontro entre oferta e demanda. Diz-se atmosférico, pois, esse perfil do comércio envolve um centro gravitacional de atração de relações jurídicas diversas que formam esse ambiente de colisão entre oferta e demanda. Visualiza-se a relação estabelecida entre comerciantes e consumidores, entre os próprios sujeitos e coisas que compõem a estrutura intrínseca do comércio (comerciante - bens organizados e comerciante - terceiros colaborados), e entre os comerciantes com os outros comerciantes em concorrência. Esse perfil revela mais do que a simples relação consumerista, sendo o resultado de todas as relações que ocorrem nesse centro gravitacional.

anteriormente, bem como se manteve a proteção da propriedade privada e a liberdade de profissão.

A grande preocupação constituinte foi a versão de um Estado unitário imperial para um Estado federal presidencialista e republicano, sem colocar normas no sistema que viessem a impactar o perfil atmosférico que ainda é visto como um ambiente livre, formalmente, onde se encontram oferta e demanda de todo gênero e origem.

Diz-se, inclusive, que a República Velha teria sido um período tipicamente liberal, com pouca presença estatal no processo econômico, talvez pelo fato de os principais serviços públicos (energia e transportes) serem prestado por empresas privadas (GREMAUD, TONETO JUNIOR, VASCONCELOS, 2015, p. 570).

Ocorre que essa Constituição foi mais uma reprodução irrefletida das Constituições estadunidense, suíça e argentina do que normas postas extraídas do direito pressuposto. José Afonso da SILVA (2010a, p. 79), nessa linha acentua que faltava vinculação com a realidade do país, o que gerou ineficácia social, deixando de reger os fatos como previa.

Por essa razão que apesar de a norma posta manter o Estado alheio ao processo econômico, seguindo no plano formal o liberalismo econômico, não foi o que se visualizou ao longo de sua vigência, haja vista logo nos primeiros anos da República ter o Estado ingerido no ambiente de encontro entre oferta e demanda constantemente.

Para compreender a falta de sincronia entre vivido e legislado, basta retornarmos ao Brasil após-independência. Apesar de ter deixado a estrutura colonial, ainda era um país essencialmente agroexportador de único produto, alterando-se no período somente o ciclo que passou da cana-de-açúcar, para o ouro, e então para o café, que teve sua expansão ao final do século XIX.

Em relação a este último, diversos fatores concorreram para o sucesso.

No mercado internacional, aumenta-se a procura, principalmente dos Estados Unidos, e por consequência se elevam os preços. Internamente, solve-se problemas atinentes à mão-de-obra com a adoção de assalariados, ao lado de um processo de desvalorização da moeda nacional (RIBEIRO, 2011, pp. 75-93) que possibilitou a acumulação de riqueza dos cafeicultores que expandia cada vez mais a produção agrícola.

Ocorre que essa mesma desvalorização cambial que possibilita à classe exportadora se enriquecer, tem consequências nefastas em um país agroexportador. Sendo a base de consumo formada por produtos importados, em típica herança ainda colonial de produzir um único produto agrícola para fora e adquirir todo o restante de fora do país, aumenta-se os preços decorrentes de efeito inflacionário.

Quem sofre nesse contexto é toda a sociedade que sente o processo inflacionário em seu cotidiano na aquisição de simples bens de consumo naquilo de FURTADO (2007, p. 266) intitulou socialização dos prejuízos.

Ainda, mascara os indicadores que orientam ou a diminuir ou aumentar a produção, fazendo com que o produtor interno não sinta instantaneamente nos níveis de renda os efeitos da queda dos preços no mercado internacional. Sem perceber o excesso de oferta que certamente impacta em queda brusca dos preços, continua a expandir a produção sem que exista uma absorção por parte da demanda.

Da seguinte forma se desenha o cenário agroexportador atrelado à política cambial no Brasil nos primeiros anos de República Velha:

A desvalorização cambial na economia agroexportadora poderia ser usada para proteger, em moeda nacional, os lucros do setor cafeeiro quando da queda dos preços. Isso ocorria da seguinte maneira: suponha-se que o preço do café caísse, no mercado internacional, de 15 dólares para 10 dólares a saca. Se o câmbio fosse mantido fixo, por exemplo de 15 mil réis por dólar, cada saca em moeda nacional passaria de 225 mil para 150 mil réis a saca. Se o governo desvalorizar o câmbio para, por exemplo, 25 mil réis, apesar da queda de preço no mercado internacional a mesma saca que valia 225 mil réis no início passaria a valer 250 mil, apesar da queda de preço no mercado internacional. (GREMAUD, TONETO JÚNIOR, VASCONCELLOS, p. 2015, pp. 338-339)

O resultado da expansão de uma produção cafeeira não absorvida é a crise de superprodução, tornando-se avolumados os estoques que geram perda de renda para os produtores (FURTADO, 2007, p. 253).

Visualiza-se nesse momento que o ambiente de encontro de oferta e demanda exigiu a presença do Estado brasileiro para além da questão do câmbio, até mesmo porque desvalorizá-lo ainda mais seria impraticável. Foi quando, inicialmente pelos Estado cafeeiros e posteriormente pelo governo federal, estabeleceu-se uma política de valorização do café¹¹. Como destaca Celso FURTADO, “*com o fim de restabelecer o equilíbrio entre oferta e procura de café, o governo interviria no mercado para comprar os excedentes*” (2007, p. 253), financiando essa compra com empréstimos estrangeiros.

Dois apontamentos em parênteses merecem ser realizados no momento: primeiro, apesar da pretensa liberdade econômica insculpida na Constituição, as situações fático-

¹¹Como esclarecem GREMAUD, TONETO JUNIOR, VASCONCELLOS, é a política de preços mínimos e estoques reguladores, cuja ideia é a seguinte: “*quando os produtores colhem a produção – na safra –, dada a abundância decorrente da colheita, os preços tendem a cair fortemente, prejudicando os produtores; já na entressafra, com a falta dos produtos, os preços sobem também de maneira significativa, afetando os consumidores negativamente. Estocando-se parte da safra na colheita, podem-se ‘desovar’ os estoques na entressafra. Com isso, os preços cairão menos na safra, mas também subirão menos na entressafra. Desse modo, na safra o governo estabelece preços mínimos, sendo que, àqueles preços, o governo adquire e estoca produtos; em contrapartida, quando há problemas de abastecimento (na entressafra, por exemplo, ou no caso de ‘quebra de safra’), os estoques são liberados, regulando o mercado, aos preços de liberação de estoque*” (2015, p. 340).

econômicas exigiram a presença do Estado para o fim de intervir no ambiente para adequar oferta e demanda, o que já nos direciona para incorporação de novos elementos caracterizadores desse comércio.

Segundo, a política intervencionista se iniciou no plano dos Estado federados cuja presença dos cafeicultores eram mais acentuadas, como é o caso do Convênio de Taubaté no Oeste Paulista em 1906, também nos indicando que a existência de uma federação impacta diretamente na fisionomia comércio em seu perfil atmosférico, legitimando a nossa cautela em calcar definições sem negligenciar a forma de Estado.

De toda forma, a intervenção do Estado para equacionar oferta e demanda foi eficiente até o terceiro decênio do século XX (FURTADO, 2007, p. 256) no que se refere à manutenção da rentabilidade da economia cafeeira, mas não foi suficiente para conter a superprodução.

Diante de um mercado que trazia riqueza, auxiliado por estímulos artificiais do Estado, nenhuma incitação há para diversificação do setor produtivo, mantendo a mesma estrutura agroexportadora que continuou aumentando a sua produção. Celso FURTADO (2007, p. 258) ao tratar desse momento histórico destaca que a valorização do café seria melhor aplicada se em conjunto com uma política de desestímulo que oportunizasse o produtor de café aplicar os recursos obtidos dos lucros com café em outros setores.

Não foi o que ocorreu, e ao final da República Velha se tornou perceptível que uma economia centralizada em um único produto agrícola voltado para o mercado externo é extremamente frágil, tanto por concentrar o potencial produtivo, gerando superprodução e redução de preços pelo excesso de oferta, tanto por não blindar o país dos momentos de instabilidade no mercado internacional.

Com a superprodução de café e baixa de preços ocorridas durante da crise de 1930, brevemente o setor agrário sentiu diminuição da renda. O Estado, reagindo para garantir os ganhos da empresa agrícola cafeeira, mantendo a renda dos cultores e os níveis de emprego, desvalorizou o câmbio e estocou café ao ponto de ser necessário queimar grande parte.

Por essa razão, não seria desarrazoado no presente momento incrementar elementos na segunda parte da definição do comércio existente na primeira república, na medida em que a liberdade declarada na Carta Política somente se observa no plano do direito posto, intervindo o Estado constantemente na dinâmica de oferta e demanda. Nesse contexto, o comércio em seu perfil atmosférico é um ambiente de encontro entre oferta e demanda, formalmente livre, mas materialmente normatizado e influenciado pelo Estado.

De toda forma, verifica-se que os estímulos da política econômica são favoráveis à manutenção da renda, na medida em que ao adquirir o estoque - mesmo que por preço mínimo e queimando na sequência -, possibilitou a colheita, o emprego, e a renda de muitas pessoas. GREMAUD, TONETO JUNIOR, VASCONCELOS (2015, p. 350) bem ressaltam que se aplicou no Brasil, antes mesmo da publicação da obra principal de Keynes, uma política keynesiana de sustentação de demanda agregada.

Os autores prosseguem ainda destacando que ao lado da manutenção da renda, ocorreu o deslocamento da demanda, na medida em que importar bens de consumo se tornara inviável em razão do câmbio desfavorável, tornando produtos nacionais produzidos em escala ainda diminuta mais atraentes.

Daí o rompimento do modelo agroexportador, com o aquecimento paralelo de uma produção industrial de bens de consumo voltados para o mercado interno, deslocando a demanda por produtos importados para produtos nacionais.

Além disso, a procura por produtos nacionais levou à intensificação da produção interna que passou a aproveitar mais intensamente a capacidade já instalada no país, estimulando em grande medida a indústria leve (FURTADO, 2007, p. 279 e GREMAUD, TONETO JUNIOR, VASCONCELOS, 2015, p. 344).

Para aumentar a produção, contudo, era indispensável aumentar os equipamentos industriais que, diferentemente da vantagem competitiva natural que possibilitava a expansão da economia agroexportadora, não era tão simples. Em um primeiro momento, adquiriu-se em segunda mão das indústrias que não sobreviveram à crise, mas ainda assim insuficiente. Foi quando o aumento da procura por bens de capital gerou ambiente propício para a própria produção de bens de capital.

Além de ter encontrado dentro de si próprio os estímulos para anular os efeitos da depressão, como destaca FURTADO, também *“havia conseguido fabricar parte dos materiais necessários à manutenção e à expansão de sua capacidade produtiva”* (2007, p. 280).

A industrialização é vertida nesse contexto em um grande projeto nacional que passava a exigir a centralização do poder e dos instrumentos de política econômica no governo federal (GREMAUD, TONETO JUNIOR, VASCONCELOS, 2015, p. 342), de forma que a influência de oligarquias cafeeiras regionalizadas não influísse negativamente no rompimento com a tradição colonial agroexportadora. É justamente este panorama que exsurge a Revolução de 1930, que colocou abaixo a Primeira República (SILVA, 2010a, p. 81).

Inaugura-se novo Estado inaugurando a Constituição de 1934 que mantém a forma federativa, mas ampliou os poderes da União. Também se fez presente a clássica declaração de garantias individuais dos cidadãos, mas já com claras tendências socializantes ao disciplinar a propriedade privada, estabelecendo que não poderia ser utilizada contra o interesse social ou coletivo.

Incorpora-se no Brasil de 1934 o movimento constitucionalista que disciplina a limitação da ingerência estatal ao lado da declaração de direitos prestacionais que exigem postura ativa do Estado na promoção da igualdade. Como destaca BARROSO, “*o constitucionalismo liberal, com ênfase nos aspectos de organização do Estado e na proteção de um elenco limitado de direito de liberdade, cedeu espaço para o constitucionalismo social*” (2013, p. 107).

Não sem razão, mesmo que sem muita sistematicidade, o constituinte destinou um título somente para a ordem econômica e social que traz uma série de normas programáticas (SILVA, 2010a, p. 82), preconizando logo no artigo 115 que “*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*” (BRASIL, 1934).

A norma insculpida é clara ao demonstrar que não se trata de liberdade perante o Estado, e sim, como acentua Ingo SARLET (2011, p. 47) ao cuidar de direitos fundamentais prestacionais, de liberdade econômica por intermédio do Estado.

E dessa forma se manteve o plano socioeconômico nacional da era getulista. Diante da experiência negativa de uma economia baseada em exportação, durante o período compreendido entre 1930 e 1945, busca-se erguer os muros do Brasil para protegê-lo de intempéries econômicas ocorridas no mercado externo, blindando a economia interna de períodos de crise internacional. Nesse mister, o Estado passa a ser responsável por mais quatro funções essenciais, como destacam GREMAUD, TONETO JUNIOR, VASCONCELOS (2015, p. 359).

A primeira, é a adequação do arcabouço institucional à indústria por meio da legislação trabalhista, constitucionalmente fundamentada em diversos dispositivos da ordem social e econômica, que disciplinasse de forma segura o regime jurídico do trabalhador urbano. É neste período que é alçado ao plano do direito posto a Consolidação da Leis do Trabalho. A segunda, está relacionada à construção de uma infraestrutura básica, principalmente em relação aos transportes e energia.

Pela terceira função, o Estado deveria atuar complementarmente ao particular, participando do processo econômico em áreas cujo capital e riscos inviabilizariam a presença

da atividade privada. Relembra Jorge CALDEIRA, nesse contexto, que ao negociar a participação brasileira na guerra, Vargas obteve recursos para instalar uma grande siderúrgica, *“incrementando a participação direta do governo na economia por intermédio do setor industrial”* (2017, p. 543).

Daí que se observa a criação do Setor Produtivo Estatal composto pela Companhia Siderúrgica Nacional (CSN), Companhia Vale do Rio Doce (CVRD), Companhia Nacional de Álcalis (CNA), Petrobrás, e várias hidrelétricas. Perceba, neste ponto, a mudança de postura do Estado em relação ao ambiente econômico, não somente orientando e direcionando por meio de normativas, como também participando da indústria transformadora. E a quarta função, por fim, estava atrelada à captação e distribuição de poupança, tarefas essas realizadas por meio de um sistema financeiro público.

Ressalta-se que mesmo a Constituição do Estado novo de 1937, que marcou o período ditatorial varguista, apesar de letra morta enquanto vigente, conferia ao Estado essas funções orientadoras, coordenadoras e participativa da e na economia nacional, com respeito ao potencial criador da iniciativa privada (SILVA, 2010a, p. 83).

Observa-se, então, que entre a Constituição da primeira república e as duas Constituições posteriores existe diferença relevante no que se refere ao posicionamento do constituinte ante a presença ou não do Estado no processo econômico.

Não poderia ser diferente, vez que foi pela atuação no fenômeno econômico que a partir de 1932, antes de a economia internacional esboçar reação positiva à crise, que o Brasil já havia retomado o crescimento por meio do desenvolvimento de um mercado interno (CALDEIRA, 2017, p. 531). Negar sua influência no âmbito do direito posto, portanto, não descartava seu novo papel.

E como tudo desagua na troca, na medida em que o Estado estimula o aquecimento da industrialização interna no contexto de inflação dos produtos importados, instaurou também um ambiente comercial de concorrência entre o produto interno e externo até então praticamente inexistente. As mercadorias nacionais tinham preços competitivos mais vantajosos, o que impactou na demanda ao introduzir produtos nacionais no hábito de consumo do brasileiro.

Perceba que o comércio deixou de ser uma zona amplamente livre como na concepção liberal ante a nova postura do Estado que passa atuar para concretizar a política econômica e o grande projeto nacional vinculado à industrialização. De forma direta, indireta ou reflexa, também passa a sofrer ingerências do Estado.

Dessa forma, novas características vão sendo incorporadas à fisionomia do comércio. Além de continuar estável no que tange a primeira parte da definição, como atividade econômica exercida por comerciante concretizada por relações jurídicas de troca, o ambiente de encontro entre oferta e demanda passa a ser material e formalmente influenciado pela presença constante do Estado.

Demais disso, a industrialização acaba atraindo movimentos migratórios que saem do ambiente rural e se aglomeram nos entornos industriais, organizando e coordenando o espaço e suas atividades econômicas, políticas e administrativas, de forma a conferir a satisfação das necessidades dessa população que habita o núcleo urbano.

Não significa que fato urbano e industrial são obrigatoriamente dependentes, como destaca SANTOS (1959, p. 10), todavia a presença da indústria pode representar elemento que diferencia cidade e campo.

Com a atração de pessoas para as cidades, as relações de trocas de bens de consumo acabam por se operar nas localidades, onde atua o comerciante profissional, intermediando a aquisição de bens de origem industrial e até mesmo agrícola, que são encaminhadas para cidades para suprimento da população urbana.

Ressalta-se que essa relação entre centros urbanos e agrícolas não é recente, tendo sido apresentada realidade semelhante quando cuidamos do nascimento das cidades no final do período medieval, destacando a importância da agricultura como fonte de abastecimento da população urbano-comercial.

No Brasil, não foi diferente, pois, na medida em que crescem as zonas urbanas, aumenta-se a necessidade pelos produtos do campo, mas nesse caso como fonte de manutenção do processo de industrialização. Como atestam GREMAUD, TONETO JUNIOR, VASCONCELOS, *“a falta de alimentos e de matéria-prima pode inviabilizar a continuidade do processo de industrialização”* (2015, p. 362).

De todas essas constatações, acabamos por ser lembrados de característica do comércio que até então passou despercebida no cenário brasileiro, mas que diversas vezes observamos quando estávamos com olhos voltados para a história da civilização europeia ocidental: dificilmente será possível analisar o comércio como fenômeno totalmente alheio à cidade, diante da proximidade entre ambos, ao ponto de a atividade comercial ser, na maioria das vezes, parte do mundo urbano.

Como consequência, à sua fisionomia é incorporado outro elemento: como é fenômeno dinâmico atrelado à cidade, o comércio, em seu perfil atmosférico, passa a ser qualificado como um ambiente urbano de encontro entre oferta e demanda, *à priori* livre, mas

possivelmente ordenado e coordenado pelo Estado que poderá, por meio de sua atuação, concretizar grandes projetos nacionais relacionados à política econômica.

No plano jurídico-político, nesse ínterim o país passou por um processo de redemocratização com a Constituição de 1946. Manteve-se a ordem econômica ao lado da social, calcada na liberdade de iniciativa e valorização do trabalho, autorizando expressamente a União nos termos do artigo 146 (BRASIL, 1946) a intervir por meio de lei especial no domínio econômico, com pressuposto no interesse público e limite nos direitos fundamentais.

No entanto, não teve um projeto preordenado, valendo-se das Constituições de 1891 e 1934 para sua formação, o que lhe rendeu certa falta de sistematicidade. Como destaca José Afonso da SILVA *“voltou-se, assim, às fontes formais do passado, que nem sempre estiveram conforme com a história real, o que constituiu o maior erro daquela Carta Magna”* (2010a, p. 85).

Apesar dessa alteração no quadro político-jurídico, a estrutura econômica e social não sofreu grandes modificações. Continuaram a ocorrer os movimentos migratórios da população campesina para os centros urbanos durante e após o período getulista, bem como a prosseguiram as medidas intervencionistas do Estado no processo econômico.

Tanto o é que ao final da Era Vargas e início da redemocratização, após os anos 40-50, a dinâmica urbana já era presente em quase totalidade do território nacional (SANTOS, 1993, p. 24).

Já em relação à industrialização, chegou ao seu auge com o Plano de Metas adotado no governo de Juscelino Kubitschek, que buscou implementar uma estrutura industrial integrada com estímulo de produção de bens intermediários e de consumo duráveis, sempre com a presença do Estado orientando a economia em prol do desenvolvimento econômico pautado no desenho institucional que privilegiava o mercado interno (GREMAUD, TONETO JUNIOR, VASCONCELOS, 2015, p. 365 e CALDEIRA, 2017, p. 550).

Como ressalta Boris FAUSTO (2005, p. 236), o Programa de Metas teve resultados expressivos, tendo crescido entre 1955 e 1961 em 80% (oitenta por cento) o valor da produção industrial, já descontada a inflação do período. Não sem razão, o Produto Interno Bruto brasileiro entre 1957 e 1961 crescia a uma taxa de 7% ao ano, chegando ao ponto de o Brasil ter crescido três vezes mais que o resto da América Latina durante a década de cinquenta.

Daí que se constata que entre 1930 e, aproximadamente, 1960 a estratégia de atuação do Estado não se altera significativamente, sendo esse período caracterizado pela consolidação da atuação estatal no domínio econômico enquanto ente condutor da política

econômica; regulamentador das relações jurídico-econômicas capitalistas; produtor de serviços vinculados às atividades econômicas de infraestrutura; e financiador do processo econômico de captação e redistribuição desses recursos para concretização da política econômica escolhida, valendo-se do Banco do Brasil e, a partir de 1952, do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico - BNDE¹².

Ocorre que todo o crescimento econômico experimentado no período foi financiado em grande parte pela emissão de moeda, o que acarretou em aceleração expressiva da inflação no período, e pelo crescimento da dívida externa, também uma outra forma de financiamento do programa (GREMAUD, TONETO JUNIOR, VASCONCELOS, 2015, p. 368). Como consequência, em 1960 é eleito o candidato da oposição Jânio Quadros, que *“tinha como programa uma administração econômica mais ortodoxa”* (CALDEIRA, 2017, p. 552).

Pouco permaneceu como Chefe do Poder Executivo, renunciado à presidência. Deveria ter sido assumida imediatamente por João Goulart. A posse, contudo, foi suspensa por iniciativa de setores militares com fundamento nas aspirações ideológicas do vice-presidente (FAUSTO, p. 2005, p. 243). Após instabilidade intensa, tomou a posse em 1961

¹²Posteriormente, consolidando os quatro espaços de atuação do Estado nesse período, GREMAUD, TONETO JUNIOR E VASCONCELOS classificam em quatro perfis distintos, a saber: *“a) o Estado condutor do processo de industrialização por meio da utilização da política econômica com este fim. Assim, utilizaram-se amplamente os instrumentos de política cambial, tarifária e creditícia com o fim de promover a industrialização. A forma como o contingenciamento de divisas, o câmbio múltiplo, as tarifas aduaneiras, especialmente a partir de JK, os créditos subsidiados do Banco do Brasil e, depois, às metas de industrialização que passaram a ser o foco central dos governos; b) o Estado regulamentador dos conflitos intracapitalistas e das relações entre as classes operária e patronal. Aqui, destaca-se uma série de intervenções efetuadas pelo governo. Do ponto de vista da mediação entre os operários e os industriais, tais intervenções poder ser resumidas na criação da CLT. Assim, criou-se uma intensa regulação do mercado de trabalho que, em boa parte, deixou de ser um mercado livre. Se, por um lado, houve evidentes ganhos por parte dos trabalhadores frente à situação existente no início, por outro lado, boa parte das possíveis reivindicações políticas e trabalhistas da classe operária foi contida, de modo a possibilitar o desenvolvimento do setor industrial. Do lado das relações intercapitalistas, boa parte dos possíveis conflitos deixou de se efetuar no mercado e passou a ser resolvida dentro de instituições burocráticas especialmente criadas para diminuir o potencial de conflito mercantil de tais relações e impor soluções que novamente visassem ao bom andamento do processo de industrialização. É por meio de todas essas instituições (da Justiça e do Ministério do Trabalho, como dos outros órgãos reguladores de relações entre diferentes esferas envolvidas no processo produtivo) que se atribui ao Estado brasileiro de regulamentador dos conflitos inerentes ao desenvolvimento industrial, estatizando tais conflitos; c) o Estado produtor, já que depois dos anos 30 boa parte dos serviços públicos, serviços relativos a atividade de infra-estrutura, como ferrovias, transporte marítimo, provedores de água, eletricidade, serviços de comunicações, foi estatizada ou já nasceu sob a forma estatal. Por outro lado, no setor de bens intermediários, como mineração, siderurgia, petróleo, química e outros, também acabaram por se criar empresas públicas como responsáveis pela produção e provisão desses serviços e bens. Assim, tem-se, por exemplo, o aparecimento da CSN, Vale do Rio Doce, Usiminas, Petrobrás, CNA, FNM; d) o Estado financiador, ampliando o papel que já possuía o Banco do Brasil de captar os recursos disponíveis do Brasil e direcioná-los para os setores e interesses do governo. A criação do BNDE foi outro passo fundamental nesse sentido, já que ele praticamente se tornou a única instituição nacional a fornecer crédito de longo prazo. O Banco do Nordeste do Brasil (BNB) foi mais um banco estatal destinado a ser o braço financeiro da Sudene. Desse modo, captando no curto prazo, com aportes orçamentários e com acesso a fundos para-fiscais, o sistema financeiro público arrematava boa parte da poupança nacional e controlava sua aplicação, conduzindo em parte, por meio do financiamento, a evolução da industrialização brasileira”* (2015, pp. 572-573).

com poderes limitados pelo parlamento: alterou-se o sistema de governo. Em 1963 retorna o presidencialismo, o que não significa a volta da estabilidade política.

Em 1964, os militares usurpam o poder em golpe de Estado autointitulado revolucionário, o que se deve relembrado com tristeza e como exemplo do que não deve ser repetido.

Outorgam na sequência o Ato Institucional n. 1 em que se utilizam de pretenso Poder Constituinte originário da revolução vitoriosa para manter a Constituição de 1946, alterando na parte relativa aos poderes do presidente da república de forma que pudesse reconstruir a ordem, dentre elas, a econômica. Impõe-se cassações de mandatos e suspensão de direitos políticos, realiza-se prisões políticas de quem era contrário ao golpe, institucionalizando o caos às garantias individuais.

Em 1967, então, é promulgada a Constituição militar, com influência da polaca Carta Política de 1937. A preocupação prioritária era com a segurança nacional com a ampliação dos poderes atribuídos ao Executivo, reduziu a autonomia individual ao permitir a suspensão de direitos políticos e de outras garantias institucionais.

Em outubro de 1969 pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar é promulgada a Emenda Constitucional n. 1 de 1969, que teórica e tecnicamente se tratou de nova constituição (SILVA, 2010a, p. 87). O motivo das alterações da Carta decorre de uma série de levantes internos pela democratização, como a passeata dos cem mil realizada em 1968. Diante do perigo de rupturas, o regime foi recrudescido.

Ao lado das arbitrariedades, violência fundamentada em manutenção da ordem, e morte de garantias individuais, ambos os Textos Constitucionais mantiveram a fórmula de 1934 que disciplina a ordem econômica conjuntamente à ordem social.

Elencam como princípios - a de 67 no artigo 157 (BRASIL, 1967) e a de 69 no artigo 160 (BRASIL, 1969) – como: da liberdade de iniciativa, da valorização do trabalho, da função social da propriedade, da harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção, da repressão ao abuso do poder econômico no intuito de tutelar a concorrência, e da expansão das oportunidades de empregos produtos.

Interessante também destacar que o próprio Ato Institucionais n. 1 deixa claro que o cenário econômico problemático nos anos 60, marcado por inflação demasiada e dívida externa relevante, também foi causa do golpe intervencionista militar, e desde logo a reestruturação econômica se tornou um dos porquês de se aumentar o poder da presidência da república. Para superar essa crise econômica, foi instituído o Plano de Ação Econômica do

Governo, cuja atuação se baseou no combate à inflação por uma série de reformas de ordem tributária, monetária-financeira, e de política externa.

Importante ressaltar que as funções do Estado nesta época ainda são semelhantes, manifestando-se como condutor, regulamentador, produtor e financiador da economia. Corroborando a afirmação, GREMAUD, TONETO JUNIOR, VASCONCELOS atestam que *“não houve alterações no papel do Estado nos governos militares dentro do processo de desenvolvimento brasileiro”* (2015, p. 576). Isso porque, esse período da economia brasileira também está inserido na Era Desenvolvimentista que se iniciou em 1931, com a política de substituição das importações e industrialização, e somente termina em 1979.

Como reflexo, a população das cidades também continua a crescer no período, ao ponto de ter se invertido totalmente a predominância do lugar de residência da população brasileira em 1980, passando a ser de 68,86% urbana (SANTOS, 1993, p. 24 e CALDEIRA, 2017, p. 580). Por essa razão, não é absurdo afirmar que, apesar de todas as alterações democráticas e violações a direitos fundamentais, o eixo econômico industrial ainda se manteve semelhante ao do período de 1930 a 1960.

Boris FAUSTO, ao sintetizar esse período destaca que foi um período de intensas transformações, mas *“no campo da política econômica, nem tudo mudou após 1964. Permaneceu o princípio da forte presença do Estado na atividade econômica e na regulação da economia”* (2006, p. 284).

Como consequência, o comércio nesse período desenvolvimentista continua também com características semelhantes já identificadas. Daí que no plano da pressuposição ainda pode ser compreendido como atividade econômica exercida por comerciante, concretizada por relação jurídica de troca ocorrida em um ambiente urbano de encontro entre oferta e demanda, livre, mas passível de ser influenciado pela atuação estatal de forma direta (participando no processo econômico como se a iniciativa priva fosse), indireta (coordenando e orientando), ou ainda reflexa (quando atua em determinado setor, porém impacta na formação de centros urbanos comerciais).

Esse período desenvolvimentista, contudo, chega ao seu ponto de saturação em 1979, quando se acentua a partir de 1980, durante a redemocratização, outro período da história econômica brasileira notadamente marcada por crises. Como já expusemos anteriormente, entre 1930-1960, o Estado passa a assumir algumas funções, dentre elas a de agente econômico atuante direto no mercado, semelhante a um empresário privado.

Essa função acaba ganhando destaque dentro da política econômica, crescendo de forma exponencial durante o período militar. Jorge CALDEIRA (2017, p. 559) nos revela em números que as doze estatais em 1964 em três anos se tornaram quarenta e quatro.

Ocorre que a forma como passam intervir diretamente no âmbito econômico acabou sendo nociva à sociedade em geral. Captou-se poupança de empresários e trabalhadores via impostos, e transferiram os recursos para atividades atípicas do governo. O prejuízo das estatais, contudo, é socializado seja pelo pagamento mediante recursos públicos ou mediante a emissão de moeda, o que gera riscos ou de desequilíbrio das contas públicas ou de aceleração do processo inflacionário. Retira-se a renda da sociedade sem uma reversão direta de benefícios. O Brasil, nesse contexto, passa a sentir em 1980 a maior concentração de renda vivida nos últimos setenta anos.

Demais disso, como assinala CALDEIRA (2017, p. 581), a decisão de se tornar empresário exigiu repartição interna desfavorável aos serviços tradicionais, com redução de recursos destinados à educação e saúde. Somado a esse problema de diminuição dos níveis de renda da população em geral e concentração da riqueza na mão de poucos, o governo militar ainda fez más escolhas ao manter a mesma política econômica desenvolvimentista para dentro em uma época em que as nações se abriam para o mercado mundial na tendência globalizante do mercado.

Eis o cenário a partir de 1980: desigualdade e inexistência de justiça econômica, aumento da taxa de inflação desde 1973 mesmo em período recessivo (GREMAUD, TONETO JUNIOR, VASCONCELOS, 2015, p. 416), além da instabilidade inerente a um período de transição política que visava a na redemocratização do Brasil.

Foi neste cenário que emergiu a Constituição de 1988, cidadã, com a missão de reconstruir o Estado democrático desmantelado pelo autoritarismo, limitando o poder político por meio de extenso catálogo de garantias fundamentais, valores e fins públicos (BARROSO, 2013, p. 97). Instaurou-se, então, uma nova ordem pautada em documento notadamente pluralista que intenta acolher e conciliar reivindicações nem sempre afinadas entre si, de forma que a grande maioria das posições ideológicas encontradas no bojo social fossem contempladas pelo Texto Maior (SARLET, 2011, p. 65).

Escolhe-se a Federação como a forma de Estado apta a distribuir territorialmente o Poder Político, descentralizado, desenvolvida efetivamente em três planos, coexistindo de forma autônoma, cooperativa e equilibrada a União, os Estado e os Municípios. Desse desenho, nasceu ainda um modelo complexo de repartição de competências que combina competências privativas, de repartição horizontal, com *“competências concorrentes,*

repartidas verticalmente, abrindo-se espaço também para a participação das ordens parciais na esfera de competências próprias da ordem central, mediante delegação” (ALMEIDA, 2013, p. 58).

A ordem econômica posta pelo Poder Constituinte, por sua vez, coloca a livre iniciativa como fundamento e princípio geral da atividade econômica, ao lado da valorização do trabalho e da livre concorrência, adotando um modelo capitalista compromissado, na medida do possível, com a justiça econômica.

Adotou-se, portanto, um modelo econômico de bem estar (GRAU, 2018, p. 44) caracterizado pela dupla instrumentalidade do direito que se presta tanto para organizar os processos que fluem conforme regras da economia de mercado, o que se depreende da norma posta pelo Estado tratando da liberdade contratual e da propriedade privada; quanto para o Estado influir nesse processo econômico para consecução dos objetivos de política social (GRAU, 2011, p. 124).

Topologicamente, o constituinte houve por bem inovar ao discipliná-la em separado da ordem social (BRASIL, 1988), o que não significa ruptura rígida de fato, na medida em que no mundo do ser tanto o econômico, quanto o jurídico e o social são instâncias que interagem em uma relação de causalidade recíproca formando a estrutura social global.

Esta nova ordem econômica constitucional, por sua vez, depara-se com um comércio cujas características históricas foram solidamente construídas e que, apesar de ter seu desempenho impactado pela inflação do período que causou o aumento dos preços e perda do poder de consumo por parte da demanda, ainda mantinha sua fisionomia de atividade econômica exercida por comerciante concretizada por relação jurídica de troca.

Tanto o é que, apesar de inaugurar um novo sistema jurídico, a Constituição recepcionou o Código Comercial imperial de 1850, que traz definição legal semelhante ao que se observa do plano pressuposto, aceitando o constituinte que o fenômeno em seus aspectos intrínsecos não passou por alterações substanciais.

Os aspectos fisionômicos referentes ao perfil atmosférico do comércio, por sua vez, acabam sendo influenciados pelo direito posto que cria o Estado, e este por sua vez é orientado por condicionantes pré-constituintes decorrentes do plano da pressuposição, do mundo do ser.

Neste sentido, a ordem econômica existente no mundo do ser (fatos econômicos) acaba por delimitar a própria ordem econômica definida constitucionalmente que, por sua vez, impacta nas características do ambiente de encontro entre oferta e demanda a depender do modo de produção social elegido.

É esse jogo entre pressuposto-posto-suposto que acaba por conferir fisionomia extrínseca do comércio. Daí que a Constituição de 1988, ao disciplinar o novo Estado, não poderia desconsiderar certas características do comércio construídas historicamente no Brasil, qual seja, de um ambiente urbano de encontro entre oferta e demanda. Sobre esse núcleo duro do perfil atmosférico, por sua vez, incide o direito posto constitucional vigente que autoriza a presença do Estado intervindo nesse ambiente para concretizar o interesse público existente no processo econômico.

Após o extenso caminho percorrido, podemos afirmar que o conceito de comércio na ordem constitucional vigente, construído a partir das experiências históricas e conformado pelo modelo econômico de bem-estar, pode ser sintetizado como: atividade econômica exercida por comerciante, concretizada por relações jurídicas de troca ocorridas em um ambiente urbano de encontro entre oferta e demanda, livre por essência, mas passível de intromissões estatais, desde que seja necessária a atuação para concretização de políticas sociais ou econômicas, ou ainda para solver falhas de mercado.

1.4. Conclusões do capítulo e problematização acerca da regulação do comércio

No início deste capítulo inaugural, afirmamos que o comércio não é um conceito construído por definições legais ou doutrinárias, sendo antes uma realidade sentida e vivida no bojo da sociedade, no plano da pressuposição, sendo a investigação histórica relevante por permitir identificar as características que do objeto que se pretende definir.

Para tanto, partindo da hipótese de que muito das instituições econômicas foram herdadas de nossa matriz colonial, iniciamos a análise a partir da história da Europa ocidental, caminhando da antiguidade até o período da expansão marítima comercial que teve como expoente Portugal, a nação colonizadora do território brasileiro.

Após o percurso, analisado os períodos com o máximo de minudência possível, fincamos uma primeira definição de comércio que busca sacramentar o núcleo duro do conceito, compreendendo-o como a atividade econômica exercida por comerciante que se concretiza por meio de relações jurídicas de troca ocorridas em um ambiente de encontro entre oferta e demanda.

Observa-se, então, dois grandes eixos dessa percepção, um que olha o comércio para dentro e o outro que o enxerga de fora.

O primeiro, que podemos identificar como um conceito intrínseco de comércio, contempla a atividade desenvolvida, os sujeitos envolvidos, e as relações de troca mantidas

entre esses sujeitos e concretizadas por formas jurídicas pressupostas. São os elementos internos que caracterizam o fenômeno.

O segundo, que podemos identificar como um conceito extrínseco de comércio, contempla o ambiente de colisão entre oferta e demanda como um todo, formado por um núcleo gravitacional que atrai para si todo esse complexo emaranhado de sujeitos, atividades e relações.

Todavia, não pretendíamos realizar importações conceituais sem verificar se o fenômeno sofreu ou não modificações ao ser ingerido e digerido pela cultura brasileira. Foi quando iniciamos o mesmo percurso histórico, mas centrado na civilização brasileira a partir do cruzamento do novo e velho mundo.

Passamos pelo período do exclusivo metropolitano da fase colonial, pelo período agroexportador, pela era desenvolvimentista de industrialização e substituição das importações, até chegarmos na fase de crise, instabilidade e transição. Sempre que possível, relacionamos os princípios de política econômica ao direito posto da época, com o objetivo central de identificar as características essenciais do comércio, que viessem a distingui-lo dos demais fenômenos econômicos sociais.

Nesse percurso, visualizamos que o comércio em sua perspectiva intrínseca apresenta características que pouco se alteram, sendo os elementos que o formam praticamente constantes na história. No plano da pressuposição, portanto, dificilmente será encontrado o comércio sem a presença de atividade econômica exercida por comerciante e concretizada por relações jurídica de troca.

Tanto é verdade que durante a vigência da Constituição Imperial de 1824, no ano de 1850 a disciplina jurídica do comércio intrinsecamente considerado foi trazida ao plano do direito posto, permanecendo vigente até o ano de 2002, sofrendo nesse ínterim somente algumas adequações interpretativas.

Perceba que neste caso a permanência da codificação de 1850 está vinculada a uma estrutura constitucional garantidora da liberdade e uma infraconstitucional que se limitasse a disciplinar o processo econômico da forma como ela já ocorria, transformando em direito posto os princípios da propriedade privada e liberdade contratual.

Todas as constituições posteriores disciplinaram a propriedade e também previram a liberdade de iniciativa, de forma que, sob a ótica da dupla instrumentalidade, o direito brasileiro desde 1824 ofereceu o ferramental para que a economia de mercado operasse por suas próprias regras.

Posteriormente, regime jurídico estabelecido no Código Comercial deu lugar ao Código Civil, que incorporou a Teoria da Empresa, tendo a figura da atividade empresarial e empresário fagocitado a atividade comercial e comerciante.

Não significa, como já apontamos, que deixou de existir, na medida que, como acentua Raquel SZTAJN *“a definição de empresa está atrelada à noção de comércio no sentido mais lato da palavra [...] Atividade de empresa é, inquestionavelmente, atividade comercial”* (2010, p. 135).

No entanto, a partir do momento em que o próprio mercado apresenta seus problemas, mostrando-se insuficiente por vezes para disciplinar o processo econômico, o Estado passou a utilizar o direito como instrumento de concretização das políticas sociais, econômicas ou até mesmo para devolver ao mercado a possibilidade de gerir seu próprio processo.

Nesse caso, visualiza-se o outro lado da instrumentalidade do direito, que deixa de somente disciplinar as instituições, passando a ser ferramenta utilizada pelo Estado para influir nos processos capitalistas de mercado. Daí que a depender do modelo econômico adotado pela sociedade e Constituição, a fisionomia do comércio em seu perfil atmosférico também será alterada. Foi o que visualizamos no curso do capítulo ao nos debruçarmos sobre a história econômica brasileira.

Não se altera, contudo, o núcleo rígido do conceito, sendo sempre caracterizado como ambiente de encontro entre oferta e demanda. E mais, após o processo de industrialização e urbanização ocorrido a partir de 1930, com a inversão total em 1980 da população que passou a habitar predominantemente as cidades, dificilmente esse comércio não será também urbano.

Essa compreensão de comércio, que tratamos aqui como perfil atmosférico, inclusive é possível de ser constatado em outras fontes metajurídicas que entendem como sendo ambiente em que são realizadas as vendas de bens novos e usados sem transformações significativas, promovendo o consumo e a circulação de mercadorias e moeda (IBGE, p. 15, 2015).

A título de exemplo, conforme se depreende do Relatório Metodológico da Pesquisa Mensal de Comércio realizada pelo Instituto Brasileiro de Pesquisa e Estatística – IBGE, são consideradas atividades comerciais: venda de combustíveis e lubrificantes, supermercados, hipermercados, produtos alimentícios, bebidas, fumo, tecidos, vestuário, calçados, móveis, eletrodomésticos, artigos farmacêuticos, médicos, ortopédicos, de perfumaria e cosméticos, equipamentos e materiais para escritório, livros, jornais, revistas, papelaria, veículos, motocicletas, partes, peças, material de construção. Se observado, dificilmente um cidadão obteria esses produtos em outro espaço que não fosse uma cidade.

Não resta dúvida, portanto, que o comércio é um ambiente urbano, onde vige o princípio (pressuposto) da livre iniciativa e concorrência, submetido, portanto, às regras do processo econômico de uma economia de mercado.

Nada obstante, esse mesmo ambiente em que ocorre a circulação de mercadorias tipicamente capitalista, também é passível de atuação do Estado quando sofre disfunções, ou ainda para concretizar a política social (ou econômica) do Estado constitucional brasileiro que adota um modelo econômico de bem-estar social.

Ocorre que não estamos diante de um Estado unitário, relativamente simples por centralizar todo o poder político em uma estrutura central. Ao revés, a Constituição de 1988 adotou o federalismo como forma de Estado, o fazendo em três níveis, elevando o Município à categoria de ente federado, distribuindo entre ele, Estados e União as competências de forma assimétrica, concentrando na esfera federal maior número de atribuições, mas tentando ser cooperativo na medida em que estipula competências concorrentes.

O desenho estrutural não é dos mais simples.

Daí que quando nos referimos ao termo Estado no contexto brasileiro, agrupamos as três categorias de entes federativos no mesmo gênero, o que gera complexidade compreensiva quando tratamos especificamente da possibilidade de regulação do comércio.

Em relação ao conceito intrínseco de comércio que olha para a atividade, os sujeitos e as relações, não há tantas dúvidas, haja vista ter a Constituição no artigo 22, I (BRASIL, 1988) atribuído à União a competência privativa para legislar sobre direito comercial. Como vimos alhures, esse ramo da dogmática jurídica, dentre outras preocupações, disciplina o regime jurídico do comerciante, hoje absorvido pelo conceito de empresário, dos contratos, e da própria propriedade privada.

Já a relação jurídica estabelecida entre o comerciante e o consumidor, por sua vez, também não há nenhuma dúvida, na medida em que é atribuído ao Congresso Nacional no artigo 48 dos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT (BRASIL, 1988) a incumbência de elaborar o Código de Defesa do Consumidor.

Este, por sua vez, foi introduzido no ordenamento em 1990, disciplinando no artigo 150 (BRASIL, 1990) o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), integrado por órgãos federais, estaduais e municipais, todos em cooperação para promover a defesa do consumidor, nos termos do princípio da ordem econômica disposto no artigo 170, V (BRASIL, 1988) da Constituição.

Nem uma e nem outra disciplina o ambiente urbano-econômico propriamente dito em que se encontram oferta e demanda, limitando-se a tratar do comerciante (pessoa responsável

por levar a oferta ao ambiente), do estabelecimento comercial (bens corpóreos e incorpóreos reunidos para o exercício da atividade econômica), da atividade do empresário-comerciante (organização do capital e do trabalho para o fim de promover a circulação de bens e serviços), das formas jurídicas que se concretizam as trocas (contratos empresariais, contratos comuns, contratos de prestação de serviço), e da figura do consumidor (personificação da demanda, entendida como parte vulnerável na relação com o comerciante, passível de proteção do Estado).

Se observado sob a perspectiva da dupla instrumentalidade, esses diplomas mais colocam à disposição da economia de mercado regras e instituições como contrato e propriedade privada. Não cuidam do ambiente dinâmico, e mais, não revelam qual das figuras federativas tem a incumbência de atuar no comércio para sanar disfunções, ou ainda para concretizar a política social (ou econômica) do Estado constitucional brasileiro de bem-estar.

Daí que se é para concretizar políticas públicas sociais, políticas econômicas vinculadas ao comércio urbano, ou para solver alguns problemas de mercado decorrentes de disfunções na economia de mercado, quem poderá atuar?

Quem irá regular? Diante do modelo assimétrico que privilegia a União na distribuição de competências, ao lado de uma conclusão decorrente da leitura do artigo 22, I, e também a prevalência histórico-constitucional do governo central como órgãos executor das políticas econômicas, poderíamos afirmar que esse ambiente urbano de encontro entre oferta e demanda passível de ser competência federal?

Não nos parece ser essa a direção da resposta. Se voltarmos os olhos para as características identificadas do comércio em seu perfil dinâmico, atmosférico, caracterizado pela colisão positiva entre oferta e demanda em torno de um núcleo, em regra, urbano. Nesse sentido, ao cuidar do fator político-administrativo das cidades, Thiago MARRARA (2007, p. 160) relembra que o artigo 182 da Constituição (BRASIL, 1988) vincula a política urbana ao Município.

E ainda, mesmo que o Município fosse a Pessoa Política mais apta a atuar nesse ambiente urbano de encontro entre oferta e demanda, teria ela a possibilidade de atuar no domínio econômico? Mesmo que vislumbrássemos que o poder local pode atuar no domínio econômico, e por consequência no comércio local, quais as formas que poderia se fazer presente nesse ambiente? Não somente. Quando e porque atuar na ordem econômica? E mais. Quais os limites dessa atuação?

São questionamentos como esses é que passaremos a enfrentar.

CAPÍTULO 2 – A COMPETÊNCIA MUNICIPAL PARA REGULAÇÃO DO COMÉRCIO LOCAL

2.1. O comércio, a cidade e o Município

No capítulo anterior tínhamos por objetivo extrair as características do comércio a partir de uma investigação histórica, de forma que pudéssemos identificar sua fisionomia construída no tempo no momento do nascimento do Estado brasileiro por meio da Constituição de 1988. O motivo do caminho escolhido, como explicado anteriormente, está justamente na necessidade de compreender o conceito real de comércio que se valeu o constituinte ao disciplinar o tema explícita ou implicitamente.

Nesse mister, acabamos por sedimentar a definição em duas partes, uma envolvendo atividade, sujeitos e relações; e outra envolvendo o ambiente urbano de encontro entre oferta e demanda passível de sofrer influxos estatais. Decorreu daí, em razão da forma de Estado federal escolhida pelo Constituinte, diversas perguntas atinentes sobre qual ente da estrutura federativa brasileira teria o interesse predominante de intervir na dinâmica do comércio local. Sugerimos de início o Município, hipótese essa que necessariamente deve passar por verificação a partir da compreensão do desenho competencial disposto na Carta.

E para iniciar a sanar esses questionamentos, voltemos à segunda parte da definição, especificamente no adjetivo urbano que qualifica o ambiente.

Quando ainda estávamos debruçados sobre a história do homem europeu ocidental, verificamos forte vinculação entre o comércio e os aglomerados urbanos que se transformaram em cidades, sendo uma consequência quase inafastável quando se intenta satisfazer necessidades mútuas por meio da troca entre bem excedente e bem escasso.

Posteriormente, já tendo como referência a história brasileira, também constatamos mesma correlação, principalmente na era desenvolvimentista, quando novamente se formaram os aglomerados urbanos estimulados pela industrialização, o que aqueceu também as relações comerciais como forma de abastecimento da população urbana que se formara. O comércio, nesse contexto, surgiu como uma das formas de manifestação da economia urbana, ao ponto de a profissão de comerciante ser considerada um dos elementos essenciais que permite definir um ambiente como urbano.

Aparentemente, não estávamos equivocados quando dessa forma nos posicionamos. Com entendimento semelhante, José Afonso da SILVA (2010b, p. 24), ao estudar o direito urbanístico e o objeto regulado por esse ramo da dogmática, caracteriza como urbano: (i) o centro habitacional com densidade específica, (ii) onde gira uma economia urbana

permanente, (iii) com a existência de uma camada urbana com produção, consumo e direitos próprios, (iv) dotado de profissões tipicamente urbanas como as profissões manufatureiras e comerciais.

Dessa qualidade, ainda, encontramos vestígios interessantes que tendem a nos conduzir a unidade federativa mais próxima e vocacionada a regular o comércio. Perceba que a presença de elementos urbanos nos direciona ao conceito de cidade. Não significa que sejam expressões sinônimas, mas a correlação é inevitável, na medida em se verifica repertório com elementos urbanos em diversas concepções que buscam compreender a cidade em sua complexidade.

É o que se constata quando José Afonso da SILVA (2010b, pp. 24-25) ao formular o conceito de cidade apresenta três concepções distintas: a demográfica, a econômica e a sistêmica.

A primeira, compreende como cidade os aglomerados urbanos com determinado número de habitantes, com dimensão e densidade consideráveis. A segunda, econômica, reduz à função econômica de satisfazer a demanda da população no mercado local, sendo uma localidade de mercado em que se fomenta o comércio, o artesanato, dentre outros negócios. E a terceira, por fim, é a concepção sistêmica, próxima da definição jurídico-político adotada para as cidades brasileiras, como se depreende do excerto abaixo transcrito:

A terceira concepção considera “cidade” como um conjunto de subsistemas administrativo, comerciais, industriais e sócio-culturais no sistema nacional geral. Como subsistema administrativo, a cidade é sede de organizações públicas que governam não só a cidade, mas também regiões maiores que a rodeiam. Como subsistema comercial, a cidade, centro de população, assume posição nodal do comércio no sistema nacional; e como subsistema industrial ela é o nexa da atividade industrial do país. Como subsistema sócio-cultural ela atua como lugar propício ao florescimento de instituições educacionais, religiosas e escolares; é o lugar em que se desenvolvem relações sociais, os centros sociais e comunitários, culturais e recreativos. (SILVA, 2010b, p. 25)

Perceba que as posições não são absolutamente divergentes ou inconciliáveis, na medida em que se observa certa incorporação da concepção econômica e populacional na concepção sistêmica, que ainda acaba por agregar novos elementos. Em outras palavras, na concepção sistêmica também se vislumbra o aspeto de aglomeração populacional, bem como eixo econômico que possibilita administrar a escassez, mas se reconhece que são insuficientes sozinhos para caracterizar a cidade em sua complexidade, haja vista ser dotada também de eixo cultural e político-administrativo, todos em interrelação constante.

São esses fatores organizados em volta de um centro gravitacional comum que formam a cidade, sinônimo de sistema urbano. Thiago MARRARA (2007, p. 160), em entendimento semelhante, destaca que tanto os fatores demográficos, quanto os econômicos e

político-administrativo interagem constantemente nesse modelo sistêmico, sendo envolto no núcleo urbano *“um conjunto de estruturas, atividades e valores internos e externos”* (MARRARA, 2007, p. 162).

Neste panorama, parece claro que fazendo parte do sistema urbano como uma ordem parcial do espaço, caracterizada pela colisão entre oferta e demanda, o comércio acaba também sendo parte integrante da cidade. Justifica-se daí a causalidade recíproca que foi ventilada no início do primeiro capítulo, em que duas situações distintas são visualizadas, sendo em uma a causa e em outra a consequência da formação do sistema urbano.

Na primeira, o comércio pode atuar como propulsor da aglomeração de pessoas que formará a cidade, de forma semelhante ao que ocorreu no renascimento urbano e reaquecimento comercial na Europa ocidental, como também, guardadas as devidas proporções, na antiguidade clássica. Nessa linha, como anteriormente já expusemos, Platão destacava que a reunião de pessoas para realizarem a troca colaborativa para satisfazer necessidades recíprocas é que fazia nascer a cidade.

Em outra, a aglomeração de pessoas na cidade por outros fatores de propulsão poderá estimular o desenvolvimento do comércio na medida em que internamente se faz as trocas mercantis para satisfação das necessidades de cada um, como observamos da formação de núcleos urbanos no Brasil na era desenvolvimentista estimuladas pela industrialização. É neste sentido que Raquel ROLNIK, em lições propedêuticas sobre o sistema urbano, destaca: *“a cidade ao aglomerar num espaço limitado uma numerosa população, cria o mercado. E assim se estabelece não apenas a divisão do trabalho entre campo e cidade, [...], mas também uma especialização do trabalho no interior da cidade”* (1995, p. 26).

Conclui-se, então, que realmente comércio e cidade são realidades conectadas, o que é relevante para o fim de identificar o ente federativo mais próximo dessa realidade. E não existe mistério em revelar, e inclusive já o fora feito brevemente em momento anterior, que o Município na ordem constitucional brasileira tem uma vocação aparente para cuidar da estrutura política, administrativa e legislativa da cidade, garantindo que seja concretizada a sua função social.

Se de um lado temos que o Município é vocacionado a cuidar do sistema urbano-comercial, de outro ainda não sabemos se teria esse ente, dentro da estrutura federativa brasileira, competências econômicas e até mesmo urbanísticas suficientes para disciplinar o comércio urbano.

Para tanto é imprescindível verificarmos em que medida esse ente tem a prerrogativa para tratar de assuntos locais, econômicos e também urbanístico. Nesse mister, indispensável

se faz entender quem é essa Pessoa Política no contexto da Constituição de 1988, identificando sua posição no federalismo e suas competências na partilha realizada pelo constituinte.

Mas antes, faz-se necessário esclarecer um ponto ainda sobre a fisionomia do comércio que resta propositadamente obscura.

Quando afirmamos que se trata de ambiente de colisão entre oferta e demanda, em um primeiro momento somos remetidos a própria noção abstrata de mercado, sendo natural a remissão a toda rede de contratos firmados entre consumidores e comerciantes, comerciantes e comerciantes, comerciantes e produtores rurais, comerciantes e produtores industriais, dentre outros. O ambiente, nesse caso, confunde-se com o exercício de direitos econômicos como a livre iniciativa, livre concorrência, pleno uso da propriedade privada, dentre outros.

No entanto, não somente essa abstração de direitos em exercício que pretendemos contemplar com a definição de ambiente de encontro entre oferta e demanda, como também a própria noção de espaço geográfico onde ocorre ocorrem essas colisões. Essa compreensão é ainda mais importante quando compreendemos o ambiente comercial como uma ordem parcial do sistema urbano, que pressupõe também elementos físicos que possibilitem o exercício de direitos fundamentais, inclusive os econômicos.

Ao tratar dessa conexão entre espaço físico e exercício de direitos na cidade, Thiago MARRARA (2007, p. 162) destaca que o cumprimento da função social de um sistema urbano depende de relações econômicas sociais e jurídicas, mas que o bom desenvolvimento dessas relações se apoia na existência de elementos físicos concretos. Os direitos econômicos do comércio na cidade, portanto, para se concretizarem dependem da propriedade urbana em sentido amplo que, segundo MARRARA, inclui “*o conjunto de edificações, tal como as habitações e os edifícios nos quais se desenvolvem ou produtivas, comerciais ou industriais*” (2007, p. 164).

Daí que quando afirmamos ser um ambiente urbano de encontro entre oferta e demanda, estamos nos referindo tanto ao exercício de direitos quanto aos elementos físicos do espaço que permitem que esses direitos se concretizem.

Por consequência, quando afirmamos que esse ambiente é passível de intromissões estatais, estamos tanto nos referindo a uma regulação em sentido amplo desses direitos, quanto da regulação do espaço. Ambas, utilizadas como instrumento de concretização dos objetivos Estado intervencionista disciplinado na Constituição que, como já afirmado, adotou um modelo econômico de bem-estar, protegendo os processos capitalistas de mercado, mas buscando a concretização de direitos fundamentais sociais.

Sob a ótica do comerciante, inclusive, é relevante que o Estado atue na ordenação do espaço, na medida em que infraestrutura deficitária tende a gerar obstáculos à circulação de produtos, como também da ida da população aos centros de consumo.

Vimos, inclusive, que as dificuldades e segregação espacial no período feudal foram fatores cruciais para colocar o comércio em estado de coma. O bom desenvolvimento da atividade comercial depende, portanto, de um espaço com acesso facilitado e seguro para edificações comerciais, sendo perfeitamente possível a intervenção estatal no comércio, neste caso, por meio da regulamentação edilícia.

A respeito da importância do Estado no processo econômico regulamentando o ambiente físico, Rolf STÖBER (2012, p. 73) orienta para a função de o direito sedimentar quadros para uma utilização ótima dos fatores de produção empresarial como o capital, o trabalho, o tempo, a informação, o meio ambiente e o solo.

Somente para fins de esclarecimento, não significa que concordemos com a mercantilização do solo, transformando ele próprio em objeto de especulação. Não é o que afirmamos quando tratamos de regulamentação edilícia para fins comerciais. O espaço não deve se tornar mercadoria, e sim ser palco de concretização de direitos. A ordenação do solo, nesse contexto, é um meio para materializar aquilo que entendemos por função social do comércio, caracterizada pelo abastecimento da população local com produtos imprescindíveis para manutenção de uma vida digna.

Por essas razões, a regulação do comércio desenvolvido nas cidades poderá incidir tanto sobre direitos quanto sobre o espaço. sendo assunto com aparente predominância de interesse do nível federativo local, dotado de traços econômicos e urbanísticos. Muito embora tenhamos constatado indícios de uma autorização constitucional para o Município atuar no sistema urbano, como também em assuntos relacionado ao interesse local, ainda assim não temos ferramental suficiente para concluir sobre possíveis prerrogativas econômicas desse ente.

A conformação desses três eixos é indispensável para que verificação da competência municipal para regular o comércio local. Sem competências locais, não terá autonomia suficiente para gerir o seu peculiar interesse. Sem competências urbanísticas, não poderá ordenar o solo e, por consequências, alocar zonas comerciais ou até mesmo estabelecimentos comerciais de forma a garantir a função social do comércio local. Sem competências econômicas, não poderá se debruçar sobre assuntos atinentes à livre iniciativa e concorrência que também são pertinentes ao comércio.

Em uma simplória teoria dos conjuntos, seria possível identificá-lo como tema presente na intersecção entre esses três eixos:

Disso concluímos ser indispensável que ao menos não exista ausência de competência em algum desses três níveis, o que somente será possível de se constatar por meio da compreensão do que é Município dentro da estrutura federativa brasileira, a partir de uma análise do desenho competencial instituído pelo constituinte.

2.2. O Município no Estado federal brasileiro: posição e autonomia

A Constituição de 1988 é direta ao nos informar como se dá a distribuição do poder político no espaço, destacando logo no artigo 1º (BRASIL, 1988) que o Estado brasileiro se trata de uma federação composta por um poder federal, de titularidade da União; um poder federado, de titularidade dos Estados e Município; e um poder nacional, que é a soma do federal com o federado (BARROSO, 2013, p. 194).

Essa forma de Estado, por sua vez, é fenômeno relativamente recente, com origem ainda no século XVIII (DALLARI, 2002, p. 255), fruto da alienação da soberania em troca de alianças com outros Estados, guardando íntima relação com o melhoramento das uniões confederativas.

Como recorda Fernanda Dias Menezes de ALMEIDA (2013, p. 3), a nascente do federalismo está nos convencionais de Filadélfia que, reunidos com o objetivo de aprimorar o modo de as treze colônias britânicas da América do Norte se relacionarem, acabaram por criar

uma alternativa ao modelo de autoridade política centralizada. A solução federativa foi a melhor opção para instaurar um governo nacional forte, mas limitado ao ponto de não tolher liberdades individuais recentemente declaradas.

Não sem razão, costuma-se tratá-la como uma reação ao Estado unitário, dotado de governo único, sem divisões internas (MALUF, 2013, p. 197), até então dotado de viés controlador, autoritário e vinculado a um governo monárquico.

Essa forma de distribuir o poder no território também foi adotada no Brasil, mas não como resultado da escolha de Estados soberanos confederados de alienarem sua soberania e se unirem em vínculo federativo. Por aqui, a decisão política foi mais uma consequência de fatores naturais, sociológicos e históricos que tornaram a federação uma forma de Estado imperativa a ser adotada.

Se observado, difícil será constatar um único poder central instalado e efetivo até a transferência da Corte Portuguesa para a colônia em 1808, o que não durou nem duas décadas completas e ainda assim não foi tão controladora de todo o vasto território. Não condiz com a realidade brasileira formas extremamente centralizadoras, na medida que se trata de um país continental com variações climáticas, formação étnica com vários troncos distintos, fatores naturais e também sociológicos diversos, que tornam difícil a consolidação de um poder absoluto. As regionalidades e localidades, portanto, sempre gozaram de certa importância, mesmo quando declarado Estado unitário na Constituição imperial de 1824.

Sahid Maluf, nesse sentido, ressalta que a descentralização política no Brasil sempre existiu, desde os primeiros tempos em decorrência dos sistemas administrativos adotados, sendo *“um imperativo indeclinável da realidade social, geográfica e histórica. E quando o centralismo artificial do primeiro Império procurou violentar essa realidade, a nação forçou a abdicação de D. Pedro I”* (MALUF, 2013, p 202).

Por essa razão, é possível afirmar que o federalismo no Brasil é mais um movimento de desagregação de um Estado juridicamente centralizado que busca instituir uma ordem político-territorial condizente com sua formação histórica, cultural e política. Isso porque, e neste momento nos valendo das palavras de Luís Roberto BARROSO, *“a forma federativa de Estado procura conciliar o respeito à diversidade de cada entidade política com elementos de unidade indispensáveis à preservação da soberania e integridades nacionais”* (2013, p. 194).

Neste ponto, importante esclarecer que autoritarismo, monarquia, absolutismo, dentre outras expressões não são sinônimas de Estado unitário, na medida em que se trata de forma de Estado que pode ser articulada com outras formas e sistemas de governo.

É certo que o momento histórico em que nasceu o federalismo estava impregnado de viés iluminista que tinha na distribuição do poder político a fórmula para evitar violação às liberdades recém declaradas. Foi nesse contexto que a opção de descentralizar no território soberano pareceu forma interessante de se garantir um Estado-nação soberano com fronteiras bem delimitadas e forte no âmbito internacional, mas que internamente tivesse mecanismos de proteção aos mandos de um poder central concentrado e autoritário.

No entanto, apesar de o Estado federal ter nascido como uma alternativa ao Estado unitário centralizador, historicamente autoritário e absolutista, trazer a mesma leitura para tempos atuais de forma anacrônica tende a gerar alguns equívocos de premissas. Isso porque, nem uma forma e nem outra se mantiveram fiéis às suas características originárias, variando no curso da história.

Para tanto, basta que olhemos para a experiência constitucional militar que adotou um federalismo de papel, que reduziu os poderes dos Estados-membros, reduzindo a sua autonomia decisória quase ao nada, e concentrou na União atividades legislativas, administrativas, de segurança nacional, econômicas, dentre outras.

Seabra FAGUNDES (2011, pp. 151-162), em texto publicado originariamente em 1969 no borbulho do Estado federal militar e republicado em 2011, destaca que o poder político, qualquer que seja a sua origem ou modalidade, ainda que de intensidade variável, tende ao fortalecimento da autoridade central, não fugindo o Estado federal dessa vocação centralista do poder político.

De outro giro, tem-se também atualmente Estados unitários que admitem a formação de centros decisórios dotado de certa autonomia no território. Portugal é exemplo de um Estado unitário com descentralização administrativa, tendo o Constituinte português pulverizado o poder em autarquias locais, compreendidas nos termos do artigo 235, 2 (PORTUGAL, 1976), como pessoas coletivas territoriais dotadas de órgãos representativos, que visam a prossecução de interesses próprios das populações respetivas. Na sequência, ainda lança três categorias de autarquias locais no artigo 236 (PORTUGAL, 1976), sendo elas as freguesias, os municípios e as regiões administrativas, dotadas de autonomia.

Por essas razões, é imprescindível não realizar correlações inflexíveis que associam o Estado unitário ao centralismo e autoritarismo exacerbado, e o Estado federal à divisão dual do poder político no território; vez que é possível tanto existir um federalismo com poder central fortalecido, quanto Estados unitários com poder central enfraquecido.

De toda forma, certo é que a Constituição de 1988 adotou o federalismo como forma de Estado, importando a nós conhecer no presente momento suas características gerais, para

na sequência compreender a posição do Município neste modelo de distribuição do poder político no espaço.

Em linhas gerais, é possível de se identificar um núcleo duro de características presentes, em maior ou menor grau, nas experiências federalistas na história. Luís Roberto BARROSO (2013, p. 195), imbuído nesse mister, sintetiza-o em três elementos: *(i)* a autonomia dos entes federados, *(ii)* a repartição de competências, e *(iii)* a participação desses entes na vontade nacional global. Fernanda Dias Menezes de ALMEIDA (2013, pp. 11-16), por sua vez, incorpora a esse tripé outras quatro características: *(iv)* a constituição como fundamento jurídico, *(v)* a inexistência do direito de secessão, *(vi)* a unidade no plano interno e internacional, *(vii)* a repartição de rendas.

Em relação a primeira característica, tem-se a descentralização política como medida de eficiência de governo e, como anteriormente já exposto, limitação do poder. Por meio dela, cada Estado-membro adquire capacidade de se autodeterminar dentro do círculo competencial desenhado pelo constituinte.

Justamente daí que deflui a capacidade de auto-organização, autogoverno, autolegislação e autoadministração. Essa autonomia possibilita que cada unidade tenha liberdade para cuidar de seus assuntos peculiares de forma adequada, sem uniformizar soluções para uma realidade espacial heterogênea.

Como acentua Hely Lopes MEIRELLES (2017, p. 93), a autonomia é prerrogativa política outorgada pela Constituição às ordens parciais internas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) para conferir a direção aos negócios que lhes são próprios. Disso decorre a limitação e derivação desse poder, na medida em que encontra seu início e fim na própria Constituição.

Difere nesse aspeto, e muito, da soberania, esta sim poder absoluto e exclusivo da nação de decidir o seu próprio destino, inclusive de permitir a existência da autonomia dessas unidades autônomas. No modelo brasileiro, a soberania nacional tem sua representação na União que a exerce interna e externamente.

A segunda característica é uma consequência da autonomia. Isso porque, referido poder derivado e limitado encontra o condicionamento do seu exercício no próprio documento constitutivo do Estado. Em outras palavras, a auto-organização, a autoadministração, a autolegislação e o autogoverno não podem servir de salvo-conduto para desconfiguração da unidade da federação, pelo que na Constituição encontram seu fundamento e seus limites.

Por essa razão, é indispensável que cada unidade tenha segurança suficiente para saber de onde pode partir e até onde pode chegar, razão pela qual na própria organização política do

Estado soberano é indispensável que se esclareça a parcela de autonomia de cada um. Decorre daí a relevância da repartição de competência, que, conforme entendimento de Fernanda MENEZES, por nós partilhado, é o que dá “*substância à descentralização em unidades autônomas*” (2013, p. 15).

A ausência de uma repartição clara de competências entre o poder central e os poderes periféricos tende ou a esvaziar o federalismo ou a criar ambiente caótico repleto de insegurança jurídica que tenderia à conflitos entre as próprias unidades.

No primeiro caso, visualiza-se a situação em que sem saber as possibilidades e limites da atividade autonômica, a unidade federativa simplesmente se abstém de exercer a sua prerrogativa política. Nesta hipótese, de nada adiantaria a conformação de um Estado federal no dever-ser constitucional que no mundo-do-ser não surtisse nenhum efeito. A ausência de repartição de competências pode criar um Estado federal de papel, sem o exercício dos poderes pelas ordens parciais, o que não é desejável.

No segundo caso, ao invés de os Estados-membros ficarem inertes quanto ao exercício de sua autonomia obscura, passam a exercê-la de forma assistemática e conflitante, instaurando situação caótica irremediável, em que convivem ordens dissonantes em típica situação de desequilíbrio não correspondente à própria essência de convivência simultânea, equilibrada e harmônica que pressupõe a união federativa.

Por esses motivos, outros nomes no Direito Constitucional também compartilham o mesmo entendimento de que se trata do ponto nuclear do Estado federal, como é o caso de José Afonso da SILVA para quem “*a autonomia das entidades federativas pressupõe a repartição de competência para o exercício e desenvolvimento de sua atividade normativa*” (2010a, p. 477).

Outro elemento componente da fisionomia da Federação é a participação das vontades parciais na vontade nacional geral.

Em regra, essa terceira característica se materializa pela composição paritária de uma câmara de representação dos Estados, no caso brasileiro o Senado Federal, em que se fazem representados na alta cúpula do legislativo federal. Nesta perspectiva, a federação se trata de uma verdadeira sociedade de unidades federadas autônomas, razão pela qual Fernanda Menezes de ALMEIDA (2013, p. 13) ao cuidar dessa característica se vale da expressão “*aspetos societários*”.

Se observado, a quarta característica foi implicitamente mencionada nas três primeiras já enfrentadas. Isso porque, o processo de formação de um Estado federal sempre envolverá a

alienação da soberania como um último ato de soberania, mesmo que decorra de um processo centrífugo em que se desagrega o Estado unitário.

Ao menos no momento em que aceitam fazer parte da federação, as unidades utilizam de um poder absoluto que leva o Estado a aceitar o contrato de aliança eterna com os demais, que dispõe claramente sobre os compromissos e interesses da unidade nacional. Não sem razão, afirma-se que nenhum Estado federal poderá existir sem uma Constituição escrita, sendo esta o seu fundamento jurídico que disciplina a interrelação entre as unidades autônomas.

Decorre daí, também, a quinta característica, na medida em que esse vínculo federativo é permanente, não admitindo laços frouxos ou exercício de um direito ao arrependimento do Estado federado de reaver sua soberania. Em outras palavras, inexistente o direito de secessão, ao ponto de admitir intervenção federal nos Estados-membros para garantir a unidade nacional e coibir movimentos separatistas.

A sexta característica, ainda acompanhando Fernanda Menezes de ALMEIDA (2013, p. 13), parte da concepção de que o federalismo pressupõe unidade internacional e interna.

A primeira, em razão de a aglutinação de Estados-membros realizada sob o preço da alienação da soberania ocasionar, inevitavelmente, na formação de um Estado federal soberano dotado de personalidade jurídica. Ele, por sua vez, é quem se posiciona perante à comunidade internacional, manifestando a vontade nacional.

No que tange à unidade interna, convém destacar a importância de não confundir a autonomia das unidades com um modelo caótico decorrente da divisão do poder político no território. Ao contrário, a existência de um Estado federal pressupõe uma identidade cultural que incita a união indissolúvel das ordens parciais, ao ponto de todas serem submetidas a um ordenamento jurídico federal válido em todo território e incidente sobre todos os habitantes. Demais disso, a unidade federativa também é dotada de tribunal federal apto a resolver conflitos de competência entre o todo e as partes. Além de, como já mencionado anteriormente, existir a possibilidade expressa de intervenção federal para manutenção dessa unidade interna.

Por fim, como sétima característica do Estado federal, tem-se a repartição de rendas. Neste ponto, convém esclarecer que não se exerce a autonomia em sua plenitude sem dinheiro. Uma unidade federativa que não tenha equilíbrio entre encargos e renda perde em eficiência, tende a não prestar ou prestar de forma insuficiente os serviços públicos, e necessita de recursos de outras fontes, originando típica relação de vassalagem federativa. Se de um lado a repartição de competências é o que confere segurança e previsibilidade para as

unidades exercerem sua autonomia, de outro é a repartição de rendas que vivifica a autonomia e torna realmente autônomo o poder periférico do poder central.

Neste ponto, cabe lembrar, quando cuidamos da repartição de competência, destacamos o perigo de sua ausência culminar no não agir dos Estados-membros, criando um mero Estado federal de papel em que a autonomia inexiste.

No caso das repartições de rendas, o raciocínio é o mesmo. A distribuição desigual de receitas e despesas impossibilita o exercício material da autonomia pela unidade federativa, que passa a depender de repasses de outras, criando dependência que esvazia a autonomia e, por consequência, a própria Federação. Daí a importância, reitera-se, de haver equilíbrio entre entradas e saídas, por meio de uma partilha equilibrada dos instrumentos de obtenção de receitas.

Todas essas características estão presentes no Estado brasileiro, que distribuí o poder político no território entre as unidades federativas, como desde o início fizemos questão de acentuar. Ocorre que a Constituição de 1988 conferiu nova fisionomia ao nosso federalismo, inovando na posição conferida às localidades.

Reconheceu o constituinte a importância dos Municípios na estrutura política, administrativa e financeira do Estado federal, em um manifesto antropofágico da teoria estadunidense, ingerindo a forma de Estado por eles criada e digerindo em conformidade à realidade brasileira. Ineditamente, criou-se uma federação de três níveis composta pelo vínculo indissolúvel da União, Estados e Municípios.

O constituinte de 1988 incorporou a instância municipal como parte integrante da federação, instituindo um sistema de três níveis político-territorial no plano jurídico-formal, respeitando, como destaca Celina SOUZA, “*uma longa tradição de autonomia municipal e de escasso controle dos estados sobre as questões locais*” (2005, pp. 105-121).

A respeito dessa longa tradição, interessante a percepção de estudiosos ligados às ciências políticas e antropologia, como por exemplo a de Jorge CALDEIRA que, ao prefaciар sua obra *História da Riqueza no Brasil*, destaca:

Mesmo quando se entra na esfera formal dos governos, quando se recorre a suas ‘oficinas’, nem tudo é unanimidade, sobretudo quando se trata de história. Desde muito cedo houve diferentes tipos de ‘oficina’. Em 1532 foi instalada a primeira vila, mas com um território circunscrito de governo; em 1534 implantaram-se oficinas mais abrangentes, que atuavam sobre conjuntos de vilas, as chamadas capitanias hereditárias. Em 1549 criou-se uma oficina central, o governo-geral. Desde então, sem exceções, essa estrutura com três níveis – hoje chamados de municipal, estadual e federal – conforma a esfera dos governos de molde ocidental, ainda que nem sempre de forma coesa. (2017, p. 16)

Com essa conformação da federação, o constituinte não agradou a todos. Como destaca PIRES (1999, p. 143-166), renomada doutrina do direito constitucional sustentou

absoluta inconsistência a integração local na estrutura federal, prescindindo a federação brasileira do Município.

José Afonso da SILVA (2010a, p. 475), por exemplo, de forma clara atesta ser equivocada a tese municipalista, não podendo ser considerada entidade federada somente por deter autonomia político-constitucional.

Assevera que não é união de Municípios que forma a federação, ressaltando que não faz sentido afirmar que o Brasil é uma República Federativa de Municípios. Ainda como argumento, trata o Município como realidade presa ao Estado, afirmando que não detém nenhuma representação da formação da vontade nacional, ante a inexistência de uma câmara com representantes municipais como o Senado Federal, além de destacar que a própria criação, fusão e desmembramento estão atrelados aos Estados, e não à União.

Por evidente, não pretendemos realizar nenhuma análise reducionista do posicionamento contrário de José Afonso da Silva à tese municipalista, e nem é o objetivo do presente trabalho discutir de forma exaustiva a natureza federativa ou não da estrutura local.

No entanto, vislumbra-se uma singela contradição na crítica do autor.

Isso porque, na mesma obra, ao cuidar da federação, destaca que é *“caracterizada pela união de coletividades públicas dotadas de autonomia político-constitucional”* (SILVA, 2010a, p. 99). Considera imprescindível para caracterização da federação, portanto, a união de coletividades dotadas de autonomia político-constitucional. Todavia, quando posteriormente aborda a questão do Município, afirma que somente a existência de autonomia político-constitucional não é suficiente para erguê-lo ao plano de estrutura federada.

Se a existência de coletividades dotadas de autonomia político-constitucional é imprescindível para configuração da federação, e no modelo brasileiro os Municípios são coletividades dotadas de autonomia político-constitucional, por qual razão em relação a essas estruturas locais a autonomia político-constitucional não seria suficiente? Aparentemente, o ponto nuclear que o próprio autor considera indispensável para uma federação é identificado no ente municipal, razão pela qual, partindo dos próprios pressupostos de J. A. da Silva, tem condições de ser considerado uma estrutura federativa assim como os Estados.

Não somente, se observada as críticas, constatar-se-á que a contrariedade do autor decorre do método de análise utilizado, que compreende o modelo federal clássico como a forma de Estado que divide o poder político em dois níveis, um central e outro regional, desprezando o poder local.

É próximo ao método de análise USA-centrado que adota os Estados Unidos como parâmetro para formulação do conceito de federação e que, como ressaltam CAMARGO,

TOMIO e ORTOLAN (2011, pp. 54-55), ignora variações institucionais e se mostra insuficiente para conceber divisões verticais de poder no território destoante do federalismo norte-americano.

Tanto que, por exemplo, Silva afasta a vocação federativa do Município pelo fato de sua criação depender de lei estadual e não federal, desconsiderando que questões referentes à criação, fusão, ou incorporação relacionadas ao ente municipal decorrem da adaptação do desenho do federalismo à existência de três níveis políticos historicamente construídos, comportando o governo local autonomia máxima se comparada a outros Estados.

Neste ponto, relevante as pesquisas de Fabrício Ricardo de Limas Tomio, Fernando Santos de Camargo e Marcelo Augusto Biehl Ortolan que compararam a autonomia do governo local em sistemas federativos, com base nas características normativas dos Estados. Analisaram a autonomia formal decorrente de prerrogativas dispostas em textos legais. Alemanha, Argentina, Austrália, Áustria, Brasil, Estados Unidos, Índia e Suíça foram objetos de pesquisa, e ao final, em conclusão, constataram que o Estado brasileiro detém o governo local mais autônomo, muito embora, na perspectiva dos pesquisadores, ser contraproducente esse modelo, *“tendo em vista que todos os Municípios detêm as mesmas prerrogativas e garantias, independentemente de extensão territorial, quantidade populacional e complexidade socioeconômica”* (2011, p. 88).

Independentemente se eficiente ou não, certo é que no Brasil as unidades locais são dotadas de relevante autonomia formal, se comparada com o restante do mundo, o que impõe entender o que isso significa.

Em linhas gerais, afirmar que os Município são politicamente descentralizados e dotados de autonomia é o mesmo que constatar nesse ente a existência do tripé autonomia administrativa, financeira e política¹³.

A primeira, refere-se à administração própria de assuntos de interesse local, como a execução de serviços públicos e a ordenação urbanística de seu território. A segunda, a autonomia financeira, está intimamente vinculada à possibilidade dada pelo constituinte de a municipalidade gerar receita. É o que ocorre, por exemplo, em relação à competência tributária que detém para instituir impostos locais, como os incidentes sobre a propriedade

¹³Nesse sentido, MEIRELLES: *“O Município brasileiro é, pois, entidade estatal, político-administrativa, que, através de seus órgãos de governo – Prefeitura e Câmara de Vereadores -, dirige a si próprio, com a tríple autonomia política (auto-organização, composição do seu governo e orientação de sua administração), administrativa (organização dos serviços locais) e financeira (arrecadação e aplicação de suas rendas).* (2017, p. 139)

urbana (IPTU), sobre o serviço de qualquer natureza (ISS) e sobre operações onerosas mantidas entre vivos envolvendo bens imóveis (ITBI).

Por fim, a terceira (autonomia política), concebe-se a partir de três características relevantes trazidas pelo constituinte ao altiplano constitucional. A primeira se refere ao empoderamento local conferido em 1988 que conferiu a cada Município a prerrogativa de auto-organização mediante a elaboração da própria Lei Orgânica, conforme preceitua a norma disposta no artigo 29 da Constituição da República (BRASIL, 1988). Alguns estudiosos vinculados ao municipalismo consideram essa prerrogativa de elaborar a própria Lei Orgânica como uma verdadeira manifestação do poder constituinte decorrente, sendo o equivalente a uma Constituição Municipal (MEIRELLES, 2017, p. 86). A segunda característica é vinculada ao empoderamento da própria população local que passa a ser responsável pela direção daquilo que lhe é próprio ao eleger prefeitos e vereadores que comporão os quadros do Executivo e Legislativo municipais. A terceira característica envolve a autonomia legislativa que advém do próprio reconhecimento de um Poder Legislativo local que tem a prerrogativa de criar direitos e obrigações para a população local, notadamente vinculados ao interesse também local.

Nesse passo, não restam dúvidas que o constituinte se rendeu à tese municipalista, pelo que, como ressalta Hely Lopes MEIRELLES, “*sua posição atual no seio da Federação é de entidade político-administrativa de terceiro grau*” (2017, p. 45). Conferiu ao Município a mesma fisionomia do Estado-membro na organização federativa brasileira, comportando-se também como uma ordem parcial descentralizada politicamente, o que, como destaca Fernanda Dias Menezes de ALMEIDA (2013, p. 11), representa o último e mais alto grau de descentralização. Nesse contexto, pode - e deve – valer-se de sua autonomia para disciplinar e gerir os assuntos que sejam de seu interesse.

No entanto, muito embora essa constatação seja um passo importante na verificação da possível competência municipal para regulação do comércio local, ainda não é suficiente. Isso porque não nos oferece subsídios para afirmar quais os poderes que detém ou não para interferir em na intersecção entre o local, o urbano e o econômico. Não basta, então, esclarecer a respeito da natureza federativa, sendo necessário perquirir sobre a delimitação das suas atribuições dentro do sistema de repartição de competências estabelecido pelo legislador constituinte.

É a partir desse esclarecimento que verificaremos os limites e entrelaçamentos federativos, aproximando-nos da resposta referente a pergunta que instiga o desenvolvimento do presente capítulo: o Município tem competência para regular o comércio local?

2.3. O sistema de repartição de competências adotado na Constituição de 1988

Na oportunidade em que nos debruçamos sobre as características do federalismo, destacamos a importância da repartição constitucional de competência, na medida em que a inexistência de regras bem delimitadas tende a gerar o Estado federal de papel.

Enunciar a distribuição territorial do poder político entre entidades estatais, mas não distribuir entre elas as atribuições específicas é temerário sob a ótica de concretização do federalismo. Cria-se, dessa forma, um Estado federal desprovido de eficácia, pois, ou poderá ocasionar em uma abstenção do exercício da prerrogativa política da autonomia pelo Estado-membro, ou uma situação caótica de exercício simultâneo e desarmônico pelas entidades estatais.

Tomando as competências tributárias como exemplo, imagine que a Constituição não tivesse realizado a distribuição hirta entre os entes. Sem saber o que pode ou não tributar, haveria o risco de União e Estado-membro tributarem o mesmo signo presuntivo de riqueza, onerando o particular em injusta situação de bitributação. Ou ainda, haveria o risco de nem União e nem Estado-membro tributarem determinado signo presuntivo de riqueza passível de ser tributado, como por exemplo a renda, o que deflagraria em problemas tanto em um quanto em outro ente de captação de recursos indispensáveis para concretização da autonomia financeira.

A importância da repartição de competências, portanto, é incontestável, conferindo a feição do Estado federal a depender das técnicas adotadas, hábeis a conferir, como acentua Fernanda Dias Menezes de ALMEIDA (2013, p. 19), maior ou menor grau de descentralização.

Não significa que é a escolha da técnica que irá condicionar esse grau de concentração do poder político, até mesmo porque não é desejável que o constituinte seja um aventureiro que arrisque uma distribuição aleatória de atribuições entre as entidades estatais. Ao contrário, é o modelo de Estado que se pretende instaurar que irá ditar quais técnicas de repartição mais adequadas para se atingir a finalidade que se pretende alcançar.

Nesse sentido, Raul Machado HORTA (2011, pp. 211-230), em texto originariamente publicado em 1982, destaca que o alargamento dos poderes federais não advém somente da preferência em adotar determinada técnica de repartição, ao revés, são as mudanças no comportamento do Estado que levam ao desenvolvimento da técnica de repartição adequada. Tem-se que a distribuição de atribuições em um modelo liberal-econômico será diferente de

um intervencionista que buscará a concretização de políticas públicas sociais, sendo mais adequado neste último caso o fortalecimento do poder central.

É a flexibilidade do federalismo, responsivo às necessidades da sociedade e aos modelos econômicos, que ocasionou no nascimento de novas técnicas que relativizaram a rigidez clássica da divisão dual. Experiências históricas evidenciaram que determinados assuntos, para serem melhor cuidados, devem ser atribuídos não a um ente específico, e sim a todas as Pessoas Políticas componentes do Estado federal, em concorrência.

É neste panorama que se desenvolve o federalismo cooperativo, em que as relações entre União e Estados são alteradas, com entrelaçamento de algumas atribuições e maior concentração de competência no poder central, por meio da adoção de assimetria constitucionalmente determinada.

No próprio berço do Estado federal a alteração do esquema federativo clássico é perceptível quando do federalismo dual, amoldado ao *laissez-faire* da função governamental, reflexo do *laissez-faire* no plano econômico, passou-se, como destaca ALMEIDA (2013, p. 21) a um modelo de Estado federal mais entrelaçado após a Grande Depressão de 30, com o fortalecimento do poder da União.

Perceba que não é o abandono do federalismo que ocorre no período, e sim a mudança de sua fisionomia. É justamente a plasticidade formal dessa forma de Estado que permite manter a autonomia dos Estados-membros em movimento pendular, oscilando conforme a necessidade, ora aumentando ora diminuindo o poder central para concretizar os objetivos do Estado.

No contexto brasileiro da Constituição de 1988, tudo o que foi experimentado nos regimes anteriores foi combinado. Partilha-se entre as entidades estatais, competências concorrentes verticais, como também privativas horizontais (tanto legislativas, quanto materiais), que variam conforme o critério da predominância do interesse. Demais disso, enumerou os poderes explícitos da União de forma mais cuidadosa, como também foram enumerados os poderes explícitos do Município de forma mais genérica.

Ainda, principalmente no que se refere à municipalidade cujos poderes expressos são mais genericamente vinculados ao vetor interesse local, reconheceu-se a teoria dos poderes implícitos, entendidos como consequência lógica dos expressos enunciados. Como acentua Hely Lopes MEIRELLES, são poderes implícitos aqueles “*que resultam como consequência lógica e necessária de um poder explícito ou dos princípios adotados pela Constituição*” (2017, p. 140). Prossegue ainda ilustrando a partir das competências tributárias, afirmando

que se é explícito o poder para tributar determinado signo presuntivo de riqueza, como poder implícito decorre a prerrogativa de arrecadar o tributo.

Por fim, aos Estados foram atribuídos poderes remanescentes, nos termos do artigo 25 § 1º (BRASIL, 1988), sendo residual a competência dessas entidades federativas. Em outras palavras, aquilo que não foi reservado, explícita ou implicitamente à União e Municípios, é atribuição estadual.

Esse desenho complexo do federalismo brasileiro necessariamente deverá ser enfrentado para o fim de identificarmos a possibilidade de o Município disciplinar o comércio local. Por ora, os passos necessários são identificar quais as competências privativas da União, o que permitirá chegar ao nível da compreensão sobre os assuntos que não são pertinentes à entidade municipal. Posteriormente, estudaremos os poderes enunciados privativos do próprio Município que, por sua vez, são dotados de maior abertura conceitual. Por fim, verificaremos se existe algum poder privativo dos Estados, a quem, via de regra, foi atribuída competência residual.

Somente então passaremos para as competências concorrentes, em que se entrelaçam as atribuições das Pessoas Políticas, entendendo o seu mecanismo. A cada parte realizaremos fechamentos parciais quando se fizer necessário, com a finalidade específica esclarecer a situação do comércio urbano-local nesse contexto competencial.

Iniciando pelos poderes privativos da União, isto é, aquelas competências que são próprias dessa entidade estatal federativa, observaremos que no artigo 21 (BRASIL, 1988) são enumeradas as competências materiais. Estas, por sua vez, conferem a prerrogativa ao Executivo federal de atuação política, administrativa, econômica e social, possibilitando a tomada de decisões governamentais e a utilização da máquina administrativa para executá-las.

Importante ressaltar que a inexistência de indicação do constituinte de que a atribuição dessas competências à União impõe a abstenção das demais entidades na atuação concernentes a essas matérias é irrelevante no modelo federal de Estado. Como acentua Fernanda Dias Menezes de ALMEIDA, *“na federação, a regra primeira manda que a cada partícipe se confiram competências privativas, o que é indispensável para se dar substância à autonomia de cada órbita de poder”* (2013, p. 68).

Daí que basta atribuir a competência a uma entidade para que, automaticamente, essa mesma competência não sejam das outras, criando um dever de abstenção, independente do advérbio, somente mitigado quando expressamente o constituinte estabelece a atuação concorrente.

Em linhas gerais, é possível identificar basicamente três grandes categorias de competências da União: (i) competências internacionais de representação do Estado federal, (ii) competências de preservação, e (iii) competências de organização. Em relação às competências de preservação, identificam-se ainda outras quatro subcategorias: competência de preservação do território nacional, competência de preservação da Constituição, competência de preservação da forma federativa de Estado, e a competência de preservação da unidade.

A primeira categoria é possível de se observar logo nos incisos iniciais do artigo 21 (BRASIL, 1988) que atribui à União competências internacionais. Esse dado poderia nos levar à equivocada interpretação de que esse ente político se trata de uma pessoa de Direito Internacional, o que não seria o melhor entendimento.

Como esclarece José Afonso da SILVA (2010a, p. 494), o Estado federal é a síntese de um processo político-social caracterizado pela antítese disjunção-integração. A disjunção, intuitivamente, decorre da própria tendência de distribuir o poder político no território. A integração, por sua vez, é representada pela União, cujo poder político recai sobre todo o território estatal, o que não significa que ela própria se confunda com o Estado federal propriamente dito.

Este, por sua vez, é a República Federativa do Brasil, pessoa de Direito Internacional, que tem o mesmo domínio territorial físico que a União, mas que juridicamente se forma a partir de todas as ordens jurídicas particulares vigentes. Diferentemente, a União somente exercerá o seu poder sobre o território brasileiro na parte em que incidir sua competência, seja ela privativa ou concorrente. Considerá-los sinônimos cria situação jurídica não desejável: a União seria a um só tempo a conformação jurídica de todas as ordens parciais internas, e também seria uma das ordens parciais internas formadora de si mesma.

O que ocorre, em verdade, é a representação da República Federativa do Brasil pela União, por meio de seus órgãos que, no modelo brasileiro, têm dupla vinculação, uma a própria União e outra à Federação. Não é a União, portanto, que por si atua como pessoa jurídica de Direito Internacional, e sim o Estado federal mediante representação dos órgãos dessa Pessoa Política.

Como acentua SILVA: *“não é, realmente, a União que aparece nos atos internacionais, mas a República Federativa do Brasil, de que ela é apenas uma das entidades componentes (art. 18)”* (2010a, p. 494). Basta que observar a figura do Presidente da

República, que a um tempo atua como Chefe do Estado brasileiro e Chefe do Governo federal (Poder Executivo da União)¹⁴.

É neste panorama, e já retornando para análise das competências materiais privativas da União dispostas no artigo 21 (BRASIL, 1988), que o constituinte houve por bem atribuir ela competências inerentes a sua prerrogativa de representação do Estado brasileiro no plano internacional. Não sem razão, é investida do poder de manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais (inciso I) e declarar guerra ou celebrar a paz (inciso II). As competências internacionais, portanto, são consequências da prerrogativa de representação do Estado federal, o que não atribui à União a natureza de pessoa de Direito Internacional.

Prosseguindo na análise das competências materiais privativas, verifica-se também competências federais típicas vinculadas à própria preservação do território nacional, âmbito físico sobre o qual recai os poderes da União.

Deve, portanto, assegurar a defesa nacional (inciso III), o que culmina em permitir ou não que forças estrangeiras transitem pelo território nacional (inciso IV). Entendemos também que outra consequência da atribuição de defender o território nacional é a própria competência de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras (inciso XXII), na medida em que o constituinte garante à União o instrumento para cumprir esse mister no espaço marítimo, aéreo e terrestre, em zonas sensíveis de fronteiras muitas vezes não tão facilmente identificadas.

Ainda nesse viés, com o fito de monopolizar produções e comercializações de produtos que possam causar de alguma forma instabilidade no território nacional, identifica-se a competência para autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico (inciso VI). Há uma subtração do constituinte de parcela que poderia ser atribuída plenamente à iniciativa privada, em razão da garantia da defesa nacional interna, dificultando por meio do monopólio da produção e comércio o acesso a esse tipo de material, que pode representar perigo à paz e causar instabilidade interna.

Também o monopólio sobre a serviços e instalações nucleares, bem como sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de

¹⁴A respeito das características do sistema de governo presidencial, esclarece DALLARI: “*O Presidente da República é Chefe do Estado e Chefe do Governo. O mesmo órgão unipessoal acumula duas atribuições, exercendo o papel de vínculo moral do Estado e desempenhando as funções de representação, ao mesmo tempo em que exerce a chefia do poder executivo*”. Perceba que pelo próprio presidencialismo, o mesmo órgão, a Presidência da República, atua ora como União, enquanto ordem parcial federativa compositiva do Estado brasileiro, e ora como o Estado brasileiro, em sua unidade, no exercício de sua soberania na sociedade internacional.

minérios nucleares e seus derivados (inciso XXIII) está intimamente atrelada a questão de defesa do território, principalmente no que se refere à manutenção da paz interna.

Poderíamos até mesmo vislumbrar que o monopólio da atividade nuclear decorre somente do estratégico fim de matriz energética alternativa ao petróleo. No entanto, logo na alínea “a”, ao condicionar a admissão da atividade nuclear à admissão do Congresso Nacional, o constituinte determina que somente será exercida para fins pacíficos, em nítida preocupação com o exercício nocivo dessa atividade.

Muito embora não expressamente, a ilocução normativa revela o temor de referida atividade cair no domínio particular. Além de ser potencialmente destrutiva, é energeticamente estratégica, causando sua utilização sem regulação federal restritiva para fins pacíficos problemas de soberania e até mesmo tensões no âmbito internacional.

Somada às competências no plano internacional, em conjunto com a competência de preservação do território, também se atribuiu à União competências típicas de preservação da própria ordem constitucional e da forma federativa em momentos de crise de Estado. No inciso V, do artigo 21, são previstos três instrumentos com esse escopo de preservação: o Estado de Defesa, o Estado de Sítio e a intervenção federal.

O primeiro, o Estado de Defesa, trata-se de instrumento de defesa do Estado utilizado para restabelecimento da ordem pública ou da paz quando ameaçadas por instabilidade institucional ou calamidades naturais. Essa medida é decretada pelo Presidente da República, após ouvido o Conselho da República e Conselho de Defesa, e não poderá ultrapassar 30 dias, prorrogáveis por mais 30 na hipótese de permanecer a situação calamitosa.

O Estado de Sítio, por sua vez, tem a mesma finalidade de restabelecer a ordem pública, porém com medidas mais severas que o Estado de Defesa, sendo utilizado, inclusive, quando este não for eficaz, como também na hipótese de guerra declarada e na hipótese de comoção grave de repercussão nacional.

Muito próxima às competências materiais para solucionar crise de Estado, está a competência para salvaguarda do regime federativo, terceira categoria enunciada no inciso V, que autoriza a União decretar intervenção federal, o que já discurremos brevemente quando tratamos da inexistência do direito de secessão enquanto característica do Estado federal.

José Afonso da SILVA (2010a, p. 497) ao cuidar da intervenção federal acaba por inseri-la dentro das competências materiais privativas, que o autor trata como exclusiva, de natureza política, em conjunto ainda com outra atribuição da União, no caso o poder de conceder anistia (inciso XVII), vinculada a sua competência legislativa de disciplinar o regime jurídico de direito penal. Sobre a natureza política e vinculada ao poder de editar lei

criminal punitiva, ALMEIDA, destaca: *“já que em matéria criminal a competência legislativa é da União e a regra é quem tem o poder de editar a lei punitiva terá o poder de anistiar. O alvo tradicional da anistia, como se sabe, são os crimes políticos”* (2013, p. 73).

Ao lado dessas atribuições internacionais e de preservação – do território, da ordem constitucional e da forma federativa de Estado -, o constituinte ainda houve por bem atribuir à União competências justificáveis em razão da preservação dos aspetos unitários do Estado Federal.

Como é cediço, a Federação de fato pressupõe a divisão do poder político no território por meio da criação de entidades estatais federativas, no entanto, essa divisão interna tem o escopo de gerar equilíbrio de prerrogativas e não a segregação do território, ao ponto de desfazer o aspeto unitário que também acompanha a forma federativa de Estado. Seria desarrazoado, por exemplo, que cada Estado-membro ou Município tivesse a própria moeda. Por essa razão, é desejável que a União assuma algumas atribuições de forma privativa.

É o caso do poder de emitir moeda (inciso VII), de manter o serviço postal (inciso X), de explorar os serviços de telecomunicação (incisos XI e XII, “a”), os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais ou que transponham o limites do Estado ou Território (inciso XII, “d”); os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (inciso XII, “e”), além da navegação aérea e aeroespacial (inciso XII, “c”), e serviços portuários (inciso XII, “f”).

Outra competência material da União, com racional semelhante e também condizente ao poder de emitir moeda, refere-se à administração das reservas cambiais do País e fiscalização das operações de natureza financeira de crédito, câmbio, capitalização, seguros e de previdência privada (inciso VIII).

Além de serviços, emissão de moeda, e fiscalização de operações diversas envolvendo investimento, câmbio e seguro, como desdobramento da competência para preservação da unidade também está a necessidade de uniformização de dados ou de padrões. É o que se identifica na preocupação do constituinte em conferir o poder exclusivo à União de organizar e manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional (inciso XV). Ou ainda, o poder censório de classificar as diversões públicas e de programas de rádio e televisão, de forma indicativa (inciso XVI).

Também para garantir a unidade, o constituinte houve por bem atribuir à União competências de organização e planejamento de determinadas áreas estratégicas, com a finalidade de concretizar alguns objetivos nacionais bem como garantir o desenvolvimento nacional e reduzir desigualdades regionais. Essas atribuições aparecem no texto constitucional

ou expressamente, quando o constituinte determina à União o poder de planejar, ou ainda indiretamente, quando atribui o poder de instituir diretrizes ou sistemas de gerenciamentos.

Por essa razão, incumbe-se ao poder central as prerrogativas de elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social (inciso IX); planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas (inciso XVIII); instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos (inciso XIX), instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano (XX), estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação (inciso XXI), organizar, manter e executar a inspeção do trabalho (inciso XXIV), e estabelecer as áreas e as condições para o exercício da atividade de garimpagem, em forma associativa (inciso XXV).

Sobre essas competências de planejamento é indispensável a cautela para sua interpretação e aplicação no modelo federativo de Estado, para que não represente a morte da autonomia que é o elemento principal dessa forma de distribuição do poder político.

Para tanto, seria indispensável a participação das estruturas federativas na elaboração desses planos nacionais e regionais, em uma formação realmente federativa com a participação das ordens parciais no planejamento nacional, o que efetivamente não ocorre e tende a causar tensão e desequilíbrio do federalismo brasileiro.

É nesta linha que Fernanda Menezes esclarece:

Considerando, porém que o planejamento é informado pelos princípios da “unidade por integração” e da “globalidade”, coloca-se desde logo a dificuldade de sua conciliação com o princípio da autonomia das unidades federadas, da conciliação do processo de planejamento, que pressupõe centralização das decisões políticas, com a estrutura, descentralizadora por definição do modelo federativo.

[...]

O que se lamenta, numa linha de democracia participativa, é que se tenha perdido a oportunidade de tornar necessária a audiência dos Estados e dos organismos regionais ou municipais interessados, quando da elaboração dos diversos planos nacionais e regionais. (ALMEIDA, 2013, pp. 78-80).

Por fim, ainda se observa nos incisos XIII e XIV que são atribuídas à União competências de organização referentes aos Territórios e Distrito Federal, como a organização do Poder Judiciário e instituições como Ministério Público, Defensoria Pública, polícias civil e militar.

Sobre essas atribuições, não haveria como ser diferente na medida em que os Territórios são circunscrições administrativas da União, e o Distrito Federal, embora autônomo pela Constituição, tem dependência ao poder federal.

Às competências materiais privativas da União não pretendemos realizar críticas ou adentrar em questões polêmicas, muito embora tenhamos nos posicionado há pouco quando discorremos sobre as atribuições de planejamento. O objetivo central desse estudo

competencial puramente dogmático-descriptivo é identificar elementos que esclareçam sobre as limitações federativas que encontra o Município.

Dessa forma, é possível afirmar que, se for constatada a possibilidade de o poder local disciplinar o comércio, ao menos duas restrições materiais encontrará dentro da própria repartição de competências privativas. Isso porque, o constituinte, em razão da defesa do território nacional e manutenção da paz, entendeu ser melhor conferir à União a atribuição exclusiva de regular o comércio de minérios nucleares e de material bélico, o que se exclui por consequência de qualquer toque municipal no que se refere a essas atividades em específico.

Ao lado das competências materiais estão as competências legislativas privativas da União, expressão do poder político da entidade estatal autônoma, manifestação da capacidade de auto-organização. Estão disciplinadas, em grande parte, no artigo 22¹⁵ (BRASIL, 1988) e se relacionam intimamente às competências de execução disciplinadas, não exaustivamente, no artigo 21 da Constituição (ALMEIDA, 2013, p. 82).

É a partir dessas prerrogativas que irá reger suas próprias atividades, sem subordinação hierárquica e intromissão das demais esferas, ao ponto de incorrer em inconstitucionalidade a Pessoa Política que intentar usurpar a competência legislativa privativa de outra.

A correlação entre competências legislativas e materiais é tamanha que nas mesmas grandes categorias é possível de alocar o disposto no artigo 22. Em relação à competência internacional de representação do Estado federal, tem-se a prerrogativa política de legislar sobre nacionalidade, cidadania e naturalização (inciso XIII); emigração, imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiro (inciso XV).

Em relação às competências de preservação, iniciando sobre a subcategoria de preservação do território nacional, correlata a manutenção da paz interna, pode-se mencionar o inciso III que confere ao poder central a prerrogativa de disciplinar a requisição administrativa, em caso de iminente perigo ou tempo de guerra. Em apertada síntese, a requisição administrativa consiste na prerrogativa de a Administração Pública utilizar transitoriamente os bens móveis, imóveis e serviços particulares no caso de perigo público iminente, e somente enquanto essa situação emergencial perdurar, sendo assegurada a indenização posterior ao proprietário na hipótese de prejuízo.

¹⁵Nota interessante a respeito dessas competências da União dispostas no artigo 22 é que o constituinte houve por bem expressamente informar que são privativas, o que não era necessário, mas aparentemente o fez para contrapor às competências concorrentes dispostas no artigo 24 que cuida das competências legislativas concorrentes.

Essa modalidade interventiva está prevista na Constituição da República, especificamente no artigo 5º, XXV, sendo poder instrumental conferido pelo legislador constituinte como forma de resguardar o interesse público violado, ou em vias de ser violado, pela calamidade. Insere-se na categoria de preservação do território nacional justamente pelo escopo de preservação, ou restituição, da paz no caso de instabilidades por calamidades ou guerra.

Também dentro dessa subcategoria está o inciso XXI que confere a prerrogativa à União de legislar sobre normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares. Analogamente à competência material que confere monopólio sobre a atividade nuclear, também em relação à competência legislativa o constituinte houve por bem, no inciso XXVI garantir que somente o poder central possa dispor sobre essa questão sensível à manutenção da paz e estabilidade no território. Ainda, o inciso XXVIII estabelece que compete privativamente à União legislar sobre a defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional.

A respeito das competências de preservação da Constituição e da forma federativa de Estado, não se verifica no artigo 22 disposições que tenham esse escopo específico. Isso porque, os instrumentos enunciados nas competências materiais são específicos e ganharam título próprio dentro da estrutura topográfica.

No máximo poderíamos forçar a inclusão do inciso III que cuida das requisições, por ser uma das medidas possíveis de serem em utilizadas no Estado de Defesa, ou de Sítio. No entanto, o escopo direto não é a proteção da Constituição ou da forma federativa de Estado, sendo mais mecanismo de restituição do equilíbrio no território nacional em caso de calamidade ou guerra, como já enfrentado acima. Daí que o regime jurídico excepcional que se inaugura por meio desses institutos está disposto no título V, que cuida da defesa do Estado e das instituições democráticas.

O maior número de enunciações está vinculado à competência de preservação da unidade, seja em razão de planejamentos, ou da necessidade de uniformização de alguns assuntos atinentes à moeda, operações financeiras, cambiais ou securitárias.

Da mesma forma, o constituinte também houve por bem atribuir competência privativa à União para dispor sobre ramos do direito que se pressupõe unidade em todo território, sob pena de se causar insegurança jurídica e também degenerar o princípio unitário do Estado federal. É conveniente reiterar, antes de ser possível existir um princípio disjuntivo que

caracterize as unidades autônomas na forma federativa, é indispensável que exista unidade que configure o Estado propriamente dito.

É neste sentido que se observa a atribuição à União para legislar privativamente sobre: direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho (inciso I); desapropriação (inciso II); águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão (inciso IV); serviço postal (inciso V); sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais (inciso VI); política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores (inciso VII); comércio exterior e interestadual (inciso VIII); diretrizes da política nacional de transportes (inciso IX); trânsito e transporte (inciso XI); jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia (inciso XII); populações indígenas (inciso XIV); organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões (inciso XVI); sistema estatístico, sistema cartográfico e de geologia nacionais (inciso XVIII); sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular (inciso XIX); sistemas de consórcios e sorteios (inciso XX); seguridade social (inciso XXIII); diretrizes e bases da educação nacional (inciso XXIV); registros públicos (inciso XXV); normas gerais de licitação e contratos administrativo (inciso XXVII); e propaganda comercial (inciso XXIX).

A respeito do regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial (inciso X), verifica-se a necessidade de estabelecer um regime jurídico uniforme para garantir a unidade, mas também toca nas questões atinentes ao território nacional e, reflexamente, competências internacionais de representação na medida em que disciplina exercício da soberania. Tanto que se observado o artigo 11 (BRASIL, 1986) do Código Brasileiro de Aeronáutica, a União, no exercício da competência legislativa privativa, expressamente afirma a soberania do Estado brasileiro sobre o espaço aéreo acima de seu território e mar territorial.

Por fim, dentre as competências legislativas também se identifica norma atributiva de prerrogativa à União para dispor sobre a organização de estruturas nos Territórios e Distrito Federal. É nesse sentido que dispõe o inciso XVII que atribui ao poder central o poder de legislar privativamente sobre a organização judiciária, do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e da Defensoria Pública dos Territórios, bem como organização administrativa destes.

Antes de prosseguirmos, convém esclarecer que a atribuição exclusiva à União para cuidar do direito comercial não eiva de morte a nossa perquirição em busca das possibilidades de o Município atuar no comércio local, inclusive sobre ele legislando. Isso porque, o direito

comercial, e também o direito civil, cuidam da atividade exercida por comerciante que se concretiza por meio de formas jurídicas.

Em nenhum momento o constituinte atribuiu à União a competência legislativa para dispor sobre o ambiente urbano-local de encontro entre oferta e demanda, pelo que ao menos em relação a esse perfil atmosférico do comércio local nenhuma restrição decorrente de poderes exclusivos da União existe.

Destaca-se ainda que se quisesse restringir influxos municipais no comércio local teria procedido da mesma forma como o fez com o comércio exterior e o comércio interestadual, reservando à União a competência privativa para disciplinar essas matérias¹⁶.

Compreendido os poderes exclusivos da União sentimo-nos confortáveis para prosseguir, na medida em que não encontramos restrições quanto à possibilidade de o Município atuar no comércio local, seja em nível de competência material ou de competência legislativa. O máximo que podemos retirar dessa possível parcela de competência são os assuntos referentes a material bélico e nuclear, bem como ao comércio interestadual e internacional.

Em linha semelhante, Giovani Clark ao dispor sobre os limites do Município para atuar no domínio econômico, após avaliar as competências enunciadas exclusivas do poder central, conclui sobre os terrenos que não são passíveis de serem tocados, destacando dentre eles esses que acabamos de excluir do âmbito de competência municipal:

Pelos limites constitucionais citados, os Municípios não podem intervir no domínio econômico por intermédio de políticas voltadas para a moeda; crédito; câmbio; juros; lucros; seguros; transporte aéreo, aquático e terrestre em geral; recursos minerais; recursos hídricos; petróleo; minerais nucleares; energia elétrica; capital estrangeiro; comércio externo e interestadual; telecomunicações, dívida pública e desenvolvimento nacional. (CLARK, 2001, p. 93)

Se de um lado já é possível afirmar que não existe uma restrição decorrente das atribuições exclusivas ao poder central, realizada de forma pormenorizada, de outro ainda resta avaliar se o constituinte houve por bem em atribuir, explícita ou implicitamente, ao Município o poder de atuar o comércio local, o que compreende prerrogativas de disciplina de assuntos de interesse local, urbanístico e econômico.

¹⁶O constituinte, ao reservar à União a competência para legislar sobre comércio interestadual e exterior, indica-nos que realmente na Constituição de 1988 o conceito de comércio utilizado foi aquele cuja fisionomia discorreremos no capítulo 1. Perceba que o comércio exterior, por exemplo, envolve sujeitos para além das fronteiras da Federação, o que nos remete a um ambiente internacional. Semelhante, no comércio interestadual, temos a troca entre sujeitos para além das fronteiras do Estado-membro, remetendo-nos a um ambiente nacional. Em ambos os casos se verifica a predominância do interesse da União, no primeiro por representar a República Federativa do Brasil em questões internacionais, e no segundo por dizer respeito a uma questão que transcende o interesse local e regional.

Para tanto, indispensável a análise do artigo 30 (BRASIL, 1988) que mantém uma área de competências privativas não enumeradas quando atribui aos Municípios a competência para lidar com assuntos de interesse local, criando também competências implícitas que são passíveis de serem identificadas pelo vetor interesse local.

Ao lado dessas, também optou por enumerar outros poderes expressos (incisos II a IX), criando um desenho competencial diferente da União ao conjugar técnicas distintas em um mesmo dispositivo. Por essa razão, a análise das competências municipais não segue linearidade tão constante quanto a da União, sendo indispensável que se identifique o fio condutor que nos permita entender as prerrogativas políticas e administrativas do poder local.

O ponto nevrálgico dos poderes do Município é o inciso I que atribui a ele a competência privativa legislativa explícita para dispor sobre assuntos de interesse local, o que para nós já é de extrema relevância. No entanto, não somente competências legislativas decorrem da norma disposta no referido dispositivo constitucional, delas, a manifestação mais forte da autonomia, decorre as próprias competências de execução como competência material implícita.

É em sentido semelhante que Menezes de ALMEIDA, ao traçar o desenho da competência municipal, destaca: *“Do mesmo inciso I do artigo 30 deflui a existência de uma área de competências materiais privativas, compreendendo exatamente os assuntos de interesse local sobre os quais deverá legislar o Município”* (2013, p. 100). MEIRELLES (2017, p. 143) também converge com esse entendimento, na medida em que para ele o fulcro da competência administrativa do Município é o inciso I do artigo 30.

Daí que compreender o interesse local assume relevância incontestável no contexto municipal, na medida que é a chave para entendimento até mesmo do porquê que o constituinte não se valeu da mesma técnica de enunciação expressas de competência como procedeu com a União.

Por interesse local se deve, desde logo, afastar a exclusividade do interesse municipal em determinados assuntos, haja vista todo assunto de interesse municipal sempre estar dentro do âmbito de interesse, mesmo que reflexamente, ao Estado e União. A diferença, novamente nos valendo das palavras de MEIRELLES, *“é apenas de grau, e não de substância”* (2017, p. 143).

Em verdade, o que vetoriza a interpretação no sentido de atribuir o poder ao Município para disciplinar determinado assunto é a sua proximidade aos negócios e assuntos locais, o que caracteriza a predominância.

Disso, é possível concluir que, genericamente, o constituinte houve por bem atribuir ao Município a competência privativa material e legislativa para dispor sobre assuntos locais, estes passíveis de identificação conforme a predominância do interesse municipal sobre o interesse das demais entidades estatais.

Vislumbra-se ainda certa vagueza conceitual em relação a esse interesse predominantemente local, talvez em decorrência da falta de enunciação pormenorizada na Constituição. Ocorre que é tarefa difícil e tendente a se tornar obsoleta a enumeração dos assuntos de interesse local.

Para Celso Ribeiro BASTOS (1992, p. 54-76) e Fernanda Dias Menezes de ALMEIDA (2013, p. 101), somente a Lei Orgânica é capaz de findar por meio da definição legal essa abertura conceitual, o que nos atenta para o caráter flexível de interesse local predominante, que se altera a depender da realidade local e da própria enunciação na Constituição Municipal. Destaca-se ainda que converge e fortalece a autonomia política municipal permitir que cada um defina o que é interesse predominante local.

Hely Lopes MEIRELLES (2017, p. 143), em sentido semelhante, afirma que a apresentação de um elenco de assuntos de interesses local do Município seria fastidiosa e incompleta, em razão de a atividade municipal ser multifária e variável. Ainda, Menezes de ALMEIDA igualmente assevera: *“aceito como válido o critério do interesse local predominante para a fixação das competências materiais privativas dos Municípios, é natural que a maior parte dessas competências não seja enumerada na Constituição”* (2013, p. 101).

Em conclusão, o constituinte propositadamente se valeu de técnica de competência privativa legislativa explícita e material implícita que, em razão de conceito dotado de abertura conceitual (interesse local predominante), tornou-se flexível e passível de concretização pelo interprete do texto, a partir da realidade local, ou pelo próprio poder decorrente municipal de elaboração da própria lei orgânica. Destaca-se ainda que converge e fortalece a autonomia política municipal permitir que cada um defina o que é interesse predominante local.

Não significa que não tenha enunciado expressamente nenhuma competência de execução político-administrativa. Os incisos III, IV, V e VIII respectivamente vêm para atribuir poderes de instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei; criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual; organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; promover, no que

couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

Fernanda Dias Menezes de ALMEIDA (2013, p. 101), com influência de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, entende que essas previsões são desnecessárias, na medida em que já encontram disposições semelhantes em outros pontos da Constituição. Aponta que se tratam mais de normas-lembretes do que disposições tendentes a solucionar dúvidas a respeito das competências municipais.

Apesar das críticas, não é de se espantar ter o constituinte tratado mais e uma vez na Constituição o mesmo assunto, sendo tendência constante no corpo do texto constitucional a reiteração de disposições. De mais a mais, ao enunciar algumas competências, ofereceu indícios à própria compreensão do que é o assunto predominante local, não sendo tão desnecessária se observado pela ótica da hermenêutica.

Isso porque, diversas das matérias enunciadas sofrem restrições da normatividade de outras entidades estatais, principalmente no que se refere às competências de preservação da unidade por meio do planejamento que é privativamente atribuída à União. Quando atribui ao Município o poder de organizar o transporte coletivo, por exemplo, presume-se que o fará em consonância às diretrizes lançadas pela União. Ou então, quando atribui o poder de ordenar o solo urbano, o faz presumindo que não desrespeitará as diretrizes para o desenvolvimento urbano lançadas também pela União.

Em outras palavras, das competências materiais enunciadas se extrai o racional de compreensão que exclui da predominância do interesse local as competências privativas enunciadas de outros entes elaborarem normas gerais e principiológicas. Não são inconciliáveis, retornando aos exemplos, competências privativas de planejamento da União e as competências privativas materiais ou legislativas para dispor sobre o peculiar interesse municipal¹⁷.

Em relação às demais competências municipais dispostas nos incisos não enfrentados, informamos que serão objeto de análise em futuro próximo, quando tratarmos das competências concorrentes em que se entrelaçam os poderes das entidades estatais. Por ora, prosseguiremos o caminho inicialmente traçado que busca compreender os poderes exclusivos dos entes.

Passando aos Estados, observa-se que o constituinte manteve tradição antiga de demarcar o campo das competências privativas como aquelas que não se incluem nem no

¹⁷Utilizamos a terminologia peculiar interesse como sinônimo de interesse local no presente trabalho.

campo das competências exclusivas da União e dos Municípios, sejam elas explícitas ou implícitas. Por essa razão, diz-se que aos Estados coube a atribuição de poderes remanescentes, ou ainda residuais em campo restrito de atuação.

Tanto que são poucas as atribuições do constituinte de competências privativas enumeradas aos Estados, sejam elas materiais ou legislativas. Em relação a esta última, é possível destacar o poder expresso no artigo 25, § 3º de instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões, constituídas por Municípios limítrofes por meio de lei complementar. Também no mesmo sentido, destaca-se o § 4º do artigo 18 que atribui competência de criarem Municípios por lei estadual.

No que se refere às competências materiais privativas enunciadas, é possível mencionar o artigo 25, § 2º em que o constituinte houve por bem eliminar qualquer questionamento sobre matéria que poderia ensejar questionamentos sobre a predominância do interesse em jogo. É o que Menezes de ALMEIDA esclarece

Como competência material explícita, nos termos do artigo 25, § 2º, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 5/95, cabe aos Estados explorar diretamente ou mediante concessão os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei. Já se sabe ser monopólio da União a pesquisa e a lavra das jazidas de gás natural. Assim, para conciliar os arts. 177, I, e 25, § 2º, deve-se entender que a União, após pesquisar e lavar as jazidas de gás natural, que são de sua propriedade (art. 176), outorgará aos Estados a exploração dos serviços locais de gás canalizado (AFONSO DA SILVA, 1989:521). Tratando-se de serviços locais, que também interessam aos Municípios, poder-se-ia caracterizar, na espécie, uma daquelas situações em que seria difícil avaliar qual o interesse predominante, o do Município ou o do Estado, para fins de definir a competência. Encarregou-se o próprio constituinte de sopesar esses interesses, afastando a predominância do interesse municipal, com a afetação exclusiva da exploração dos serviços em tela aos Estados. (2013, p. 109)

É possível constatar que a opção do constituinte em expressamente enunciar esse poder aos Estados revela mais uma técnica de repartição de competência. Antevendo problemas decorrentes do critério da predominância do interesse, em razão da dificuldade em vislumbrar justamente de quem seria o predominante interesse, melhor atribui-la privativamente ao Estado e, por decisão política, excluir da competência das demais entidades.

De toda forma, certo é que a forma como foi feita a partilha, aos Estado pouca competência privativa restou, principalmente no campo das implícitas, resumindo-se em prerrogativas administrativas e financeiras, como aquelas atinentes ao poder de tributar signos presuntivos de riqueza cuja materialidade está constitucionalmente determinada. Ainda, não encontramos nenhuma disposição expressa sobre a competência para cuidar do comércio local, havendo no presente momento somente a certeza de que não se trata de competência privativa da União, o que nos impõe prosseguir com a análise de competência.

Ao lado deste desenho competencial que se vale de poderes privativos (materiais e legislativos) atribuídos a cada ente, de forma enumerada ou não, está uma demarcação de prerrogativas exercitáveis em conjunto, entrelaçando-se as entidades estatais naquilo que se entende por competências concorrentes, típicas do federalismo cooperativo.

No Capítulo II da divisão topográfica da Constituição de 1988, ao cuidar da União, traz nos artigos 23 e 24 (BRASIL, 1988) de forma injustificada e sem muita sistematicidade o grupo de competência compartilhada com Estados e Distrito Federal, dispondo, respectivamente, sobre as competências materiais e legislativas. Em relação ao Município, também injustificadamente, dispôs sobre sua competência concorrente no artigo 30, inciso II, quando trata da prerrogativa política de suplementar a legislação federal e estadual no que couber.

No que se refere ao inciso I do artigo 23, o constituinte conferiu a cada Pessoa Política a competência de guardar a Constituição, as leis e instituições democráticas, bem como o de conservar o patrimônio público, o que ressalta a supremacia da Constituição, o princípio democrático, bem como impõe o dever de cada ente resguardar o patrimônio público. Este último destoa um pouco das categorias elencadas vinculadas ao ordenamento jurídico propriamente dito (Constituição, leis e princípios), sendo mais próximo das demais categorias relacionadas às competências para concretização de direitos de solidariedade, o que enfrentaremos posteriormente.

Uma parte dos demais, têm vinculação com à consecução de objetivos sociais, muitos deles dispostos no artigo 6º da Constituição. Importante destacar que até o presente momento, tratamos a competência como sinônimo de prerrogativa ou poder, no entanto, quando se está defronte a algumas competências materiais comuns dispostas nos incisos do artigo 23, mais se aproximam de deveres instrumentais.

Se observado, não são meras faculdades ou privilégios comuns, sendo indesejável que a competência não seja exercida, na medida em que a abstenção por parte do Estado pode causar prejuízos à concretização de direitos fundamentais.

Perceba que quando o constituinte enuncia direitos fundamentais sociais, outorga aos indivíduos direitos a prestações sociais estatais (SARLET, 2011, p. 47). A consequência, é o nascimento de um dever de agir do Estado vinculado às competências de execução que o constituinte houve por bem atribuir a todas unidades federativas. A instrumentalidade, por sua vez, está justamente na sua fisionomia ferramental, sendo atribuída a competência pelo constituinte às Pessoas Políticas para atuarem em prol da concretização dos direitos sociais declarados no capítulo II da Constituição.

É o que se verifica da competência material comum de cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência (inciso II), umbilicalmente presa ao direito à saúde. A mesma fisionomia se identifica da competência de proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação (inciso V), ligada ao direito à educação. Igualmente, atribui aos entes a competência de fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar (inciso VIII), como forma de materializar o direito à alimentação.

No que se refere ao direito fundamental de moradia, visando sua concretização, o constituinte atribui a todas as Pessoas Políticas o dever de promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (inciso IX). Relacionado ao direito social de assistência aos desamparados, a todos é atribuído o dever de combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos (inciso X). E ainda, oferecendo ferramental para prestar aos indivíduos o direito social ao transporte seguro, confere à União, aos Estados e aos Municípios o dever-poder de estruturar e implantar política de educação para a segurança do trânsito (inciso XII).

Daí que se observa estreita vinculação entre os direitos sociais de titularidade dos indivíduos e as competências materiais comuns, o que soa racional se considerada a lógica que quanto mais Pessoas Políticas imbuídas na concretização de direitos fundamentais, maior a possibilidade de serem, realmente, concretizados.

Não somente a concretização de direitos prestacionais sociais de titularidade dos indivíduos o constituinte objetivou ao outorgar aos entes competências comuns de execução. Também em relação aos direitos transindividuais de titularidade difusa ou coletiva se visualiza a atribuição concorrente de deveres estatais, notadamente no que se refere ao patrimônio histórico-cultural e ao meio ambiente.

Em relação ao primeiro grupo, a Constituição da República expressamente em seu artigo 215 determina ao Estado o dever de garantir a todos o acesso às fontes culturais, protegendo o patrimônio cultural que seja relevante para identidade e memória que formaram a sociedade brasileira. Formulando constitucionalmente o conceito de patrimônio cultural, no dispositivo subsequente dispõe o constituinte que patrimônio cultural será aquele conjunto de bens materiais ou imateriais que façam referência à identidade, à memória das diferentes matrizes étnicas nacionais. Como exemplo, tem-se as edificações, os espaços destinados às manifestações artístico-culturais, os conjuntos urbanos e sítios de valores históricos, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico, dentre outros.

Neste dispositivo já há a atribuição da competência material do Estado, compreendido em seus três níveis, de garantir a proteção desse patrimônio público de titularidade transindividual. Não sem razão, o artigo 23, inciso III atribui às Pessoas Políticas em concurso o dever de proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos, bem como o dever de impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural (inciso IV).

E ainda no caso do patrimônio artístico, histórico e cultural, além de atribuir a competência material comum como uma contrapartida a esse direito fundamental de solidariedade, também criou prerrogativas administrativas especiais que autorizam inclusive a intervenção na propriedade privada. É o que ocorre, por exemplo, com o instituto do tombamento, expresso no artigo 216, § 1º, da Constituição da República, em que a competência para praticar referido ato interventivo é atribuída a todos os entes federativos, sendo possível, inclusive, coexistirem restrições impostas pelos três entes sobre o mesmo bem.

Em relação aos incisos VI, VII e XI, verifica-se claramente a preocupação de garantir a tutela do meio ambiente, conferindo a cada Pessoa Política o dever de protegê-lo e de combater a poluição em qualquer de suas formas, como também o de preservar as florestas, a fauna e a flora, além do dever de fiscalizar a concessão de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios.

Como assinala Menezes de ALMEIDA (2013, p. 115), não se trata de mero modismo ecológico-constitucional, sendo a tutela do meio ambiente tema de importância que transcende as fronteiras nacionais, repercutindo na vida humana no planeta. Em acréscimo, ainda, podemos destacar que além de transfronteiriço, a questão do meio ambiente é reconhecida pelo constituinte como transgeracional, o que se observa do artigo 225 que confere a todos os indivíduos e ao Poder Público defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Retomando ao inciso I do artigo 23, observa-se que guarda mais relação com essas competências relacionadas à concretização de direitos transindividuais do que com as outras competências que aparece ao lado no inciso inaugural do dispositivo. Isso porque, o patrimônio público também é dotado de certo interesse difuso, na medida em que a titularidade não é individual, cabendo ao Estado promover a gestão responsável do interesse de terceiros. Tanto o é que, assim como ocorre na defesa do meio ambiente de titularidade difusa, todo cidadão tem o poder promover a defesa do patrimônio público por meio de ação

popular, garantia fundamental individual declarada no artigo 5º, inciso LXXII, da Constituição.

Da análise realizada, duas grandes categorias de competências materiais comuns são visualizadas.

A primeira se trata da competência material comum de proteção do ordenamento jurídico, formada pelo dever de guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas. A segunda, são as competências materiais comuns de concretização, subdivididas em (i) competências materiais comuns de concretização de direitos individuais prestacionais sociais e de (ii) concretização de direitos transindividuais de solidariedade. Essa categorização será relevante em futuro breve, quando dispusermos sobre as competências econômicas.

Em relação às competências legislativas concorrentes, o constituinte explorou suas potencialidades de forma a conferir poder político às ordens parciais, sendo em grande medida, mas não somente, uma consequência das competências comuns somadas às necessidades de concretização da autonomia de cada ente. Nesse mister, deu enfoque às competências concorrentes não cumulativas, desenhadas no artigo 24 e parágrafos em adição ao artigo 30, II, todos da Constituição.

Como esclarece Menezes de ALMEIDA (2013, p. 123), as competências não cumulativas se caracterizam pela atribuição pelo constituinte ao poder central para fixação de princípio e normas gerais, cabendo às demais unidades o complemento do que foi disposto genericamente naquilo que for de seu predominante interesse. Os Estados, inclusive, enquanto não editada norma geral pela União, poderão exercer competência legislativa plena para atender às suas peculiaridades (artigo 24, § 3º).

É neste panorama que, relacionada à questão da autonomia, atribui-se a competência legislativa concorrente para dispor sobre direito tributário, financeiro, penitenciário, urbanístico e econômico (inciso I); sobre orçamento (inciso II), cada qual dispoendo sobre o seu; sobre juntas comerciais (inciso III); custas dos serviços forenses, juizados especiais, e procedimentos em matéria processual (inciso IV, IX, X); produção e consumo (inciso V); organização das polícias civis (inciso XVI).

Já relacionada às competências materiais comuns, especificamente em relação às competências de concretização de direitos transindividuais de solidariedade, atribui aos entes a competência concorrente para legislar sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição (inciso VI); proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e

paisagístico (inciso VII); responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (inciso VIII); educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação (inciso IX).

Arelada às competências de concretização de direitos individuais prestacionais sociais, é possível mencionar a competência concorrente para disporem sobre previdência social, proteção e defesa da saúde (inciso XIII); proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência (inciso XIV); assistência jurídica aos hipossuficientes (inciso XIII) e proteção à infância e à juventude (inciso XV).

Por evidente, em relação às custas dos serviços forenses e sobre criação e processos dos juizados especiais, por exemplo, não se visualiza a possibilidade concorrente do Município, na medida em que não existe um Poder Judiciário Municipal. Daí a necessidade de ter a sensibilidade em competência concorrente de compreender que o limite da concorrência está justamente no interesse do ente em disciplinar determinada matéria.

De todo esse desenho de poderes-deveres entrelaçados e exclusivos, em relação ao comércio local não obtivemos muitas respostas.

Sendo assunto de intersecção entre questões locais, urbanas e econômicas, constatamos (i) a existência de poderes privativos explícitos e implícitos, materiais e legislativos, para o Município legislar sobre assunto de interesse local; (ii) competência material privativa da União para dispor sobre o desenvolvimento urbano, competência municipal para execução dessa política de desenvolvimento urbano, competência privativa municipal para realizar a ordenação do solo, e legislativa concorrente entre todos entes para tratar de direito urbanístico; e em relação às (iii) competência econômica legislativa concorrente, e vagueza no que se refere às competências materiais (de execução).

Perceba que existe uma zona incerta no que se refere às competências urbanísticas e econômicas, o que impõe a clarificação do obscuro para o fim de identificar, ao final, a competência municipal para dispor sobre o comércio local.

2.4. Competência municipal para assuntos relacionados ao ambiente urbano

Para que entendamos como se deu a distribuição de competências urbanísticas, é importante que se investigue o que é o próprio urbanismo, para então visualizarmos em que medida se correlaciona ao comércio local. Hely Lopes MEIRELLES (2017, p. 546) ao formular o conceito faz uma composição entre as funções urbanas elementares de habitação,

trabalho, recreação e circulação, afirmando que por meio dele se busca organizá-las no espaço habitável, de forma a propiciar melhores condições de vida na comunidade.

José Afonso da Silva, partindo da Carta de Atenas, também assume posição semelhante, destacando ao final os objetivos do urbanismo:

Concebeu-se o “urbanismo”, inicialmente, como arte de embelezar a cidade. Esse conceito, porém, evoluiu no sentido social, tanto quanto evoluiu o conceito de “cidade”, que tende a expandir-se para além do perímetro urbano. Assim concebido, o “urbanismo é uma ciência, uma técnica e um arte ao mesmo tempo, cujo objetivo é a organização do espaço urbano visando ao bem-estar coletivo – através de uma legislação, de um planejamento e da execução de obras públicas que permitam o desempenho harmônico e progressivo das funções urbanas elementares: habitação, trabalho, recreação do corpo e do espírito, circulação no espaço urbano”. Essa concepção formara-se nos Congressos Internacionais de Arquitetura Moderna (CIAM), consolidando-se na famosa Carta de Atenas. Segundo a CIAM de 1928, “o urbanismo é a ordenação dos lugares e dos locais diversos que devem abrigar a vida material, sentimental e espiritual em todas as suas manifestações, individuais ou coletivas. Abarca tanto as aglomerações urbanas como os agrupamentos rurais. O urbanismo não pode estar submetido exclusivamente às regras de esteticismo gratuito. É, por sua essência mesma, de ordem funcional. As três funções fundamentais para cuja realização deve velar o urbanismo são: 1º) habitar, 2º) trabalhar, 3º) recrear-se. Seus objetivos são: a) ocupação do solo, b) organização da circulação, c) a legislação”. (SILVA, 2010b, p. 30-31).

Perceba que o urbanismo está intimamente vinculado ao objetivo constitucional disposto no artigo 182 de garantir a concretização da função social da cidade e da propriedade urbana para gerar o bem-estar dos habitantes. Vinculando-se à dignidade da pessoa humana, acaba sendo um sistema cooperação do povo, das autoridades e das Pessoas Políticas.

Não haveria sentido um mundo urbano em que somente um Município na Federação é organizado, respeitando preceitos urbanísticos, enquanto o seu contíguo é caótico, desordenado e sem compromisso os escopos da função social da cidade e propriedade urbana. Como destaca MEIRELLES, “*daí por que as normas urbanísticas hão de baixar do plano nacional ao local, numa gradação descendente de medidas gerais que se vão particularizando do âmbito federal ao estadual, e deste ao municipal*” (2017, pp. 547-548).

Justamente esta característica sistêmica da cidade e, por consequência, do urbanismo, que faz nascer um modelo competencial que relega ao Poder Central todos os assuntos urbanísticos de interesse nacional, competindo, por consequência, à União a edição de normas gerais, nos termos do artigo 24, inciso I, § 1º, bem como lançar diretrizes para o desenvolvimento urbano.

Este, por sua vez, é entendido como um plano geral de urbanismo tendente a formar um sistema harmônico, funcional e, na medida do possível, uniforme. A essa planificação, ajustar-se-ão os planos estaduais e municipais, razão pela qual deverá ser geral, sem adentrar em assuntos de predominantes interesses regional e local.

Essa norma geral, aplicada genericamente em todo território nacional, é o Estatuto de Cidade, Lei n. 10.257/2001 que regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição, estabelecendo diretrizes gerais da política urbana, regulando o uso da propriedade em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos (artigo 1º, parágrafo único, Estatuto da Cidade).

Referido estatuto, afasta a competência supletiva dos Estado-membros, na medida em que não há mais nada a suprir, nos termos do artigo 24, I, § 3º da Constituição. No entanto, por força do artigo 24, I, §2º, poderão legislar de forma complementar, pormenorizando essas normas gerais, estabelecendo, como sugere Fernanda Dias Menezes de ALMEIDA (2013, p. 136), condições de aplicação. Daí que se observa o movimento de particularização referente à disciplina urbanística, sendo prerrogativa de cada Estado-membro editar normas regionais adequadas à peculiaridade de seu território.

Os Municípios, por sua vez, acabam sendo afetados pela inerência da concorrência competencial em matéria urbanística, principalmente no que se refere à suplementação da legislação federal e estadual, no âmbito do interesse local. Disso se extrai que também poderão dispor sobre diretrizes gerais, desde que sejam atinentes à localidade e não violem legislação federal e estadual.

No entanto, não podemos esquecer do inciso I, artigo 30, que atribui às municipalidades a prerrogativa privativa legislativa explícita e material implícita para lidar com assuntos de interesse local, bem como do inciso VIII, que confere a competência privativa material explícita para o ordenamento territorial no que couber. Ainda, exerce o Município a competência material de executar a política de desenvolvimento urbano, de acordo com as diretrizes da União, nos termos do artigo 182 da Constituição.

Todo esse ferramental revela um desenho complexo da competência urbanística municipal, que combina ordens concorrentes complementares com ordens privativas de interesse local. Munido desses poderes, valendo-nos das palavras de Hely Lopes, “*o Município está habilitado a ordenar física e socialmente seu território, através do plano diretor, e a regular o uso e a ocupação do solo urbano [...]*” (MEIRELLES, 2017, p. 575).

Pelo Plano diretor, a Pessoa Política local lança normas legais e diretrizes técnicas para o desenvolvimento físico, social, econômico e administrativo da comuna. Pelo ordenamento urbano, o Município disciplina a cidade mediante a regulação edilícia, que terá o objetivo de regular o uso e ocupação do solo urbano, como também o controle das construções, para assegurar condições de habitabilidade.

Feitas essas considerações, questiona-se: o que agregam na perquirição sobre competência municipal para regulação do comércio local?

Relembremos que no início do capítulo esclarecemos que quando afirmamos ser o comércio um ambiente urbano de colisão positiva entre oferta e demanda, estamos fazendo menção não somente ao exercício de direitos, como também ao espaço físico. Nesse sentido, o comércio que ocorre na cidade, como parte do sistema urbano, é um assunto de interesse predominantemente local. Ele está dentro da vida local, impactando diretamente na qualidade de vida da população local, servindo para promoção do bem-estar da comunidade local.

Por essa razão, por meio das competências urbanísticas, poderá o Município disciplinar o comércio, o que visualizamos de forma clara na regulamentação edilícia, tanto no sentido tradicional de limitar a propriedade em razão de segurança, higiene, estética, saúde, dentre outros; quanto para ordenar a cidade de forma a torná-la mais funcional.

No primeiro caso, imagine hipoteticamente a situação em que se proíba a instituição de postos de revenda de combustível próximos às escolas, em razão de segurança. Ou ainda, para garantir o sossego público, proíba o comércio local de funcionar aos sábados após as 12 horas. Ambas, têm como fundamento o bem-estar da coletividade, valendo-se o Município das competências urbanísticas para regular o comércio local.

No segundo, como forma de tornar o abastecimento das moradias com produtos de importância primária mais eficiente, o Município crie zonas de comércio varejista ao lado das zonas residenciais, otimizando o acesso da população local. Em sentido semelhante, Hely Lopes discorre sobre referidas zonas:

As zonas comerciais são as destinadas ao comércio varejista e atacadista, sendo conveniente que aquele permaneça nas proximidades das áreas residenciais ou, mesmo, em determinados setores destas, para abastecimento das moradias, e o outro – o atacadista – fora e recuado dos bairros de habitação, pelos inconvenientes que oferece em razão do transporte a granel, com tráfego pesado, constante e ruidoso. Por isso, tais zonas devem situar-se na periferia da cidade, próximas das rodovias e ferrovias, que favorecem suas atividades. (MEIRELLES, 2017, p. 594)

Em conclusão parcial, da análise das competências de interesse local somadas às prerrogativas para influxos na ordem urbanística, decorre a possibilidade de o Município regular o espaço físico onde ocorrem as trocas, naquilo que fixamos por definição ser o ambiente urbano de encontro entre oferta e demanda.

Ocorre que, como desde o início acentuamos, o comércio local não é somente assunto local e nem urbanístico, tratando-se também de questão econômica que envolve o exercício de direitos econômicos como a livre iniciativa e livre concorrência. Imagine a situação em que seja competência privativa da União disciplinar a concorrência comercial e a livre iniciativa no território brasileiro. Nesse caso, poderia o Município impedir que determinado

estabelecimento comercial se instalasse em determinada área no exercício de sua competência urbanística? Ou estaríamos diante de uma usurpação de competência, pois a disciplina do solo não poderia restringir direitos econômicos somente tocados pelo Poder Central?

Por essa razão, antes de assumirmos conclusões precipitadas, é imprescindível compreendermos como se deu a partilha das competências econômicas, ainda mais diante da vagueza no que se refere às competências materiais.

2.5. Competência municipal para disciplinar assuntos econômicos

A correlação entre comércio e regulação não é inaugural no presente trabalho, uma vez que quando imbuídos na missão de identificar a definição de seu conceito real, acabamos por passar pelas Constituições anteriores à vigente, analisando o reflexo da política econômica formulação da Carta. Foi quando vimos surgir pela primeira vez na Constituição de 1934 a expressão ordem econômica, compreendida como uma parcela da ordem jurídica que reflete as concepções econômicas existentes no mundo do ser no ato constitutivo do Estado.

Esse esclarecimento é importante, pois, o fato de ter surgido somente em 1934 a ideia de uma ordem econômica não significa que no mundo do ser ela já não existisse anteriormente. Até mesmo porque, é difícil conceber uma ordem social global sem que uma das instâncias, ordens parciais, não seja econômica.

Ocorre que nas Constituições anteriores, ditas liberais, não havia a necessidade de dispor de forma explícita sobre normas de ordem econômica. Para o desenho da ordem econômica liberal, bastava garantir a propriedade privada e a liberdade contratual¹⁸.

Diferentemente, e neste momento já em galope nos referindo ao ordenamento vigente, a realidade do mundo econômico do ser refletiu na Constituição de 1988 que sedimentou um modelo econômico de bem-estar, desenhado desde os artigos 1º e 3º, até no que dispõe o artigo 170 e seguintes, adotando um Estado nitidamente interventor.

Dai a necessidade de disciplinar uma ordem econômica - ordem jurídica parcial que traz os fundamentos e princípios do processo econômico -, hábil a garantir o capitalismo compromissado, ao menos em tese, com a concretização de direitos fundamentais.

Eros GRAU (2011, p. 124), na já mencionada obra *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, atenta para o duplo caráter do direito em um Estado de Bem-Estar, na medida

¹⁸Nesse sentido, Eros GRAU: “As Constituições liberais não necessitavam, no seu nível (delas, Constituições liberais), dispor, explicitamente, normas que compusessem uma ordem econômica constitucional. A ordem econômica existente no mundo do ser não merecia reparos. Assim, bastava o que definido, constitucionalmente, em relação à propriedade privada e à liberdade contratual, ao quanto, não obstante, acrescentava-se umas poucas outras disposições veiculadas no nível infraconstitucional, confirmadoras do capitalismo concorrencial, para que tivesse composta a normatividade da ordem econômica liberal” (2018, p. 69).

em que de um lado organiza a economia de mercado, por meio de formas jurídicas (propriedade-contratos), e de outro passa a ser também instrumento que se utiliza para influir nos processos econômicos.

Justamente dessa segunda característica instrumental nasce a necessidade de a Constituição ser expressa em estabelecer uma ordem intervencionista. É neste panorama que se visualiza a conformação de princípios capitalistas e liberais ao lado de princípios voltados à concretização de objetivos constitucionais.

Não sem razão, ao lado da livre iniciativa, livre concorrência, propriedade privada, estão a valorização do trabalho humano, a função social da propriedade, a defesa do consumidor e do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca pelo pleno emprego e o tratamento favorecido às pequenas e microempresas.

O Estado brasileiro, portanto, pode intervir no domínio econômico, direta ou indiretamente, no atual modelo inaugurado pela Constituição de 1988, sendo indispensável a nós verificarmos se essa prerrogativa é comum ou exclusiva de entes determinados. Isso porque, a intervenção ou não decorrerá também de uma possibilidade competencial desenhada pelo constituinte de forma diferente na Constituição, deslocada dos dispositivos-padrão que escolheu partilhar a competência entre os entes.

Para tanto, com o fito de identificar a dinâmica de prerrogativas econômicas atribuídas às unidades federadas, relevante a categorização de Eros GRAU (2018, p. 141) em três modalidades interventivas, quais sejam: (i) a intervenção por absorção ou participação; (ii) a intervenção por direção; e (iii) a intervenção por indução.

Sobre a primeira modalidade, explica: *“No primeiro caso, o Estado intervém no domínio econômico, isto é, no campo da atividade econômica em sentido estrito. Desenvolve ação, então como agente (sujeito) econômico”* (GRAU, 2018, p. 141). Esclarece que quando intervém por absorção, assume-se integralmente o controle de determinado setor em regime de monopólio, retirando totalmente da iniciativa privada uma atividade que era de sua titularidade.

Diante do modelo econômico adotado, que preza pelos processos capitalistas, natural que não seja uma modalidade comum no ordenamento brasileiro. Existem, portanto, hipóteses bem delimitadas de monopólio, como aquelas dispostas em grande parte no artigo 177, em que se atribui à União a competência material privativa econômica de intervenção por absorção de setores relacionados ao petróleo, gás natural, hidrocarbonetos, e minérios nucleares.

Ainda dentro da primeira categoria, visualiza-se a intervenção por absorção parcial, em que o Estado participa do processo econômico em competição com os agentes econômicos privados. Essa situação ocorre quando explora diretamente a atividade econômica como se particular fosse, por meio de empresas estatais criadas quando necessário aos imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo.

Essa modalidade está disposta no artigo 173 que enuncia as hipóteses em aparente atribuição comum de competência econômica a todos os entes, na medida em que se vale do conceito genérico Estado que, no modelo brasileiro, pressupõe a União, o Estado-membro e o Município.

Ao dispor sobre a norma insculpida no dispositivo mencionado, Eros GRAU destaca que enuncia *“as hipóteses nas quais é permitida ao Estado a exploração direta de atividade econômica. Trata-se, aqui, de atuação do Estado- isto é, da União, do Estado-membro e do Município – como agente econômico, em área da titularidade do setor privado”* (2018, p. 101).

Isso significa que, em conformidade com estudiosos do direito econômico, poderá o poder local explorar a atividade econômica diretamente, autorizando a criação de empresa estatal para comercialização de bens no mercado local, haja vista a existência de permissivo constitucional que aponta nesse sentido (artigo 173, § 1º).

A nós, cumpre somente uma ressalva.

De fato, quando o Constituinte se vale do termo Estado acaba nos remeter a todos os entes da federação, no entanto o princípio da subsidiariedade não nos permite admitir que a exploração direta é competência material comum com tanta certeza quanto autorizada doutrina. Primeiramente, sempre haverá subordinação de qualquer estatal ao estatuto das empresas estatais, lei nacional que dispõe sobre empresas públicas e sociedade de economia mista no âmbito dos três níveis federativos (Lei n. 13.303/2016).

Demais disso, apesar de tratar genericamente de Estado, o artigo 173 estabelece o caráter subsidiário com que poderá intervir diretamente no processo econômico, determinando duas estritas hipóteses de cabimento, uma em decorrência da segurança nacional e outra de relevante interesse coletivo.

Na primeira, a natureza da hipótese de criação confere à União a prerrogativa exclusiva de participar por meio empresas estatais, na medida em que a segurança nacional é assunto de predominante interesse do Poder Central. Nesse passo, não nos parece que Estados-membros e Municípios poderão participar por meio da criação de estatais alegando segurança nacional, por não ser de seu predominante interesse.

Na segunda, o Constituinte se valeu de hipótese mais aberta relacionada ao relevante interesse coletivo, que poderá variar entre os níveis federativos conforme o interesse coletivo nacional, regional e local, tratando-se de competência comum dos entes para intervenção por participação somente neste caso.

Em conclusão, a competência material econômica de intervenção por participação em decorrência de imperativo de segurança nacional é privativa da União, enquanto a competência material econômica de intervenção por participação em decorrência de relevante interesse coletivo é comum, variando a depender do nível federativo. Destaca-se ainda que da competência material para intervenção direta, decorre a competência legislativa para criar lei que autoriza a criação de estatal.

Na segunda e terceira modalidades, o Estado não intervém na economia, explorando diretamente a atividade econômica em sentido estrito. Diferentemente, intervém sobre a economia, indiretamente, como regulador.

Quando intervém por direção, o Estado exerce pressão sobre a economia por meio de normas de comportamento compulsório que têm como destinatário os sujeitos da atividade econômica em sentido estrito, como quando controla preços. Já quando intervém por indução, a norma é utilizada como estímulos ao agente econômico para assumir determinada postura. É o que nos esclarece Eros Grau:

No caso das normas de intervenção por direção estamos diante de comandos imperativos, dotados de cogência, impositivos de certos comportamentos a serem necessariamente cumpridos pelos agentes que atuam no campo da atividade econômica em sentido estrito – inclusive pelas próprias empresas estatais que a exploram. Norma típica de intervenção por direção é a que instrumenta controle de preços, para tabela-los ou congelá-los.

No caso das normas de intervenção por indução defrontamo-nos com preceitos que, embora prescritivos (deônticos), não são dotados da mesma carga de cogência que afeta as normas de intervenção por direção. Trata-se de normas dispositivas. Não, contudo, no sentido de suprir a vontade dos seus destinatários, porém, a dicção de Modesto Carvalhosa, no de “levá-lo a uma opção econômica de interesse coletivo e social que transcende os limites do querer individual”. Nelas, a sanção, tradicionalmente manifestada como comando, é substituída pelo expediente do convite – ou como averba Washington Peluso Albino de Souza – de “incitação, dos estímulos, dos incentivos, de toda ordem, oferecidos, pela lei, a quem participe de determinada atividade de interesse geral e patrocinada, ou não, pelo Estado”. Ao destinatário da norma resta aberta a alternativa de não se deixar por ela seduzir, deixando de aderir à prescrição nela veiculada. Se adesão a ela manifestar, no entanto, resultará juridicamente vinculado por prescrições que correspondem aos benefícios usufruídos em decorrência dessa adesão. Penetramos, aí, o universo do Direito premial. (GRAU, 2018, pp. 141-142)

De toda forma, observa-se que em ambas as categorias se visualiza um comportamento de produção normativa do Estado, o que pressupõe competências de execução e legislativa.

Nesse sentido, o artigo 174 preconiza que o Estado como agente regulador e normativo intervirá no domínio econômico, fiscalizando por consequência o cumprimento ou não de suas ordens ao agente econômico. Como também procedeu no artigo 173, o Constituinte houve por bem se valer do gênero Estado, o que nos vetoriza à compreensão de que se trata de competência comum exercida por todas as unidades federativas.

Esse sentimento é convalidado pelo artigo 24, inciso I que estabelece a competência legislativa concorrente para dispor sobre direito econômico. Demais disso, a regulação da atividade econômica também tem fisionomia próxima às prerrogativas legislativas que categorizamos como de concretização de direitos transindividuais de solidariedade, na medida em que a titularidade do mercado é difusa e seus princípios apontam para direitos de solidariedade, como a defesa do meio ambiente, do consumidor, a função social da propriedade, a busca pelo pleno emprego.

Eros GRAU parece convergir com o entendimento de que se trata a intervenção por direção e indução de competência material comum, na medida em que, para ele, *“do exame da regra se verifica que o Estado – União, Estados-membros e Municípios – há de atuar dispondo sobre e regulando a atividade econômica”* (2018, p. 298).

Também Giovani CLARK desenha o quadro competencial que autoriza a intervenção do Município na atividade econômica em sentido estrito, afirmando que *“não restam dúvidas quanto à competência municipal para a ação econômica, estipulada, principalmente, nos artigos 23, 23 incisos I e V, 30 e 170 a 191 da CF”* (2001, p. 175). Prossegue o autor arrematando que retiradas as competências privativas da União e dos Estados-membros, *“o Município tem o poder/dever de agir legislativa e administrativamente no âmbito econômico”* (CLARK, 2001, p. 175).

E nem há que se argumentar de possível competência privativa da União decorrente do artigo 174, § 1º, da Constituição, posto que, de forma semelhante ao que fez com os assuntos urbanísticos, a norma dispõe sobre a competência da União de estabelecer as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado. Daí que em matéria de política econômica, deverá o Município respeitar os planos nacionais e regionais, o que não significa vedação para disciplina de assuntos econômicos de interesse local. Em razão do caráter de norma geral, Eros GRAU (2018, p. 144) sequer o considera uma modalidade interventiva, sendo mais um método de sistematização racional da política econômica nacional, para que as próprias medidas regulatórias sejam tomadas de forma planejada.

Como exemplo de possível intervenção municipal por direção, é possível mencionar o próprio modelo regulatório incidente sobre o serviço de transporte individual de passageiro.

Acredita-se relevante a ilustração, em razão de referido serviço estar legalmente inserido dentro da atividade econômica em sentido estrito, na medida em que é expressa a lei nacional ao afirmar que se trata de serviço privado de utilidade pública (MARRARA, 2015, pp. 120-136).

Em relação ao quadro regulatório inaugurado pela Política Nacional de Mobilidade Urbana instituída pela Lei n. 12.587/2012, Thiago MARRARA (2016, pp. 1049-1063) destaca que a norma geral em seu artigo 12 atribui aos Municípios o dever inafastável de regular a qualidade e o preço desses serviços, e no artigo 12-A a faculdade de o poder local controlar a entrada de novos agentes mediante requisitos de previamente estabelecidos em polícia liberatória.

Isso significa, para atuar dentro do espaço formal de referida atividade econômica em sentido estrito, o agente deverá se submeter com possíveis controles incidentes sobre a livre iniciativa, além de estar restrito ao tabelamento de preço e à fiscalização municipal da qualidade. Perceba que é categórico o legislador ao criar o dever de o poder local intervir por direção mediante controle de preços. O racional da intervenção não é sem propósito, tendo em vista a necessidade de o Estado garantir o mínimo de segurança, conferir proteção econômica, controlar o fluxo da cidade, dentre outras preocupações subjacentes que justificam a regulação econômica.

Nesse sentido, importante o estudo de Luiz Alberto ESTEVES (2015, p. 338) que relaciona as falhas de mercado que motivam a intervenção nesse setor. Para o economista, existe (i) um imperativo de segurança pública que envolve a proteção física dos consumidores, implicando em padrões mínimos para os veículos; como também um imperativo de (ii) proteção econômica aos consumidores, prevenindo por meio do tabelamento de preços que sofram prejuízos em situações de barganha desproporcionalmente desvantajosa; além da necessidade de controle municipal sobre (iii) a circulação na cidade, evitando maiores congestionamentos nos centros urbanos. É o caso, por exemplo, da situação em que impõe aos agentes econômicos que operem por meio de pontos fixos¹⁹, evitando a circulação desnecessária, prejudicial ao fluxo e ao meio ambiente.

¹⁹O serviço de táxi é prestado, geralmente, em três segmentos. O segmento de pontos fixos, em que os taxistas aguardam os interessados, conhecido por taxi *rank*. O segmento tradicional de rua, em que os taxistas circulam na cidade na procura de passageiros, conhecido como *hailing*. E o segmento de solicitação remota, em que o passageiro entra em contato com o taxista por meio de tecnologias de comunicação, telefone, aplicativos, conhecido como *pre-booking*, *taxi-booking*, ou *phone-booking*. Nesse sentido, cf. ESTEVES, Luís Alberto. *Uber: o mercado de transporte individual de passageiros – regulação, externalidades e equilíbrio urbano*. In: Revista de Direito Administrativo, v. 270. São Paulo: Editora FGV, Setembro/Dezembro 2015, p. 338; e também MARRARA, Thiago. *Serviços de taxi: aspectos jurídicos controvertidos e modelos regulatórios*. Revista de Direito da Cidade, v. 8, n. 3, 2016, p. 1055.

Da ilustração, é possível constatar que o Município poderá intervir por direção, no intuito de sanar falhas do mercado, como assimetria de informação e fluxo prejudicial artificial dos preços, como também para garantir o bom convívio no homem na comunidade, concretizando funções sociais como a circulação, o sossego, dentre outros.

A intervenção por indução também é plenamente possível de ser realizada pelo ente municipal que, no intuito de aumentar seu parque industrial, poderá implementar obras e serviços públicos em determinadas localidades, atraindo a atividade econômica em sentido estrito. Ou também por meio de lei, induzindo comportamentos econômicos a partir de sanções premiais ou negativas, como isenções tributárias ou incentivos fiscais.

Da análise da partilha econômica de competências, é possível concluir que o constituinte também utilizou a técnica e competências concorrentes e comuns, cabendo à União estabelecer normas gerais, principiológicas, e planos nacionais de desenvolvimento. Aos demais entes, concorrentemente poderão legislar a respeito, estabelecendo também planos regionais e locais, adequados a tessitura dos Estados e Municípios, mas sem desprezar as normas gerais advindas da União.

Em relação à competência material comum, ventila-se somente a exclusividade de intervenção da União por participação no domínio econômico nos casos de imperativo de segurança nacional, bem como algumas atribuições monopolísticas estabelecidas em grande parte no artigo 177 da Constituição. Já o restante se vislumbra competência comum, podendo todas as unidades federativas se valer de instrumentos para intervenção na economia por participação em decorrência de relevante interesse coletivo, intervenção sobre a economia por direção e por indução.

Disso, concluímos que o Município é autorizado a regular a economia local, valendo-se dos instrumentos normativos seja por via indutiva seja por via diretiva, sempre com o escopo de promover o bem-estar à comunidade local.

2.6. Conclusão do capítulo: a competência municipal para regulação do comércio local

No início do capítulo foi constatado que o assunto referente ao comércio local envolve o eixo de intersecção entre as questões de interesse local, urbanísticas e econômicas, razão pela qual se tornou tarefa indispensável a verificação competencial do Município nessas três searas distintas. Decorreu essa necessidade da própria formulação de que se trata de atividade econômica de troca materializada por formas jurídicas, ocorridas no ambiente urbano de encontro entre oferta e demanda.

Foi neste mister que começamos a análise a partir da análise do federalismo brasileiro de forma ampla, estudando as competências materiais e legislativas, partindo das privativas e partindo para as prerrogativas entrelaçadas típicas das competências comuns e concorrentes. Disso extraímos que o Município detém competência privativa material implícita e legislativa explícita para cuidar de assuntos referentes ao interesse local, o que afasta a ingerência de outras unidades federativas quando se está diante de questão afeta à vida da população local. O primeiro pressuposto, portanto, foi satisfeito.

Passando para questões de competência urbanística, concluímos também pela existência de um ferramental complexo que combina prerrogativas concorrentes com privativas de interesse local, atuando naquela hipótese complementarmente às disposições da União e dos Estados, e nesta privativamente para assuntos referentes à ordenação do solo, como a regulamentação edilícia. Nos termos do artigo 30, inciso VIII, da Carta Política, trata-se esta última de competência material privativa dos Municípios.

Por fim, fechando o tripé competencial necessário para regulação do comércio local, analisamos as competências econômicas, deslocada topograficamente na Constituição das demais. Foi quando constatamos que, no que se refere à regulação, concluímos pela expressa possibilidade de intervir por direção, impondo condutas aos agentes econômicos locais, em decorrência da competência material comum e legislativa concorrente para dispor sobre a economia local.

O resultado dessa conformação é a autorização do Constituinte conferida ao Município para regular o comércio local, por se trata de assunto de interesse local, podendo se valer de normas interventivas diretivas, inclusive de natureza urbanística, para propiciar à população local melhores condições de vida.

Nesse sentido, ousamos ainda afirmar que, a despeito do entrelaçamento dos entes em questões econômico-urbanísticas, no que tange ao comércio local a competência municipal é privativa material implícita. Atestamos isso com dois fundamentos: um deles, a partir de uma interpretação das competências privativas da União, e outro em razão de a função social do comércio intimamente vinculada à vida local.

No primeiro caso, temos que o constituinte houve por bem atribuir privativamente à União a competência para legislar sobre comércio exterior e interestadual, em razão da predominância do interesse nacional nesses assuntos que ultrapassam os limites federativos dos Estados-membros, dos Municípios, e até mesmo as fronteiras soberanas do Estado federal.

Mutatis mutandis, se o comércio for intramunicipal, verifica-se a predominância do interesse local, o que exclui por consequência o interesse regional e nacional. Nesse contexto, aplicando-se a mesma fórmula, a partir de uma interpretação sistemática do artigo 22, VIII, e do artigo 30, I, ambos da Constituição de 1988, norteadas pelo critério da predominância do interesse, a competência para disciplinar o comércio local será do Município e também será privativa.

A outra razão é vinculada à função social do comércio, diretamente ligada à vida local.

Por vezes, no direito nos valem da função social como uma categoria abstrata de conceito aberto, utilizada irrefletidamente para revestir possível interesse egoístico reprovável de legitimidade.

É o que ocorre, muitas vezes, a utilização da função social da empresa ou do contrato, institutos de direito privado vinculados a interesses pessoais, mas que tem uma satisfação coletiva. Não pretendemos apontar, no presente estudo, para função social somente como uma categoria discursiva.

Quando Luciano de Camargo PENTEADO (2012, p. 194) cuida da utilização da função no direito, bem nos direciona para os modelos matemáticos, em que a função pressupõe um tipo especial de relação em que para cada elemento de um conjunto dos elementos de partida, existe um outro elemento em outro conjunto a ele relacionado. Destaca, na sequência que

Em direito, apontar para a função de certos institutos ou situações jurídicas nada mais seria do que afirmar que a sua configuração normativa apresenta uma destinação extrínseca a ser observada e obedecida, ainda que configure de modo diverso a própria situação jurídica a partir de dentro. Em outras palavras, os elementos do direito não são autossuficientes sempre, podendo desempenhar papéis que o próprio sistema jurídico, o sistema econômico, ou ainda o social desenham para eles. Na hipótese de haver um desvio destes objetivos, poder haver diferentes mecanismos de correção de rota ou objetivo, numa tentativa de retorno ao caminho traçado. (PENTEADO, 2012, pp. 194-195)

A propriedade, por exemplo, guarda uma relação de referência com os fins sociais externos a ela. Existe, portanto, uma relação especial entre a propriedade, inserida dentro de um conjunto de interesses individuais, e, por exemplo, a moradia digna, disposta no conjunto de interesses sociais.

Dessa relação especial, que liga a propriedade a um direito social, decorre a função social da propriedade, pela qual deve o direito ser exercido dentro do interesse individual, mas em concorrência conjuntiva ao interesse social. Não é mera coincidência, portanto, identificarmos na própria catalogação do artigo 6º da Constituição o elemento a que está especialmente vinculada a propriedade.

No comércio local, visualiza-se algo semelhante.

É um fenômeno caracterizado pela sua face individual, na medida em que decorre da dinâmica entre propriedade e liberdade de contratar. Com esse raciocínio, é possível inseri-lo também no conjunto de elementos atinentes aos interesses individuais. No entanto, uma vez disposto no ambiente urbano, deixará de ser orientado somente por interesses, na medida que está especialmente relacionado à função de abastecimento da população local com produtos essenciais e supérfluos.

Daí a função social do comércio, elemento esse disposto no conjunto de interesses individuais, mas estreitamente vinculado ao abastecimento da população local, elemento inserto no conjunto de interesses sociais.

Hely Lopes MEIRELLES (2017, p. 478), ao cuidar dessa função de abastecimento, destaca que a administração e controle direto são questões de interesse local, privativo do Município, merecendo o funcionamento dos mercados cuidadosa regulamentação municipal, para que não se converta em mera fonte de especulação sem geração de bem-estar local.

Aponta que os supermercados ou hipermercados, por exemplo, apesar de estabelecimentos comerciais particulares, deverão se sujeitar à regulamentação e controle específicos do Município, em razão das profundas implicações na vida local desenvolvida nas cidades.

Daí a necessidade da ordenação de seu funcionamento de acordo com os interesses e as peculiaridades locais. Obviamente, o Município não irá regular a atividade econômica desses centros de venda, mas, sim sua operacionalidade no que se relaciona com a segurança do público, a higiene na exposição dos produtos, os dias e horários de abertura e fechamento, sujeitando-os a licenciamento prévio e especial e a permanente fiscalização da Prefeitura. (MEIRELLES, 2017, p. 480)

Em nossa compreensão, merece somente retoque a afirmação de que o Município não regulará a atividade econômica ao gerir a operacionalidade de centros de compra. Independentemente se a natureza da medida é urbanística, tendente a regulamentar o solo ou garantir o sossego da população local, sempre que o Município tocar no comércio local estará regulando também a atividade econômica, posto que se trata de assunto disposto na intersecção das três temáticas, como apontamos por meio do diagrama no início do capítulo.

Perceba, por exemplo, que se estabelecer um zoneamento que proíbe o comércio varejista ao em determinada região, estará intervindo por direção sobre a livre iniciativa do particular deixará de e escolher a região proibida para instalar o seu negócio, por mais que seja o melhor lugar para seu empreendimento. Se proibir a instalação de posto de gasolina ao lado de escola em razão de segurança, também por direção estará intervindo no processo

econômico, moldurando alguns direitos capitalistas às necessidades e imposições da vida local na cidade.

De toda forma, a partir do exemplo do supermercado, somado à análise anterior sobre competências urbanísticas em que foi destacada a necessidade de organizar os espaços habitáveis para boa convivência da comunidade, é possível observar que a função social do abastecimento não se exaure com a simples disponibilização dos produtos. É indispensável que seja realizada qualitativamente, sem gerar riscos à saúde, segurança, sossego, higiene da população local.

Por essas razões, em razão da predominância do interesse local, conclui-se que não somente tem o Município competência para dispor sobre esse assunto, como também se trata de competência privativa do ente local.

Demais disso, e dessa forma encerrando nossas considerações sobre a competência para dispor sobre comércio local, importante destacar que dentro do esquema federativo, as competências privativas enunciadas pelo constituinte excluem as competências privativas implícitas. No caso, muito embora seja o comércio local competência privativa dos Municípios, existem subtrações parciais realizadas em razão o interesse nacional predominante em controlar a produção e circulação de alguns produtos. É o que ocorre com o comércio de material bélico e minério nuclear (artigo 21, incisos VI e XXIII).

A constatação de uma competência privativa do Município para regulação do comércio local acendeu a luz de alerta ainda para outros questionamentos.

Como foi constatado, essa intervenção local no livre ambiente do comércio não poderá ser despropositada, devendo existir uma razão para que promova a regulação, aparentemente vinculada a questões de bem-estar da população local, como higiene, sossego, dentre outros. Isso porque, a ausência de uma finalidade a ser alcançada poderá desvirtuar a própria natureza da intervenção estatal em terrenos privados.

Dessa situação, exsurge dúvida referente aos próprios limites entre a livre iniciativa e a regulação do comércio local, até que ponto o Município pode obrigar e influenciar nessa zona econômica, fundamentalmente livre e capitalista. Partindo a possibilidade lançada por Hely Lopes em seu exemplo, se pode dispor sobre abertura e fechamento, em razão da função social de abastecimento local, poderia obrigar um comerciante a manter suas portas abertas em período que não pretende? Ou ainda, poderia obrigar comerciantes determinados a fecharem suas portas em um período determinado do dia, enquanto permite que outros fiquem abertos? Se sim, não estaria violando a livre concorrência?

Além disso, as prerrogativas regulatórias do comércio envolvem uma convergência relativamente complexa de competências, criando riscos aparente de colisão de competências entre medidas regulatórias municipais, estaduais e federais. A princípio prevaleceria as municipais, no entanto, partindo ainda do próprio exemplo do supermercado apresentado por Hely Lopes Meirelles, imagine que o poder local discipline o horário de abertura e fechamento de estabelecimentos com a finalidade de garantir o sossego público da localidade. Apesar da razão de intervenção ser legítima, não estaria se tocando em assuntos atinentes ao contrato de trabalho, de competência privativa da União?

São essas dúvidas sobre como se articula e se executa essa competência material que nos motivou a prosseguir com a perquirição a partir de uma investigação das posições do Supremo Tribunal Federal quando provocado a se manifestar a respeito de lei municipal, máximo expoente da intervenção diretiva, e o comércio, cujos resultados e conclusões seguem a seguir apresentados.

CAPÍTULO 3 – A REGULAÇÃO MUNICIPAL DO COMÉRCIO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: PRIMEIROS TRAÇOS DE UMA TEORIA GERAL

3.1. Notas de esclarecimentos sobre o caminho metodológico

Conforme observamos no capítulo anterior, ao Município, enquanto entidade estatal, é possibilitado intervir no processo econômico. Essa competência, somada a possibilidade de concorrentemente dispor sobre questões urbanísticas, além da primazia que tem para cuidar de assuntos de predominante interesse local, fazem com que tenha vocação regulatória para o comércio.

No entanto, é cediço que jamais poderá intervir sem finalidade alguma, na medida em que o fundamento primário desse ambiente será a liberdade de iniciativa, como preceitua os princípios da ordem econômica da Constituição de 1988. Daí que para ingerir nesse ambiente urbano de oferta e demanda, algum objetivo funcional ou constitucional deverá ter o Município. E mais, essa finalidade necessariamente deverá estar vinculada ao interesse local por força do vetor operativo disposto no artigo 30, inciso I (BRASIL, 1988).

Nesse contexto, tratando-se de tema cuja centralidade remete para regulação do comércio local, e considerando que todo o quadro normativo regulatório no Brasil primeiramente dependerá das normas constitucionais (ARAGÃO, 2014, p. 228), relevante se apresenta avaliar o modo como o Supremo Tribunal Federal a enfrenta. Até mesmo porque,

todo complexo desenho competencial tende a gerar questionamentos que somente o Poder Judiciário, por meio de sua Corte Constitucional, é capaz de responder.

Nessa esteira, coletamos os materiais que serão analisados em sede de pesquisa jurisprudencial, no caso, os documentos digitais extraídos do sítio do Supremo Tribunal Federal, após pesquisa com a expressão booleana “Lei Municipal E Comércio”.

A título de esclarecimento do porquê da escolha dessas duas expressões em adição, válido relembrar o que vimos alhures quando esclarecemos que o Estado, e neste conceito político-constitucional brasileiro inserido o Município, poderá explorar diretamente a atividade econômica, promover o incentivo, ou ainda ser agente normativo e regulador. Em resumo, o Texto Constitucional possibilita ao Estado exercer três funções interventivas dentro da ordem econômica: de empresário, de regulador e de fomentador.

O Estado-empresário se manifesta por meio de normas que absorvem determinado setor da economia, total ou parcialmente. No primeiro caso, o faz por meio de normas constitucionais que instituem monopólios públicos. No segundo, quando necessário ao imperativo de segurança nacional ou por relevante interesse coletivo, mediante a criação de empresas estatais que participarão no mercado em igualdade com os outros agentes econômicos privados. O Estado-fomentador, diferentemente do caso anterior, induz o comportamento dos agentes por meio de mecanismos de incentivo, como sanções premiais ou punitivas. O Estado-regulador, por sua vez, não atua diretamente no mercado e nem induz comportamento, ele impõe condutas aos agentes econômicos por meio de normas (NUSDEO, 2013, pp. 197-198).

Essas modalidades, como vimos, foram anteriormente identificadas por Eros GRAU (2018, p. 141), que classifica a intervenção no domínio econômico em (i) por absorção ou participação, (ii) por indução; e (iii) por direção. Entende que o Estado age por participação ou absorção quando detém o controle parcial ou total dos meios de produção; age por indução quando manipula o comportamento dos agentes por meio de mecanismos estatais, incentivando ou inibindo condutas; e age por direção quando por meio de normas de comportamento compulsório estabelece qual conduta deve ser adotada pelo agente econômico.

Quando tratamos da regulação do comércio estamos lidando com o Município intervindo diretamente sobre o ambiente urbano de encontro entre oferta e demanda, impondo condutas aos agentes econômicos envolvidos. Por essa razão, exclui-se do conceito de regulação, como acentua ARAGÃO, “a atividade direta do Estado como produtor de bens ou serviços e como fomentador das atividades econômicas privadas, que, junto com a

regulação, constituem espécies do gênero da intervenção do Estado na Economia (2011, p. 1035).

Basta que retomemos o exemplo dado anteriormente, no início do capítulo 2, quando afirmamos a possibilidade de a municipalidade intervir no próprio espaço geográfico que configura o comércio, por meio de zoneamento. Nesse caso, não há uma indução ou um Município-empresário, e sim uma ordem que direciona na cidade o local onde os comerciantes deverão se instalar.

Por essa razão nos valem da lei, tendo em vista se tratar de mecanismo de estabelecimento de comportamento compulsório dotado de legitimidade democrática, que tende a não trazer consigo questões paralelas que poderiam criar obstáculos à compreensão dos acórdãos.

Explico.

Muito embora exista a possibilidade de o Município se valer de outros instrumentos de direção, principalmente decorrente de poderes administrativos, no que se refere à lei as discussões irão recair sobre a possibilidade de o Município regular ou não o comércio, e não sobre problemáticas como abuso de poderes administrativos. Demais disso, a própria atividade administrativa também dependerá de uma lei anterior que a fundamente, sendo o princípio da legalidade na atual ordem constitucional a regra de ouro para atuação Administração Pública, como se depreende do artigo 37 da Constituição.

Feitos esses esclarecimentos, voltemos à apresentação do método.

Como resultado dessa pesquisa, foram encontradas 162 decisões que compuseram a amostragem inicial para desenvolvimento da pesquisa, dispostas em ementário. Ato contínuo, foram sumariamente excluídos os resultados falsos positivo²⁰ mais grosseiro, desprovidos de pertinência temática, por envolver assuntos atinentes ao direito tributário, à responsabilidade civil (danos morais), e a irregularidades em processos de licitação. Como resultado, foram subtraídas 127 decisões, permanecendo ainda 35 decisões proferidas com pertinência temática.

Dessa amostragem líquida remanescente, 19 decisões encontradas são anteriores à égide da Constituição de 1988, razão pela qual poderiam ser descartadas. No entanto, tratando-se de análise qualitativa que busca identificar pressupostos e limites para regulação do comércio local, os fundamentos de decidir expressos em decisões proferidas em

²⁰Consideramos “falso positivo” todas as decisões que foram encontradas na pesquisa e aparentemente estavam relacionadas à expressão booleana utilizada, mas que, após análise da informação contida no documento, não tinham conexão com o objeto central estudado.

julgamentos anteriores à nova ordem constitucional podem trazer elementos passíveis de serem considerados.

Ainda mais diante da mera alteração de nomenclatura atinente ao vetor interpretativo de assuntos municipais que de peculiar interesse passou a se apresentar como interesse local, essencialmente se referindo ambos ao mesmo conceito.

Em relação às decisões posteriores à 1988, desde já destacamos que deixaremos de enfrentar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 330.213-2 – Rio Grande do Sul, não por falta de pertinência temática, critério de exclusão dos falsos-positivos, e sim por irrelevância do voto, na medida em que para seu julgamento aplicou a Súmula n. 280 do Supremo Tribunal Federal que preceitua ser incabível Recurso Extraordinário por ofensa à direito local. Não houve, portanto, nenhum esclarecimento na *ratio decidendi* que agregasse à compreensão da regulação do comércio local.

Em relação à amostragem, como se trata de pesquisa qualitativa que busca identificar um racional de julgamento da Suprema Corte que auxilie a compreender os pressupostos e limites para regulação do comércio, o número de decisões se apresenta como quantidade razoável tendente a trazer bons resultados ao final da análise.

Na apresentação dos resultados, dividiremos inicialmente entre decisões proferidas anteriormente à Constituição de 1988, e decisões proferidas posteriormente à Constituição de 1988, identificando as linhas de entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a regulação municipal do comércio, principalmente no que se refere aos pressupostos e limites. Na medida do possível, será apresentado o suporte fático que ensejou a discussão na Suprema Corte, para então cuidar da decisão e das razões de decidir.

Poderá aparentar certa assistemática na apresentação em razão do critério cronológico de exposição que parte do mais antigo até os dias atuais, no entanto nos manteremos rígidos nessa linha metodológica para ao final concluir sumariamente sobre as contribuições históricas do Supremo na nossa busca de critérios para regulação municipal do comércio.

3.2. A regulação municipal do comércio no Supremo Tribunal Federal anteriormente à Constituição de 1988

As primeiras decisões identificadas na história a partir dos critérios de pesquisa jurisprudencial apresentados anteriormente foram proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na vigência da Constituição de 1946, momento em que “*a autonomia municipal passou a ser exercida de direito e de fato nas Administrações locais*” (MEIRELLES, 2017, p. 45).

Tanto o é que se observado o próprio texto constitucional, verificar-se-á no artigo 28 (BRASIL, 1946) rol de prerrogativas que garantem a fisionomia autonômica à municipalidade já nesta época, elegendo seus Vereadores e Prefeitos, administrando o seu peculiar interesse, principalmente no que se refere à autonomia tributária e financeira, além da competência de organização dos serviços públicos locais.

E justamente no exercício dessas atribuições constitucionais que a Câmara Municipal de Formiga promulgou a lei n. 209 que proibiu o funcionamento de bares, casas de danças e pensões para mulheres localizados na rua Quintino Bocaiúva, determinando o fechamento dos estabelecimentos comerciais. A medida do poder local tinha como fundamento combater a atividade de prostituição que se desenvolvia no local e, por via reflexa, fomentava atividades mercantis satélites ao meretrício.

Neste panorama, determinado comerciante local que se sentiu violado impetrou mandado de segurança, sob o fundamento de que somente os estabelecimentos comerciais futuros poderiam ser atingidos pela nova regra, sendo seu direito líquido e certo se manter ativo no comércio já ativo. Após percorrer o caminho processual de praxe vigente na época, o conflito desaguou no Supremo Tribunal Federal por meio do Recurso em Mandado de Segurança n. 3.215 – Minas Gerais (STF, RMS 3215).

Em sessão realizada no dia 12 de outubro de 1955, a Corte denegou a segurança e, fazendo remissão ao acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça, destacou que muito embora a propriedade seja uma garantia constitucional, não pode o seu uso causar ofensas ao bem comum. Por essa razão, as atividades comerciais poderiam ser reguladas e até localizadas no espaço urbano por mandamentos do Poder Público no âmbito de sua competência.

Decorre daí, para o histórico Supremo Tribunal, o poder de as municipalidades proibirem atividades comerciais futuras de se instalarem, e exigir que aquelas já atuantes sejam cassadas e paralisadas quando não corresponderem aos objetivos de seu peculiar interesse relacionados a ordem moral, disciplinar ou urbanística.

Não haveria, portanto, nenhuma violação a direito líquido e certo do comerciante que se sentiu violado por supostamente não concorrer para prática do meretrício em seu estabelecimento comercial, posto que a lei municipal se valeu de sua competência de ordenação do território local para proibir qualquer atividade mercantil na referida rua.

Em relação a essa decisão, atraiu a nossa atenção a *ratio decidendi*.

Em primeiro lugar, existe um reconhecimento do caráter instrumental da regulação, somente podendo intervir o Município no livre ambiente do comércio para o fim de restituir a

ordem moral, disciplinar ou urbanística, podendo inclusive ordenar o solo para o fim de proibir a atividade comercial em determinado local.

Ainda, relacionou-se ao comércio o princípio da propriedade, o que desde o primeiro capítulo afirmamos ser forma jurídica pressuposta que concorre com outras, como os contratos, concretizando o comércio. O Supremo de 1955, ao interpretar a propriedade no contexto da atividade comercial, esclarece que o uso, gozo e fruição encontram restrição no bem comum, em algo muito próximo ao que compreendemos atualmente, e inclusive erigimos ao altiplano constitucional como princípio da ordem econômico, como função social da propriedade.

No ano seguinte, em julho de 1956, a regulação municipal do comércio volta ao STF. O pano de fundo da questão controvertida que chegou ao Supremo tem como protagonista a promulgação da Lei n. 183/1953 do Município de Londrina, que estabeleceu restrições aos horários comerciais, determinando que o comércio deveria encerrar sua atividade aos sábados às 12 horas, diferentemente da lei anterior que permitia o funcionamento até as 18 horas, naquilo que se conhece por sábado inglês.

Referida intervenção municipal por direção no comércio resultou na impetração de Mandado de Segurança por Augusto Jondral que suscitou possível exorbitância municipal. Após os trâmites devidos, chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio do Recurso em Mandado de Segurança n. 3.145 - Paraná (STF, RMS 3145).

Em resumo breve, o impetrante argumentou pela inconstitucionalidade da lei municipal em razão de invadir competência da União ao cuidar do horário comercial, na medida em que altera condições essenciais do contrato de trabalho.

O Supremo não concedeu a segurança, fundamentando que é indiscutível a competência municipal, na medida em que a autonomia municipal confere ao Município o poder de decidir sobre assuntos de seu peculiar interesse. Nesse sentido, uma vez respeitada normas e diretrizes gerais da União, tem o poder de fixar horário comercial, de forma a adequá-lo a ordem, segurança, saúde e o sossego público.

Novamente, nas razões de decidir, a Corte ressalta o poder municipal de intervir no comércio como instrumento de concretização de outros valores indispensáveis ao bom convívio local e manutenção do bem comum, o que aparentemente tende a se firmar como um fundamento constante quando o assunto é regulação municipal do comércio.

Outro ponto da decisão que merece destaque é a afirmação categórica de que o Município tem incontestável competência para disciplinar o comércio, sendo este fenômeno assunto de seu peculiar interesse. Na atual ordem constitucional, como já enfrentamos no

capítulo 2, a figura do peculiar interesse foi travestida com nova roupagem pelo constituinte, sendo hoje compreendida como interesse local.

Desta arte, não é desarrazoado afirmar que no RMS 3145 (STF) de 1956 identificamos subsídios para cristalizar o entendimento de que o comércio é assunto de competência municipal por estar dentro do conceito de interesse local.

Assuntos relacionados ao horário de funcionamento do comércio eram aparentemente constantes no Supremo da década de 50, tendo sido objeto de discussão também em 1958 no Recurso Extraordinário n. 35.892 – Goiás (STF, RE 35892). Como se depreende do relatório, o Município da Goiânia promulgou lei que instituiu a semana inglesa e firmou o rodízio de plantões para funcionamento aos sábados e domingos.

A Drogasil Limitada, nesse contexto, impetrou Mandado de Segurança, com o fundamento de que ao legislar dessa forma a municipalidade usurpou a competência da União para legislar sobre a duração do trabalho. Em primeiro grau e em sede de recurso perante ao Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, obteve êxito a farmácia, razão pela qual foi levado o ponto controvertido à Corte Suprema por meio de Recurso Extraordinário.

Ao expediente da municipalidade foi dado provimento.

O fundamento da decisão destaca que quando União legisla sobre direito do trabalho tem o objetivo de criar melhorias na qualidade de vida do trabalhador, e não decidir sobre questões locais de competência no Município, nos termos do artigo 28 da Constituição de 1946.

Ele, por sua vez, conforme a peculiaridade territorial local, tem o poder de estabelecer horários de funcionamento, regulando atividades que não podem cessar em razão da utilidade pública, exatamente como Goiânia fez com as farmácias ao estabelecer a semana inglesa e a regulação dos plantões aos sábados e domingos em forma de rodízio.

Neste ponto, novamente se identifica a intervenção municipal regulando o comércio como forma de organizar uma atividade mercantil em prol do interesse coletivo local. No que se refere às farmácias em específico, impor plantões em forma de rodízio garante que a população local não fique desassistida no plano da saúde nos sábados e domingos.

Em relação a este acórdão o que também atrai atenção é a preocupação do Supremo de 50 com questões concorrenciais referente ao comércio local, o que autoriza o Município a intervir não somente em decorrência de assuntos locais atinentes ao bem-estar da comunidade local, como para garantir o bom funcionamento do mercado, em algo semelhante à clássica função econômica de suprir falhas de mercado.

Nesse sentido, a Corte destaca o prejuízo de empresas poderosas se inserirem em cidades de porte médio. Exemplificam que, no caso das farmácias, poderiam adotar o regime de portas abertas, *night and day*, eliminando na ausência de regulação qualquer concorrência. Como destacou o Ministro Ribeiro da Costa, em pouco tempo fechar-se-iam as pequenas farmácias da localidade, gerando situação econômica de monopólio não desejável à população local.

A regulação municipal, nesse contexto, ao impor horário de funcionamento e estabelecer rodízio de plantões, permite que todas se mantenham vivas, e que nenhuma grande potência com suas vantagens competitivas elimine os agentes econômicos locais, criando prejuízos ao mercado local que aos poucos tende ao monopólio pela morte dos pequenos.

Daí que além da intervenção para promoção do bem-estar da população local, também poderá intervir para suprir ou precaver falhas do mercado (comércio) local.

E ainda no mesmo ano (1958), no mês de dezembro, o Tribunal Pleno voltou a se deparar com a discussão referente à regulação municipal do horário do comércio local. Manteve o Supremo a mesma posição sobre o sábado e semana ingleses, quando questionada a Lei Municipal n. 499 de 1957 de São José do Rio Preto (STF, RMS n. 6149).

Na oportunidade, o Ministro Lafayette ainda esclarece que no caso em específico a própria Lei Orgânica dirime qualquer dúvida ao atribuir a competência privativa ao Município para dispor sobre a fixação do horário de funcionamento, respeitada a legislação do trabalho, que é competência federal.

Neste ponto, com as devidas adequações necessárias decorrentes da modificação do regime constitucional, o entendimento de Lafayette converge ao atual posicionamento de Celso Ribeiro Bastos e Fernanda dias Menezes de Almeida anteriormente apresentado. Isso porque, para os três acaba recaindo na Lei Orgânica a função de tornar explícita as competências implícitas advindas do conceito de referência aberta de interesse público, na época compreendido por peculiar interesse.

Havendo disposição na Constituição Municipal que seja convergente ao regime de competências dispostos na Constituição da República, não há muito o que se questionar sobre ser possível ou não a execução da prerrogativa atribuída pela Lei Orgânica.

Seguindo a sequência histórico-cronológica dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal sobre lei municipal e comércio, em 1960 uma nova temática, que posteriormente passa a ser recorrente, é levada à apreciação da Corte por meio do Recurso Extraordinário n. 45.117 – SP (STF, RE 45117): competência regulatória sobre o comércio de produtos de origem animal.

Em resumo, na origem se trata de Mandado de Segurança impetrado pela Sociedade Anônima Frigorífico Anglo com o objetivo de garantir o seu direito líquido e certo de exercer a liberdade econômica de comercializar carne verde, independentemente de concessão do Poder Público municipal, como pretendia o Município de Cubatão.

Argumentam que por não se tratar de serviço público, a comercialização não estaria sujeita à regulação municipal, podendo exercer referida atividade pelo tempo que bem entender e pelo preço que quiser. O máximo de ingerência estatal que estaria submetida é a inspeção federal sobre o frigorífico, o que, *per se*, afastaria prerrogativas municipais e estaduais.

A sentença denegou a segurança, razão pela qual foi interposto agravo de petição pelo frigorífico, provido por unanimidade pela Terceira Câmara Civil²¹. Neste contexto, foi interposto o Recurso Extraordinário n. 45.117 – SP (STF, RE 45117) com fundamento no artigo 101, inciso III, alínea “d”, da Constituição de 1946, afirmando o Município ter destoadado a turma julgadora de decisões do próprio Supremo Tribunal. No entanto, sequer foi conhecido o recurso, por não serem os acórdãos paradigmas correlatos ao caso *sub judice*, deixando de preencher os pressupostos de admissibilidade.

Apesar de ter se encerrado por questões processuais, o RE 45117 incorpora alguns elementos relevantes na compreensão da regulação municipal do comércio. De início, a produção e o comércio de carnes eram regulados pela União, tanto em relação à exposição e consumo (Lei n. 1.283/50 e Decreto n. 30.691/52), quanto em relação ao tabelamento e fiscalização de preços (Lei n. 1.522/51).

Somente por essa razão já se justificaria o possível equívoco do Município intentar controlar ou até mesmo proibir determinadas atividades comerciais relacionadas ao fornecimento de carne, privativas do poder central.

Demais disso, segundo a relatoria de Ribeiro da Costa, ao poder local somente é autorizado regulamentar e fiscalizar, e não proibir determinados agentes econômicos. O que salta aos olhos desse entendimento é o reconhecimento por parte do STF do fundamento de liberdade econômica aplicado ao comércio, de forma a impedir que agentes econômicos habilitados sejam impedidos de exercer a atividade.

²¹O caso em questão ocorreu na vigência da Lei n. 1.533 de 1951 que dispunha sobre o mandado de segurança. Por essa razão, quando mencionamos que determinado sujeito processual agravou, estamos seguindo o que dispunha o regime jurídico vigente à época, especificamente o artigo 12, *caput*, que segue transcrito: “Da decisão do juiz, negando ou concedendo o mandado caberá o recurso de agravo de petição, assegurando-se as partes o direito de sustentação oral perante o tribunal ad quem” (BRASIL, 1951).

Caminhando na pesquisa jurisprudencial, deparamo-nos com o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 9.537 – São Paulo (STF, RMS 9537) que não toca o comércio de forma tão acentuada, porém nos auxilia na compreensão da predominância do interesse atrelado ao comércio. O tema central, contudo, repete-se nesta sessão realizada em outubro de 1962, dois anos após o RE 45117: a quem compete regular e fiscalizar o comércio de produtos animais

Em resumo, o Supremo sedimenta que não pode ser sujeito à inspeção sanitária municipal o produto de origem animal já aprovado pelo competente órgão federal para o comércio interestadual e internacional. De início, o acórdão corrobora o entendimento que impõe a necessária exclusão do âmbito do peculiar interesse de assuntos de competência federal, o que não é novidade.

De outro giro, o que se verifica também é uma certa tendência em considerar o comércio local de competência exclusiva do Município. Explico. Perceba que ao julgar o poder de a municipalidade inspecionar produto de origem animal já aprovado pelo órgão federal para comércio interestadual e internacional, basicamente nas entrelinhas se reconhece que à União compete exclusivamente cuidar do comércio de interesse nacional, que compreende tanto aquele que por ultrapassar a fronteira de dois ou mais estados acaba por fugir do interesse regional ou local, quanto aquele referente às relações que envolvem mais de um Estado federal.

Da mesma forma, se à União cabe a inspeção, vigilância ou qualquer outra competência material exclusivamente do comércio de interesse nacional, ao Município, por sua vez, caberia implicitamente as mesmas competências, porém somente no que se refere ao comércio de interesse local.

No ano seguinte (1963), questões competenciais sobre a fiscalização do comércio de carne voltaram à Segunda Turma por meio do Recurso Extraordinário n. 51.575 – São Paulo (STF, RE 51575), mas dessa vez envolvendo a responsabilidade civil do Município. Em razão do tema jurídico central em envolver situações indenizatórias, o que poderia ser descartado de plano não fosse a análise qualitativa das decisões, atraindo as atenções da presente pesquisa em razão de o cerne da discussão recair também sobre a competência municipal para regulação do comércio de carne.

Em resumo, o Município de Santos com fundamento em seu Decreto Municipal n. 249/49 apreendeu quantidade de carne da Sociedade Anônima Frigorífico Anglo destinada ao consumo da cidade, por não ter passado pelo Matadouro Municipal de Santos. Argumenta o

frigorífico que a apreensão foi abusiva, na medida em que compete à União a fiscalização sanitária, gozando de livre trânsito a mercadoria quando por ela permitida.

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a demanda, repetiu o entendimento de que em relação a essa atividade o União exerce competência privativa, não podendo o Município criar limitações à comercialização de carne. Neste caso em específico, mencionam a Lei Federal n. 1522/1951, especificamente o artigo 20, sendo ilegítima a apreensão de carnes pela municipalidade que teve de sua órbita de competências privativas excluída a regulação da atividade comercial de produto animal.

Já em 1963, nos respiros finais da democracia que viria a ser suplantada pelo Golpe de 1964, o Supremo Tribunal Federal foi submetido a questão interessante levada à Corte por meio do Recurso Extraordinário n. 49.988 – SP (STF, RE 49988), diferente daquelas que até o presente momento foram enfrentadas.

Antes de voltarmos nossos olhos para *ratio decidendi*, conveniente se faz a transparência em informar que para análise tivemos dificuldades em razão do estado de conservação do documento. Apesar disso, pode-se afirmar que obtivemos certo êxito ao identificar o objeto principal por meio de interpretação conjunta das partes legíveis com a ementa.

Justamente em decorrência da importância na análise qualitativa da decisão, muito embora não seja uma prática que tenhamos adotado até o presente momento, colacioná-la é útil à compreensão.

ORGANIZAÇÃO DE SERVIÇOS PUBLICOS MUNICIPAIS. ENTRE ESTES ESTAO OS SERVIÇOS FUNERARIOS. OS MUNICÍPIOS PODEM, POR CONVENIENCIA COLETIVA E POR LEI PROPRIA, RETIRAR A ATIVIDADE DOS SERVIÇOS FUNERARIOS DO COMERCIO COMUM. (RE 49988, Relator(a): Min. HERMES LIMA, Segunda Turma, julgado em 30/08/1963, DJ 03-10-1963 PP-03324 EMENT VOL-00556-01 PP-00452)

Feitas as considerações, passemos ao caso propriamente dito.

A Prefeitura Municipal de São Paulo, por meio da Lei n. 5.562/1958, instituiu de forma autárquica o Serviço de Funerária do Município de São Paulo para prestar serviços funerários, proibindo os particulares de desempenharem também esse serviço. Contra essa limitação se insurgiram algumas entidades, dentre elas a Organização Social de Luto, afirmando que não poderia ter retirado do domínio privado essa atividade.

A Corte, ao ser provocada, entendeu que os serviços funerários são de peculiar interesse municipal, não havendo nenhum abuso do poder autonômico em prestar diretamente o serviço público local em regime de monopólio.

O que é relevante para a nossa temática neste acórdão a contraposição realizada entre o serviço público e a atividade econômica privada (atividade econômica em sentido estrito). O Supremo de 60 ao decidir sobre o serviço funerário, de certa forma deu azo à interpretação de que o que está dentro do âmbito de serviços públicos está fora da atividade econômica comercial, sendo prerrogativa que decorre do poder autônomo municipal decidir em deixar ou não ao particular determinadas atividades.

Saindo dessa temática voltada à diferenciação entre serviços públicos e atividade econômica em sentido estrito, em sessão realizada em novembro de 1966, o Supremo volta a apreciar, no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 9.939 – SP (STF, RMS 9939), o tema recorrente, qual seja: a regulação da produção e comércio de alimentos derivado de animais.

Até o presente momento, analisamos decisões que se debruçaram sobre a atividade de comercialização de carnes, em que predomina no contexto da Constituição de 1946 o interesse nacional, conferindo à União a competência privativa para inspecionar e autorizar a circulação desse tipo de mercadoria.

No RMS 9939 (STF), a comercialização em debate ainda é de produto de origem animal, porém a mercadoria é outra, o que também altera a própria interpretação do Supremo quanto ao interesse predominante.

Na época em que a discussão foi levantada era vigente o Decreto n. 30.691/1952 que proibia a venda de leite cru nas localidades em que existia usina de beneficiamento. Não obstante referida norma federal, o Município de São José do Rio Preto permitiu a distribuição de leite cru na comuna, mesmo existindo usina de pasteurização.

A Latícínios Rio Preto Limitada, nesse contexto, impetrou Mandado de Segurança sustentando ter sido violado o direito líquido e certo de não concorrer com a comercialização de leite cru, ante a existência do Decreto Federal.

A Procuradoria Geral, ao apreciar a demanda, fez alguns apontamentos interessantes de ordem econômica, afirmando que não se pode tratar como direito líquido e certo a pretensão do comerciante de ter o privilégio do monopólio sobre a comercialização de determinado produto.

Destaca que até pode ser considerada inconstitucional a lei municipal, mas que não era esse o objeto do remédio heroico, razão pela qual opinou pela denegação da segurança. Adotando em grande parte esses fundamentos, o Supremo negou provimento ao Recurso, fundamentando que *“o que ela pretende, é de forma indireta, a concessão de uma exclusividade em caráter de monopólio”* (STF, RMS 9939).

Novamente o Supremo, na vigência da Constituição de 1946, admitiu ser nocivo o monopólio ao mercado em geral, inclusive para o comércio local, sendo reprimível qualquer tendência de garantir privilégios tendentes a violar o atomismo do mercado.

No caso não há uma menção direta à possibilidade de o Município regular o comércio para suprir essa falha, no entanto a própria lei municipal que autorizou a comercialização de leite cru cuidou de gerar concorrência entre os agentes que comercializavam esse produto e os agentes que comercializavam leites pasteurizados, o que não soa ruim para o equilíbrio do ambiente de encontro entre oferta e demanda.

Após um curto período sem apreciar assuntos envolvendo a intervenção municipal no comércio local, em 1965 o Supremo volta a se deparar com a regulação municipal do horário do comércio no Recurso em Mandado de Segurança n. 14.394 – São Paulo (STF, RMS 14394).

Referido expediente recursal tem como suporte fático-jurídico subjacente a promulgação da Lei municipal n. 1.001/62 pelo Município de Bauru, que fixou o horário para serviço externo de bancos, sem desrespeitar a legislação federal (Consolidação das Leis do Trabalho).

Pela ordenação municipal, estabelecimentos bancários deveriam ser abertos ao público de segunda à sexta-feira das 12 horas até 16 horas, possibilitando ainda margem de discricionariedade ao estabelecimento de permanecer até 18 horas. Aos sábados, deveriam abrir 9 horas, com fechamento previsto para 11 horas. O descumprimento da lei, por sua vez, ensejaria aplicação do poder de polícia sancionatório, com a imputação de multa ao estabelecimento.

O Banco Brasileiro de Descontos, por descumprir referida legislação local, teve contra si a imputação da sanção, razão pela qual impetrou Mandado de Segurança contra o ato de polícia municipal, impugnando a própria regularidade da lei que disciplina o horário comercial.

No primeiro grau, o remédio heroico não foi conhecido em decorrência do transcurso de 120 dias, o que foi repisado pela 5ª Câmara Civil do Tribunal de Alçada de São Paulo. Foi neste panorama que interpôs Recurso em Mandado de Segurança, provocando a manifestação do Supremo.

Independentemente de ter decorrido o prazo para impetração do remédio, a Corte se manifestou sobre o mérito²². Para tanto, aplicou a Súmula n. 419 que sedimentou a

²²Interessante a fundamentação do Supremo que se valeu do princípio da economia processual para apreciar o mérito do Mandado de Segurança. O Ministro Victor Nunes no início de seu voto assevera que poderia ser

competência municipal para regulação do horário comercial local, desde que não infrinjam leis federais e estaduais.

Nesse caso, não poderia reduzir o horário bancário para menos de 6 horas diárias de segunda à sexta-feira, pois estaria adentrando na competência federal estabelecida pela União mediante a Consolidação das Leis do Trabalho. Em relação ao sábado, foi seguida a possibilidade de adoção da semana inglesa não conflitante com o ordenamento.

Novamente, o Supremo se posiciona favoravelmente à regulação municipal do comércio no que se refere ao horário de funcionamento dos estabelecimentos. Não há assertividade quanto às razões de intervenção, havendo indicativo de outros acórdãos de que a definição do horário comercial se relaciona à manutenção do sossego da coletividade, de forma a garantir o bem comum.

Seguindo o critério cronológico adotado para análise das decisões do Supremo Tribunal Federal referentes à intervenção municipal no comércio local, adentra-se no ano de 1966 com a Corte sendo provocada novamente a se manifestar sobre o conflito entre disposições municipais sobre o comércio de carne e a competência federal para disciplinar questões sobre produto de origem animal.

É o que se constata da análise do Recurso em Mandado de Segurança n. 11.913 – São Paulo (STF, RMS 11913) de relatoria do Ministro Cândido Motta, em que se discute a possibilidade de o ato n. 1.421 de 1938 do Município de São Paulo continuar sendo utilizada como fundamento para exigir que os produtos colocados no comércio de carne passasse, obrigatoriamente, pelo Tenda Único Municipal.

Referido ato municipal tinha como fundamento legal o inciso XVII, 1º parágrafo, do artigo 22 da Lei Paulista nº 1 de 1947, que outorgava aos Municípios o poder de fiscalização sobre os gêneros alimentícios que se destinarem ao abastecimento público local, inclusive o de carne.

No entanto, como já apresentado, a Lei Federal n. 1.283/1953 posterior a essas normativas estaduais e municipais em sua redação originária concentrou na União o poder de fiscalização e regulamentação da fiscalização dos estabelecimentos industriais especializados na manipulação, no armazenamento e no condicionamento dos produtos de origem animal.

utilizado o remédio até mesmo preventivamente para evitar novos atos de polícia sancionatória, pelo que não seria o caso de não conhecimento. No entanto, ao invés de anular e devolver para julgamento nos graus ordinários, houve por bem aplicar a Súmula do STF e denegar a segurança: *“Pela razão do acórdão recorrido, seria de se prover o recurso, pois o ato administrativo continuado não poderia fechar a via do mandado de segurança ao impetrante. Podia ele usar da medida até preventivamente, para se furtar de novos autos de infração fiscal, se realmente fosse ilegal o ato da Prefeitura. Entretanto, por economia processual, deixo de acolher o recurso e devolver o processo para julgamento pela Justiça local, porque não me parece ter direito o impetrante”* (STF, RMS 14394).

Diante desse conflito, buscou-se conformar o ordenamento no sentido de que a fiscalização que os Estados outorgaram ao Município por meio do Poder de Polícia se referia a verificação se as carnes, e demais produtos de origem animal, encontravam-se ainda nas mesmas condições, passíveis de serem ofertadas no comércio local.

Existe, nessa medida intenção, ao menos aparente, de garantir a segurança alimentar da população local, fiscalizando o estado de conservação do produto animal que poderia se alterar desde a autorização federal para comercialização nacional.

O Supremo Tribunal Federal, contudo, não seguiu esse posicionamento, reafirmando o interesse nacional do comércio de produtos de origem animal, sendo esclarecedor o posicionamento do Ministro Candido Motta a respeito, que assevera ser o comércio de carne, no contexto da época, “[...] *de interesse nacional e tanto isso é verdade que o art. 851 do regulamento aprovado pelo n. 30.691 dá livre curso no país dos produtos e matérias primas de origem animal* [...]” (STF, RMS 11913).

Os próximos três casos enfrentados pelo Supremo, todos ainda em 1966, relacionam-se à regulação municipal do horário comercial dos estabelecimentos bancários, razão pela qual serão analisados em conjunto, até mesmo em decorrência da ausência de novidades quanto ao posicionamento da Corte no que se refere à matéria, já apresentado anteriormente no RMS 14394, no RMS 6149, no RMS 3145. Inclusive, figura novamente o Banco Brasileiro de Descontos S/A que em 1965 já havia figurado no RMS 14394 em caso idêntico envolvendo o Município de Bauru.

No Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 1.305 – São Paulo, de relatoria do Ministro Lafayette de Andrada, julgado em sessão realizada em abril de 1966, tem em sua origem a irresignação do Banco Comercial do Brasil S/A contra o ato do Prefeito do Município de Santos que exigiu o cumprimento da Lei Municipal n. 2.605/1962. Em linhas gerais, a norma local disciplinou novo horário externo para funcionamento de estabelecimento bancário.

A segurança foi denegada pelo juízo de primeiro grau, decisão essa mantida pela Quinta Câmara Civil do Tribunal de Justiça, sob o fundamento de que estava dentro da órbita de autonomia municipal regular o horário comercial, nos termos do artigo 28 da Constituição vigente.

É neste panorama que o Banco Comercial do Brasil S/A interpôs o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, argumentando usurpação de competência, na medida em que a lei disciplinou instituições de crédito, o que competia privativamente à União nos termos do artigo 5º, inciso XV, “k”.

O Supremo, por sua vez, não acolheu a pretensão do estabelecimento bancário, fundamentando que não houve uma regulamentação sobre instituições de crédito, e sim o horário do comércio bancário, o que está dentro de seu peculiar interesse previsto no artigo 28 também do Texto Constitucional.

De todo o acórdão, merece destaque o fundamento da justiça de piso, que inclusive nos oferece elementos que corroboram o que nos capítulos anteriores afirmamos sobre a proximidade do comércio da vida na cidade, o que o torna um assunto de peculiar interesse da municipalidade: *“Assuntos de peculiar interesse são aqueles que afetam predominantemente a vida local, especialmente a da cidade. Ora, nada mais afeta a vida urbana que as atividades do comércio e da indústria em geral”* (STF, RMS 13105).

No mês subsequente, em abril de 1966, novamente a Corte se manifestou sobre questão referente a horário bancário no Recurso em Mandado de Segurança n. 16.146 – Rio Grande do Sul, dessa vez decorrente de regulação perpetrada pelo Município de Santo Angelo no Rio Grande do Sul, por meio da Lei Municipal n. 48/1964. Referido diploma estabeleceu que de novembro ao último dia de fevereiro os estabelecimentos bancários deveriam funcionar das 7 às 13 horas, com expediente externo das 8 às 11 horas.

O Supremo, ao enfrentar a questão, manteve o posicionamento, inclusive pacificado por meio da Súmula 419, de que os Municípios têm competência para regular o horário do comércio local, inclusive de estabelecimentos bancários, com a ressalva de que não pode violar lei federal ou estadual que também discipline a matéria.

É algo próximo ao que atualmente a Constituição de 1988 trata de competência suplementar para assuntos de interesse local. Desta arte, como se depreende do voto de relatoria do Ministro Hermes de Lima, não é a regulação em si do horário do comércio bancário que deveria ser reputada ilegal ou inconstitucional, e sim a redução para jornada diária para 3 horas, quando a lei federal estabelece 6 horas.

Como alertamos inicialmente, as questões referentes ao horário bancário foram recorrentes no ano de 1966. Após serem enfrentadas nas sessões de 14 de março e 27 de abril, novamente problema semelhante foi levado a mais alta Corte, que julgou em 07 de junho o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 14.635 – São Paulo (STF, RMS 14635) interposto pelo Banco Brasileiro de Descontos.

Como se depreende da relatoria do Ministro Pedro Chaves, a instituição financeira se levanta contra as leis n. 586 de 1961 e n. 666 de 1962 do Município de Taubaté que restringiram o funcionamento externo das agências bancárias locais. O juízo de primeiro grau

denegou a segurança, o que foi seguido pela Sexta Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, razão pela qual por vias recursais a questão chegou ao STF.

O posicionamento da Corte já era pacífico nesse tipo de litígio: harmonizar o peculiar interesse, inerente à regulação do horário do comércio local, às legislações federal e estadual sobre a matéria, nos termos da Súmula n. 419, variando as decisões a depender do caso concreto.

O Ministro Pedro Chaves é claro nesse sentido ao esclarecer: *“é no exame em concreto de cada uma das leis municipais impugnadas, sua subordinação ou insubordinação aos ditames das leis federais, que o Supremo Tribunal tem firmado seus julgados”* (STF, RMS 14635). No caso específico da legislação municipal de Taubaté, considerou que abusou da regulação ao limitar o horário a 3 horas diárias, em desrespeito à Consolidação das Leis do Trabalho que estabelece 6 horas contínuas.

A última decisão proferida pelo Supremo ainda sob a vigência da Constituição de 1946 identificada na pesquisa jurisprudencial realizada foi o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 14.164 – Ceará (STF, RMS 14164), julgado em 07 de junho de 1966 e publicado no diário oficial em 26 de abril de 1967, já sob a égide da Constituição militar.

O suporte fático-jurídico que deflagrou o problema foi a cassação, pelo Prefeito de Guaraciaba do Norte, de alvará de licença para exploração de bomba de gasolina e comércio de petróleo e derivados nas proximidades do mercado, impondo a remoção das instalações. O fundamento da medida era a execução de plano de arborização, congruente ao interesse social local.

Raimundo Antenor de Mello, prejudicado pela revogação da licença, impetrou Mandado de Segurança contra o ato, tendo sido concedida em primeiro grau. Após recurso *ex officio* e agravo por parte da Prefeitura, o Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso e cassou a segurança. Foi a partir dessa decisão que o impetrante Raimundo provocou a manifestação do Supremo que deu provimento ao recurso, restabelecendo a sentença de primeiro grau.

O Ministro Pedro Chaves, ao analisar a cassação do ato de licença se utiliza das lições de Hely Lopes Meirelles, para quem a polícia administrativa está sujeita às limitações legais, sugerindo a utilização de meios menos gravosos para harmonizar o interesse social e o interesse particular.

Demais disso, em relação ao acórdão em específico, aponta que a motivação do ato revocatório da licença não foi minimamente demonstrada pela Prefeitura, inexistindo plano de ajardinamento ou demonstração de periculosidade da atividade.

Apesar de considerar excessiva a conduta da municipalidade por meio da Prefeitura, o Supremo nos ilumina novamente a respeito de razões que autorizam a intervenção no comércio local.

No caso em tela, não foi o argumento em si que foi afastado, e sim a ausência de elementos que apontassem a verossimilhança do motivo da cassação. Ao que parece, tivesse a Prefeitura demonstrado o plano de arborização e ajardinamento ou laudo demonstrativo da periculosidade do comércio de combustível próximo ao mercado, teria a alta Corte negado provimento ao Recurso do particular e mantido o acórdão do Tribunal de Justiça.

Daí ser possível concluir que o Município sob a égide da Constituição de 1946 – o que não sofreu grandes transformações – tem a prerrogativa de intervir no comércio local, existente o peculiar interesse (interesse local) de manter a segurança da população ou até mesmo para melhoramentos urbanísticos fundados no interesse social.

Dessa forma, ao menos dentro dos parâmetros da pesquisa jurisprudencial realizada, encerra-se a atuação do Supremo sob a égide da Constituição de 1946, sendo novamente provocado a se manifestar sobre a regulação municipal do comércio somente em abril de 1968, já na vigência da Constituição de 1967.

Antes de prosseguirmos com a análises cronológica, é importante relembrar a prevalência do poder central nesse período que perdurou até o resplandecer da Constituição Cidadã de 1988, o que impactou diretamente na interação federativa entre União e Estados, além de reduzir a autonomia municipal.

Seabra FAGUNDES (2011, pp. 151-162), ao dispor sobre o federalismo disposto no modelo constitucional de 1967, destaca o caráter centralista que confere à União o comando geral da política econômico-financeira, com claras mitigações aos aspectos autonômicos dos Municípios.

Ocorre que, muito embora a partir de 1967 a Constituição tivesse sido alterada, ainda remanesca na Corte discussões travadas na vigência da Constituição de 1946, razão pela qual ainda será visto algumas vezes o artigo 28 desta Carta que dispunha sobre a autonomia municipal como fundamento político de regulação.

Não sem razão, apesar da mudança no cenário constitucional, algumas discussões permaneceram iguais no Supremo, como se observa do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 17.155 – Paraná em que novamente é arguida a possibilidade ou não de cada Município adotar a semana inglesa conforme seu peculiar interesse. Vimos que sob a ordem constitucional de 1946 era pacífico no Supremo o entendimento de ser possível a regulação do horário do comércio local, respeitadas as legislações federais e estaduais.

A nova ordem constitucional militar não alterou, ao menos no primeiro momento, esse padrão de julgamento. No RMS 17155 o Ministro Gonçalves de Oliveira, invocando a Súmula n. 419, repisa o entendimento de que estabelecer a semana inglesa não é o mesmo que legislar sobre direito do trabalho, de competência privativa da União, na medida que não é contrária e nem altera o que dispõe a Consolidação das Leis do Trabalho no que se refere a jornada do trabalhador.

Seguindo o critério histórico-cronológico de apresentação dos resultados da pesquisa jurisprudencial, constata-se ao final de 1968, na sessão de 19 de novembro, questão inédita a respeito da regulação municipal do comércio é discutida na Primeira Turma do STF ao julgar o Recurso Extraordinário n. 62.032 – SP (STF, RE 62032).

O Prefeito de Itatiba por meio da Lei n. 644 de 1964 obrigou a venda de pão à peso, a ser realizada na presença dos clientes, por meio de balanças aferidas pelo Município. Contra essa medida regulatória, os panificadores da cidade impetraram Mandado de Segurança, de forma que não fossem submetidos à sanção caso não procedessem da forma como a lei municipal havia obrigado, uma vez que referida norma não era condizente com o ordenamento.

Em primeiro grau foi obtida a segurança, confirmada também pelo Tribunal de Alçada de São Paulo por meio da Primeira Câmara Civil, razão pela qual foi interposto Recurso Extraordinário pela Prefeitura Municipal de Itatiba que argumenta pela regularidade da medida amparada na época pelo artigo 28, II, da Carta Política de 1946. Ressalta a municipalidade que não há nenhum equívoco em se valer de suas prerrogativas para guardar a saúde, o bem-estar, a higiene, o conforto e a felicidade do povo (presumido por nós como sinônimo de população local).

Ocorre que por força do artigo 146 da Constituição de 1946, a União poderia intervir no domínio econômico de atividades específicas por meio de lei especial. Nesse contexto, pela Lei Delegada n. 4/1962, foi autorizada a intervenção para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo, criando-se pela Lei Delegada n. 5/1962 a Superintendência Nacional do Abastecimento – SUNAB²³.

As atribuições, dispostas no artigo 2º da Lei Delegada (BRASIL, 1962b), dessa autarquia federal eram justamente promover, coordenar e executar atividades de pesquisa com

²³Referida autarquia federal foi extinta em 1997, no governo Fernando Henrique Cardoso, por meio do Decreto n. 2.280/1997, atribuindo os direitos e as obrigações da Superintendência Nacional de Abastecimento – SUNAB ao Ministério da Fazenda, nos termos do artigo 1º.

o escopo de crescimento do mercado, implementando a política nacional de abastecimento do Conselho Nacional de Abastecimento - CONAB.

No exercício de suas funções, como estabelece o artigo 3º (BRASIL, 1962b) gozava da prerrogativa de normatizar a industrialização, comercialização e a distribuição dos alimentos, inclusive, fixando preços e examinando estoques.

É justamente com esse fundamento que o Supremo, em voto de relatoria do Ministro Djaci Falcão afastou o Recurso Extraordinário do Município, haja vista não estar dentro de sua autonomia legislar sobre assunto de interesse nacional, a fiscalização do preço do pão, atribuído à autarquia federal especializada. A Superintendência, por sua vez, não restringe os panificadores, possibilitando a comercialização por peso, peça ou unidade, sendo inconstitucional a norma municipal que regula o comércio contrariamente ao que dispõe a União por meio de seus órgãos (artigo 146, Constituição de 1946).

A partir desse julgamento, a regularidade com eram levados ao Supremo Tribunal Federal os conflitos envolvendo a regulação municipal do comércio é rompida, somente voltando ao palco das sessões em 10 de setembro de 1985²⁴, por meio do Recurso Extraordinário n. 105.940-1 – Paraná (STF, RE 105940-1).

Com caráter predominantemente tributário, foi analisada reflexamente a partilha de competência para regulação do comércio local.

No suporte fático de origem, constata-se que Vital Ribeiro Cia e Ltda impetrou Mandado de Segurança contra ato do Delegado de Polícia que exigiu a obtenção de alvará incidente sobre a comercialização de gás liquefeito de petróleo – GLP nos termos da Lei Estadual n. 7.257 de 1979.

A segurança foi concedida com o fundamento de que a lei estadual usurpava competência da União e dos Municípios, este a quem incumbe a concessão de licenças para abertura e funcionamento de estabelecimento comercial e aquele a quem incumbe a fiscalização do comércio de GLP. Em reexame necessário, foi novamente mantida a segurança, negando provimento ao Recurso Extraordinário.

O Supremo, então, foi obrigado a se manifestar sobre a questão, oportunidade em que o Ministro Otávio Galloti destacou:

Destarte, entre a atividade de fiscalização da modalidade do comércio realizado (venda de produto derivado do petróleo), a cargo da União, e a competência genérica

²⁴É relevante destacar que essa afirmação parte da amostragem de documentos obtidos por meio da pesquisa de jurisprudência que utilizou a expressão booleana “Lei Municipal e Comércio”. Partindo desse critério, a discussão sobre a regulação municipal do comércio durante quase vinte anos ficou adormecida no Supremo Tribunal Federal.

da Prefeitura, para a outorga de licença de instalação e funcionamento, não sobra espaço algum para transitar a exação pretendida pelo Estado.

A legitimidade da instituição de taxas, previstas no art. 18, I, da Constituição, está na dependência natural de que o poder de polícia cujo o exercício é seu pressuposto constitucional, se achar compreendido na atividade administrativa da unidade federada impositora, o que não sucede, no caso com o Estado. (STF, RE105940-1)

Por evidente, não é nosso objetivo nos prender às questões tributárias sobre a materialidade da taxa de poder de polícia. O que nos interessa é justamente a interpretação do STF sobre a competência material da União de fiscalização de comércio específico envolvendo produtos derivados do petróleo e a própria percepção que cabe ao Município regular, seja por lei ou atos administrativos, o comércio local de forma geral. Há, portanto, reconhecimento da vocação municipal para lidar com o comércio local, o que caminha na mesma direção do que propusemos no final do capítulo primeiro.

Por fim, em julgamento realizado em junho de 1992, já sob a égide da Constituição de 1988 porém ainda solucionando questões controversas levantadas durante a vigência da Constituição de 1967. Valendo-se da via do Recurso Extraordinário n. 119.258-5 – São Paulo, o Supremo foi instado a se pronunciar a respeito da diferenciação entre a fixação de horários comerciais nos centros das cidades e nos *shopping centers*.

No plano fático-jurídico, foram considerados por agentes de mercado, como a Casa das Botas Ltda, desrespeitoso à isonomia a promulgação das Leis Municipais n. 4.798/80 e 5.424/84 que estabeleceram horário maior de funcionamento aos sábados aos estabelecimentos localizados em “centros de compras”.

Com esse raciocínio, romperam a inércia da jurisdição com a finalidade de obterem a mesma prerrogativa de se manterem abertos aos sábados no período das 12 às 18 horas. Ultrapassadas as instâncias ordinárias sem êxito, foi interposto o Recurso Extraordinário n. 119.258-5 – São Paulo (STF, RE 119258), de relatoria do Ministro Ilmar Galvão.

Ao recurso foi negado provimento. A razão de decidir expôs oportunamente a diferença entre os *shopping centers*, localizados em regiões geralmente afastada de zonas habitacionais, “*de modo geral, nas periferias das metrópoles, cujo funcionamento não provoca excesso de concentração urbana, não acarreta o desconforto da poluição ambiental, nem congestionamento o tráfego*” (STF, RE119258). Demais disso, os centros de compras também possuem, além de lojas, restaurantes e outros tipos de recreação, além de possuírem segurança própria, não gerando ônus de proteção à Administração Pública o regime diferenciado de horário de funcionamento.

O comércio tradicional, ao revés, é concentrado nas ruas centrais das cidades ou bairros, ou disseminados pelas ruas adjacentes, pelo que a regulação mais restrita de seu

horário é imposição decorrente da necessidade de adequação do funcionamento do estabelecimento comercial ao sossego, segurança, e fluxo necessários à manutenção da boa condição de vida da população local.

Daí que entre aplicar o tratamento isonômico aos agentes de mercado que atuam na mesma atividade e garantir melhores condições de vida ao homem vivendo na comunidade, por meio de espaços habitáveis, o Supremo sopesou e considerou mais relevante o segundo.

E desta forma, encerra-se a apresentação cronológica com análise qualitativa de dezoito acórdãos referentes à regulação do comércio local proferidos pelo Supremo Tribunal Federal ao longo de, aproximadamente, quarenta anos.

É certo que ao longo do período houveram transformações sociais e jurídico-política, notadamente marcada pela inauguração de novo Estado pela Constituição militar de 1967, no entanto, o padrão de julgamento e os fundamentos enfrentados nos oferecem vetor de compreensão sobre o papel do Município sobre o comércio local.

É essa herança jurisprudencial que orientou o Supremo pós-1988, como também orientou o próprio constituinte na elaboração da Carta, pelo que não se mostra metodologicamente inútil o caminho percorrido até aqui. Por essa razão, antes de prosseguirmos com a análise qualitativa das decisões já sob o comando da Constituição Cidadã, é indispensável que algumas conclusões sobre a regulação municipal do comércio, sob a ótica do STF entre 1950-1985, sejam sumariamente realizadas.

3.3. Conclusões a respeito da visão do STF pré-Constituição de 1988 sobre a regulação municipal do comércio

Como ressaltamos, a análise das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal anteriormente à Constituição de 1988 não teve somente o objetivo informativo de identificar a visão da Corte sobre o assunto estudado neste trabalho. Ao revés, acredita-se que muito do que foi enfrentado nas experiências constitucionais passadas possa contribuir para compreensão atual da regulação municipal do comércio.

Ainda se observamos que em relação aos Municípios, apesar da elevação ao altiplano de ente federativo pela Constituição de 1988, prevalece para exame da competência legislativa o mesmo critério de predominância do interesse local, antes entendido como peculiar interesse.

Demais disso, o modelo econômico do período analisado também compreendia estruturas de economia de mercado com ingerências estatais características da Era Desenvolvimentista da Economia brasileira, tendo as decisões prolatadas como plano de

fundo o capitalismo urbano-industrial com alguns de seus princípios básicos liberais imutáveis.

Feitos esses esclarecimentos, passemos às conclusões que, muito embora não pretenda ser reducionista, tornará genérico o que em cada caso foi identificado, com o intuito de desenhar alguns traços daquilo que futuramente, não neste momento e nem neste trabalho, possa contribuir para formação de uma teoria geral da regulação municipal do comércio.

São eles:

I) O comércio²⁵ não é serviço público, sendo exercido pelos particulares em nível de atividade econômica em sentido estrito;

II) O comércio, como atividade econômica em sentido estrito, deve gozar de liberdade econômica, fluindo seus processos de acordo com a economia de mercado e servindo o direito de forma jurídica para sua materialização (principalmente pelo binômio propriedade-contrato);

III) Por consequência da conclusão II, a intervenção estatal será medida instrumental. Diz-se instrumental, pois não poderá ser realizada sob uma perspectiva ensimesmada, servindo de ferramenta para atingir alguma finalidade (razões de intervenção);

IV) O comércio é assunto de interesse municipal, na medida em que afetam predominantemente a vida local, salvo nas hipóteses de comércio interestadual e internacional cujo interesse predominante é da União, variando também a predominância do interesse no caso de produtos específicos. Nesse sentido, relembremos a emblemática posição do juízo de piso pronunciada no RMS 13105 (STF): “*Ora, nada mais afeta a vida urbana que as atividades do comércio e da indústria em geral*” (STF, RMS 13105).

V) A regulação estatal do comércio deve, por consequência da conclusão IV, ser realizada em regra pelo Município, respeitada possíveis legislações federais e estaduais;

VI) As razões de intervenção municipal no comércio (regulação municipal do comércio) estão vinculadas ao objetivo de propiciar ao homem as boas condições de vida na comunidade.

Assim, tenderá a melhorar os espaços habitáveis a partir, por exemplo, da restauração da higiene, do conforto, da segurança, do sossego público, da ordem moral, dos bons

²⁵Não nos esqueçamos, neste momento, da formulação do conceito de comércio que construímos a partir da investigação histórico-cultural do fenômeno, disposta no capítulo 1. Isso porque, algumas conclusões extraídas da análise das decisões do STF pré-88 são confluentes à definição sacramentada, qual seja: atividade econômica exercida por comerciante, concretizada por relações jurídicas de troca ocorridas em um ambiente urbano de encontro entre oferta e demanda, livre por essência, mas passível de intromissões estatais, desde que seja necessária a atuação para concretização de políticas sociais ou econômicas, ou ainda para solver falhas de mercado.

costumes; como também para implementar políticas urbanísticas de interesse coletivo (como o caso da arborização como fundamento de cassação de licença para funcionamento e encerramento das atividades de estabelecimento comercial);

VII) Não somente a vida local da comunidade é razão de regulação municipal do comércio, como também o próprio bom funcionamento local do comércio (mercado). Assim, poderá o Município intervir para o fim de sanar falhas de mercado, como por exemplo, falhas de concentração (monopólios).

3.4. A regulação municipal do comércio no Supremo Tribunal Federal posteriormente à Constituição de 1988

Realizada a pausa para conclusões sumárias, ocasião que tivemos a oportunidade de fixar sete constatações extraídas da análise das decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas antes da vigência da Constituição de 1988, voltemos para a linha histórico-cronológica de análise das decisões.

A respeito do desenho político-institucional lançado pela Carta Cidadã e a posição do Município na Federação, não há necessidades de novamente retornarmos, haja vista ter sido dedicado o segundo capítulo inteiro a sua compreensão.

Na oportunidade, foi analisada a partilha de competências, além do destaque que recaiu sobre as competências municipais para dispor sobre direito urbanístico e também as competências econômicas, indispensáveis quando se trata de regulação de atividade econômica em sentido estrito, como é o comércio.

Após aquela sessão de 1992 que apreciou questão referente ao horário diferenciado para comércio em *shopping center* e no centro da cidade ainda sob os preceitos da Constituição de 1967, o Supremo Tribunal Federal não foi mais desafiado a enfrentar a temática da regulação municipal do comércio, permanecendo por quase dez anos da vigência da Constituição de 1988 sem se manifestar a respeito.

O jejum se encerrou em abril de 1997, no julgamento do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 203.358-8 (STF, AgRE 203358), de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, já revela a fisionomia da Constituição de 1988, trazendo na fundamentação questões atinentes à possível violação por lei municipal dos princípios da ordem econômica.

Em síntese, insurgiu-se a Drogaria São Paulo Limitada contra a Lei n. 8.794 do Município de São Paulo que fixava horários de funcionamento para o comércio local, arguindo violação direta à livre concorrência, à livre iniciativa, à isonomia e à defesa do consumidor, dispostos na cabeça e incisos do artigo 170 (BRASIL, 1988).

Destaca o agente econômico ausência de fundamento para quebra da igualdade, na medida em que a lei local estabelece que serão agrupadas em zonas, de acordo com a localização, e não poderão fechar as portas antes dos plantões, realizados através do sistema de rodízio.

Vale destacar que a mesma Lei Municipal foi atacada pela Raia e Cia Limitada, chegando ao Supremo por meio do Recurso Extraordinário n. 174.645-9 – São Paulo (STF, RE 174645)²⁶ também de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, julgado em novembro de 1997. Nitidamente, a lei local desagradava grandes *players* da época que atuavam nesse seguimento de mercado.

Insta rememorar que referida problemática não é recente nas arenas de julgamento constitucional, já havendo questões semelhantes enfrentadas sob a égide da Constituição de 1946. Na oportunidade, foi destacado que para garantir a continuidade do comércio privado de utilidade pública, vinculado à saúde e emergência, as unidades federativas locais poderiam dispor sobre o horário de funcionamento das farmácias.

Em adição, a imposição de plantões em forma de rodízio também era convergente ao peculiar interesse municipal (interesse local, na Constituição de 1988), na medida em que garantia à população local assistência no plano da saúde aos sábados e domingos.

Na época, o Supremo da década de 50 apontou que a regulação municipal do comércio local nesses casos, além de ser necessária para o fim de garantir o bem-estar da população local, também tinha o condão de impedir monopólios e a morte de pequenos agentes. Foi reconhecido, de certa forma, uma dupla instrumentalidade na medida regulatória, uma voltada para o espaço urbano habitável e outra para o mercado.

A título de recordação, é conveniente o exemplo do Ministro Ribeiro da Costa que, preocupado com a atuação de grandes agentes econômicos, destaca o perigo de macroestruturas poderem adotar o regime de portas abertas, *night and day*, e causarem prejuízos às pequenas farmácias da localidade, que fechariam suas portas, gerando situação econômica de problemática de mitigação do atomismo.

Esse entendimento não se alterou na nova ordem constitucional, o que também atesta a validade de nossa preocupação com as decisões proferidas anteriores à Constituição de 1988. Observa-se que os velhos entendimentos da Corte fincaram as bases para fixação de um

²⁶Em razão da identidade de discussão e de relatoria, permitimo-nos pela primeira vez romper com o até então rígido critério cronológico de análise, enfrentando conjuntamente as razões de decidir do AgRE 203358 e do RE 174645, julgados nas sessões de 29 de abril de 1997 e 17 de novembro de 1997. Logo após, retornaremos ao Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 189.433-4 - RJ, julgado em setembro de 1997, retomando a normalidade cronológica a partir do Recurso Extraordinário n. 237.965-3 – SP, julgado em fevereiro de 2000.

padrão de julgamento envolvendo regulação municipal do horário comercial de farmácias locais, com a imposição de plantões em sistema de rodízio.

Nesse contexto, o Ministro Maurício Corrêa, ao enfrentar a irresignação da Drogaria São Paulo Limitada (STF, AgRE 203358) e da Raia e Cia Limitada (STF, RE 174645) fundamenta que a fixação de horário de funcionamento para o comércio dentro da área municipal pode ser feita por lei local, por se tratar de matéria de interesse do Município. Vale-se até mesmo da Súmula 419, reiteradas vezes mencionadas nos julgamentos ocorridos anteriormente à 1988, que firma a possibilidade de os Municípios regularem o horário do comércio local, desde que não infrinjam leis estaduais ou federais válidas.

Acentua que a disciplina do comércio pelo Município é imprescindível tanto para garantir o oferecimento da mercadoria, como também para evitar a dominação do mercado por oligopólios, na medida em que o sistema de rodízio permite ao pequeno comerciante o retorno para as despesas de funcionamento durante o plantão obrigatório. Tudo isso, dentro dos limites da competência municipal relativas a ordenação da vida urbana, insertos no artigo 30, incisos I e VIII, da Constituição de 1988.

Além daquilo que já constatamos e inclusive apontamos como conclusão sumária referente à competência regulatória para corrigir falhas de mercado (monopólios, oligopólios, dentre outros), extrai-se do voto do Ministro Maurício Corrêa a possibilidade de intervenção municipal para corrigir disfunção do comércio.

O que isso significa? O comércio, e isso se observa desde os primeiros tempos, tem a função social inerente de abastecimento da população local. Na medida em que essa função não é atingida, é autorizado ao Município, no exercício de sua competência para lidar com assuntos de interesse local que impactem no bem-estar da vida urbana, intervir no comércio para o fim de garantir a concretização dessa função social de abastecimento da população local.

E dessa forma se firma a posição do Supremo no que se refere à regulação dos plantões farmacêuticos, e veremos que se trata de entendimento constante.

Seguindo nas sessões de 1997, em 29 de setembro foi enfrentada no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 189.433-4 – Rio de Janeiro (STF, AI-AgR 189433) nova temática atinente ao comércio de material bélico. A discussão em si é menos complexa, sendo suficiente para análise o desenho competencial traçado pelo constituinte a partir dos poderes exclusivos de cada ente federado.

No caso, o Prefeito César Maia do Município do Rio de Janeiro, invocando a Lei Orgânica do Município, editou Decreto proibindo a fabricação e comercialização de armas de fogo na comuna.

O Ministro Marco Aurélio, a quem foi incumbida a relatoria, destacou que não se está diante do exercício das prerrogativas políticas municipais dispostas no artigo 30, incisos I e II, primeiro por não se tratar de questão de interesse local, segundo por não ter se valido de competência suplementar alguma o Chefe do Executivo.

Além de fugir da competência municipal traçada no artigo 30 da Constituição, também visualizou violação às competências materiais privativas da União que, por essência, exclui a possibilidade de atuação municipal (artigo 21, VI).

Marco Aurélio é categórico ao analisar a questões objetivamente, prezado pela organicidade do desenho federativo constitucional:

O inciso VI do artigo 21 da Constituição Federal há de ter alcance perquirido em vista do objetivo visado: ao preceituar competir à União autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico, envolve o gênero, exsurgindo, como espécies, as armas de fogo e munições. Já o artigo 30 e incisos I e II, também do Diploma Básico, revelam a competência dos municípios mediante atuação do órgão próprio (Câmara dos Vereadores), para legislar sobre assuntos de interesse local, prevendo o inciso II a atuação suplementar às legislações federal e estadual, sempre no que couber. Não creio que a problemática concernente à fabricação de armas de fogo e de munição restrinja-se ao Rio de Janeiro; tampouco a abrangência maior da “ordem” oriunda do Chefe do Poder Executivo Municipal esteja compreendida no que se entende como suplementação de normas federais e estaduais.

Em outras palavras, o constituinte houve por bem em evitar dúvidas quanto ao interesse nacional da União em regular a fabricação e comércio do material bélico, havendo subtrações parciais pela própria Constituição no que se refere à competência geral municipal para disciplinar o comércio local.

No caso, o interesse em manter a defesa do território e a paz social nacional acabam fagocitando o interesse local, sendo preferível uma regulação uníssona no ordenamento quando o assunto fabricação e comércio de material bélico.

Perceba que uma das conclusões parciais acabara sendo confirmada, na medida em que se vislumbra uma regra geral de regulação do comércio local pelo Município, variando em alguns casos específicos conforme a natureza do produto, que poderá atrair mais ou menos o interesse de outros entes.

Após o breve galope de ida e volta na análise cronológica dos acórdãos, saindo de abril indo à novembro e retornando à setembro de 1997, voltemos ao caminho regular inicialmente proposto, passando a análise da decisão proferida pelo Pleno em fevereiro de 2000, no Recurso Extraordinário n. 237.965-3 – São Paulo (STF, RE 237965).

O Município de Ribeirão Preto, com fundamento em lei local, imputou multa calculada em salários mínimos à empresa comercial Raia e Cia Limitada, por manter aberto o seu estabelecimento fora dos horários de plantão. A drogaria, por sua vez, impetrou mandado de segurança que foi denegado no piso e, interposto o recurso, o Tribunal de Justiça negou provimento.

É neste panorama que a questão chegou ao Supremo com dois enfoques distintos de análise: o primeiro, referente à pretensão principal de que o Judiciário assegurasse o funcionamento do estabelecimento em Ribeirão Preto por 24 horas, todos os dias do ano, fora do alcance da regulamentação legal do Município; o segundo, referente à inconstitucionalidade de imputação de multa em salários mínimos.

Da análise do caso em tela, acertada ou não recepção de entendimentos formado antes de 1988, somos obrigados a aplaudir a sensibilidade do Ministro Ribeiro da Costa quando vislumbrou hipoteticamente a situação de grandes conglomerados organizados funcionarem 24 horas diárias, isso ainda na década de 50, em situação perigosa ao comércio local, tendente a eliminar pequenos comerciantes.

Isso porque, em 2000, aproximadamente 50 anos depois, em novo modelo constitucional, esses grandes agentes econômicos movimentaram o Judiciário justamente para obter autorização para implantação do sistema *night and day*.

E mais. A sensibilidade de sua decisão permitiu que se prolongasse o entendimento no tempo, tendo sido fundamentado em termos semelhantes em 1997 e agora no RE 237.965: é competência municipal a regulação do comércio local, sendo sua prerrogativa disciplinar o horário de funcionamento dos estabelecimentos comerciais farmacêuticos, de forma a harmonizar a continuidade ao comércio de utilidade pública e evitar ou corrigir possíveis falhas de mercados.

Em relação ao segundo ponto, apenas para que não deixemos pontas sem fechamento, o Supremo na ADIN n. 1425 já havia se pronunciado que vincular o salário-mínimo a qualquer finalidade é inconstitucional, não podendo a municipalidade vinculá-lo à base de apuração de multas administrativas.

De toda forma, a Constituição de 1988 com seu modelo econômico de bem-estar, recheado de princípios atinentes à liberdade de mercado, nitidamente ascendeu o desejo das grandes drogarias em combater regulações municipais antigas a respeito do horário comercial. Não sem razão, a atuação do Supremo no final da década de 90 e início dos anos 2000 em diferentes momentos enfrentava diuturnamente questionamentos de grandes redes de farmácia.

A repetição com que aparece no período é tamanha ao ponto de a mesma discussão ter sido apreciada no Recurso Extraordinário n. 189.170/SP – São Paulo (STF, RE 189170), no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 285.449 - São Paulo (STF, AgRE 285449), no Recurso Extraordinário n. 274.028-4 - São Paulo (STF, RE 274028), e no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 310.633-5 - São Paulo (STF, AgAI 310633), todos os expedientes no ano de 2001, nas respectivas sessões de 01 de fevereiro, 17 de abril, 05 de junho, 31 de agosto.

E não é hiperbólico quando afirmamos se tratar da mesma discussão, na medida em que essas quatro decisões têm como centro de questionamento a Lei n. 8.794/78 do Município de São Paulo, que regula o horário comercial das farmácias, vedando o funcionamento daquelas que não estejam escaladas para plantão obrigatório (sistema de rodízio).

Poderíamos até seguir em frente, somente repisando o que historicamente já vinha sendo decidido pelo Supremo desde o final da década de 50, não fosse o posicionamento do Ministro Marco Aurélio em voto vencido que sinalizou para um giro compreensão ao analisar a questão incumbido da relatoria do RE 189170.

Ao se posicionar sobre a lei municipal em debate, considerou inconstitucional a proibição para fora dos horários comerciais para funcionamento de farmácia não escalada para plantão obrigatório.

Destacou que o estabelecimento de rodízio pelo Município constitui verdadeira reserva de mercado, divergindo do próprio objetivo da norma em garantir que a população local tenha acesso à atividade privada de utilidade pública, argumento esse articulado e coeso que em um primeiro momento rechaça o entendimento cristalizado na Corte.

Segundo o Ministro relator, a municipalidade poderia impor o funcionamento de farmácias que pretendam se manter com portas fechadas. Até mesmo porque, nesse caso, se todas as drogarias não abrem aos sábados, feriados e encerram as atividades às 18h, a população local ficará desassistida dessa atividade, o que autoriza a ordem estatal para que funcionem em sistema de rodízio de plantão.

Todavia, se uma farmácia pretende se manter aberta 24 horas, todos os dias da semana, qual seria o racional da Municipalidade em impedir essa atividade? Qual o prejuízo à população local deixa-la aberta? Seria a regulação uma forma de protecionismo local que pretende reservar o mercado aos entes já estabelecidos na comuna?

É neste panorama que, por entender violação aos princípios da ordem econômica da livre-iniciativa e livre concorrência, o relator deu provimento ao recurso da drogaria e entendeu inconstitucional o artigo 4º da lei municipal questionada. Foi neste momento que o

Ministro Maurício Corrêa pediu vista, o julgamento foi suspenso, tendo sido retomado posteriormente. É sabido que o Ministro Maurício Corrêa tinha posicionamento diferente, uma vez que em 1997 havia julgado mesma questão de forma diametralmente oposta.

Ao final dos trâmites, o voto do relator foi vencido pelo posicionamento já estabelecido na Corte, recepcionando expressamente a Súmula n. 419. O Ministro Maurício Corrêa, em voto-vista, reafirmou a competência das municipalidades para disporem sobre o comércio, por se tratar de assunto de interesse predominantemente local, compreendido no conceito aberto do artigo 30, inciso I da Constituição.

Destaca que entre as prerrogativas político-legislativa das localidades, certamente estariam incluídas *“aquelas que dizem respeito diretamente ao comércio”*, e prossegue, *“[...]daí parecer-me atual e em plena vigência, aplicável inclusive ao caso presente, a Súmula 419 desta Corte”* (STF, RE 189170).

A respeito das divergências, posicionamo-nos.

A nós, parece que não são conflitantes os votos, oferecendo ambos posições conciliáveis. Por primeiro, caminhou bem Marco Aurélio ao levantar o questionamento se o que era decidido sob a égide da Constituição de 1946 e realidade de 1950 poderia ser aplicado como dogma jurisprudencial intocável. Realmente, as alterações da Carta e da sociedade impõe ao menos reflexão sobre a recepção de entendimentos.

De outro giro, também caminha bem ao apontar o ambiente de liberdade econômica declarada por regras-princípios dispostas no artigo 170 da Constituição de 1988, inclusive na posição pontual do Estado-regulador disposta no artigo 174 da Carta Econômica.

E também não nos parecem equivocados os questionamentos de ausência de racionalidade em obrigar farmácias a encerrarem as atividades, reservando somente a uma parcela, em conformidade ao rodízio estabelecido e organizado pelo Poder Público, de se manter operando em determinados períodos.

Como alhures já ressaltamos, referido argumento do Ministro é articulado e derruba a instrumentalidade da norma local que visa garantir à população acesso ao comércio de utilidade pública. Se a farmácia quer permanecer aberta, por qual razão obriga-la a fechar? É essa questão que deveria ter sido discutida com mais rigor no voto-vista.

Da mesma forma, o Ministro Maurício Corrêa também não parte de posicionamento equivocado, na medida em que não houveram transformações aptas a não recepcionar a Súmula n. 419, sendo o peculiar interesse de outrora o interesse local de hoje. É, então, prerrogativa-obrigação do Município prezar pelo bem-estar da população local, disciplinando

o horário de funcionamento dos estabelecimentos comerciais. Demais disso, parece também cristalina a vocação municipal para regular o comércio.

Desliza o Ministro Marco Aurélio, contudo, ao se apegar em demasia ao sistema capitalista e na liberdade econômica, e se esquecer que a ordem econômica “*postula um modelo de bem-estar*” (GRAU, 2009, p. 305) com um Estado interventor que deverá atuar para suprir falhas de mercado, implementar políticas econômicas, e gerar bem-estar a população.

Por orientação constitucional, portanto, verifica-se a necessidade de uma postura ativa do Município para garantir que a livre concorrência não seja fórmula de dominação econômica, em uma realidade em que grandes agentes sucumbem os pequenos, impossibilitados de concorrerem em igualdade.

Não é de se espantar, inclusive, que o combate a referida lei municipal nesse período foi realizado por redes farmacêuticas de grande porte, com drogarias em todo território nacional e tendente a fulminar o pequeno comerciante.

Daí ser admissível que medidas regulatórias locais sejam realizadas com o fito de reduzir a posição dominante de alguns grandes agentes, devolvendo por meio de direção normativa o mínimo de igualdade material de competição aos pequenos.

Ocorre que o Ministro Marco Aurélio, quem muito admiramos, não se apegou a dupla instrumentalidade de medidas regulatórias semelhantes à da Lei Municipal de São Paulo n. 8.794/78. Refutou a sua constitucionalidade em razão da liberdade econômica e por inexistência de razões de regular, na medida em que farmácias abertas 24 horas por espontânea vontade atingem, sem nenhuma coerção, a finalidade de suprimento da população local por um comércio de utilidade pública, que necessita ser funcionar de maneira minimamente contínua.

De fato, em um ambiente que não existem farmácias que funcionam em feriados ou após o expediente, impor o funcionamento como forma de garantir à população a assistência farmacêutica é medida de rigor. Ocorre que, como se visualiza na capital, a população não sofre com ausência de farmácias, haja vista a existência de grandes redes aptas a permanecerem funcionando 24 horas.

Nesse caso, estabelecer o sistema de rodízio preza não somente pelo viés da continuidade da atividade de utilidade pública, tendo como objetivo também tutelar o próprio comércio local, mitigando o poder dominante de grandes agentes que tendem a engolir os pequenos. Neste panorama, assume papel clássico de regulação tendente a evitar ou

solucionar falhas de concentração. Com oligopólios constituídos, fulmina-se a livre concorrência a partir da utilização do discurso de manutenção da própria livre concorrência.

Dá a dupla finalidade, uma assistencial e outra de harmonização do mercado local, esta segunda não visualizada no voto do Ministro Marco Aurélio.

Em relação ao voto-vista, cabe ainda reiterar uma crítica.

Apesar de decidir acertadamente sobre a constitucionalidade da lei local, limitou-se a reafirmar a competência municipal para regulação do comércio, sem explicar o porquê de a lei municipal, no caso de ambientes com excesso de agentes econômicos que querem prover a população local por 24 horas ininterruptas, não perder a sua instrumentalidade. Era necessário, ante a articulação da relatoria demonstrar a outra face da instrumentalidade da lei local.

De toda forma, a discussão foi positiva sob o ponto de vista dialético, ao ponto de ter sido mencionada RE 274028, de relatoria do Ministro Moreira Alves. No mesmo sentido, também seguiram as decisões no Agravo Regimental no RE 285449, de relatoria do Ministro Nelson Jobim, e no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 310633, de relatoria do Ministro Néri da Silveira. Todas, convergentes à possibilidade de o Município regular o horário comercial das farmácias, inclusive por meio de rodízio de plantões conforme escala prévia.

E mais. Ao que parece, as discussões movimentaram o Supremo Tribunal Federal quanto à questão da regulação municipal do horário do comércio local, culminando na aprovação de nova súmula em 13 de outubro de 2003, que de certa forma reforçou a velha e muito aplicada Súmula n. 419, aprovada em junho de 1964.

Dessa forma, por meio da Súmula n. 645, o Supremo repisa o entendimento: “*é competente o município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial*”. E ainda, posteriormente, em 20 de março de 2015, referido enunciado foi convertido na Súmula Vinculante n. 28.

Esse novo ferramental precedente foi utilizado por Eros Grau ao apreciar o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.622.405-1 - Minas Gerais (STF, AgRAI 622405) em 22 de maio de 2007. No plano fático-jurídico, o Município de Teófilo Otoni autorizou os supermercados sediados na localidade a funcionarem de segunda-feira aos domingos, inclusive feriados, das 8 às 22 horas. Contra essa medida se insurgiu o Sindicato Dos Empregados No Comércio De Teófilo Otoni, apontando possível ilegalidade.

Enfrentando a questão, o Ministro Eros Roberto Grau reiterou a competência municipal para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial, invocando a jurisprudência do Supremo cristalizada na Súmula 645.

Destacou na oportunidade que *“sob a ordem constitucional instituída pela Constituição de 1988, está reservada pelo seu artigo 30, inciso I, ao dispor que ‘compete aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local’”* (STF, AgRAI 622405).

De toda forma, referido acórdão converge com o nosso posicionamento ao final do segundo capítulo, quando após analisadas as competências afirmamos que para regulação do comércio local, a competência municipal era privativa. É esse sentido que, ao menos aparentemente, Eros Grau nos revela ao afirmar que o artigo 30, inciso I reserva essa competência às entidades locais.

É certo que existem divergências sobre competências reservadas, principalmente em razão da fórmula adotada pelo constituinte no artigo 25, § 1º (*“são reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas pela Constituição”*). Todavia, a interpretação da decisão do Ministro não nos autoriza construir o entendimento que ele se valeu da terminologia “reservada” com mesmo sentido do constituinte, de competências remanescentes.

Em verdade, propositadamente ou não, Grau em sua fundamentação se posiciona de forma convergente à Fernanda Dias Menezes de Almeida, para quem os poderes reservados são aqueles privativos, independentemente da entidade federativa.

É o que nos esclarece a constitucionalista: *“Antes nos parece que poderes reservados são equivalentes a poderes próprios, privativos, não importa de que entidade federativa”* (ALMEIDA, 2013, p. 66). E por essa razão, reiteramos a nossa posição: o comércio local é assunto de interesse local ao ponto de ser considerado competência material privativa do Município.

Seguindo a análise cronológica, identifica-se julgamento que, ao nosso sentir, o Supremo não esmerou ao produzir a decisão, causando algumas confusões interpretativas. Vejamos.

O Município de Porto Alegre por meio da Lei n. 8.640/2000 proibiu a comercialização de água mineral com teor de flúor acima de 0,9 mg/l, o que causou dúvidas quanto possível extrapolção de competência, razão pela qual foi levada ao Supremo em 2009 por meio do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.596.489 - Rio Grande do Sul (STF, AgRRE 5996489). Teria a municipalidade legislado sobre águas? Se a resposta fosse positiva, teria

incurrido em usurpação de competência legislativa privativa da União disposta no artigo 22, IV, como também competência material exclusiva nos termos do artigo 21, XIX.

Essa inconstitucionalidade foi afastada, vez que a norma local não teve o condão de regular a água propriamente dita, e sim adequar a comercialização de água potável ao consumo da população local, resguardando a sua saúde, essa sim de competência legislativa concorrente.

Sob esse prisma, fundamentou o Supremo, no exercício de suas prerrogativas políticas o Município poderia suplementar a lei federal e estadual (artigo 30, I e II). No entanto, aponta a decisão que a lei municipal divergia da Resolução n. 54/2000 da ANVISA que permite a comercialização de água potável com fluoretação acima de 0,9 mg/l ao dispor sobre a rotulagem, razão pela qual o Supremo considerou inconstitucional a lei municipal por restringir determinações contidas no regramento nacional.

Visualizamos problemas nessa decisão.

Primeiramente, em nenhum momento a Resolução n. 54/2000 da ANVISA quando cuida da rotulagem estabelece limites de fluoretação da água comercializável, tendo sido interpretado texto não escrito. Também em nenhum momento a agência reguladora, ao dispor sobre rotulagem, trabalha com o binômio proibido/permitido, estabelecendo dever de transparência com informações obrigatórias em embalagens, como “contém fluoreto” ou “fluoreto acima de 2 mg/l, para consumo diário, não é recomendável”.

E mais, quando o agente regulador quis estabelecer níveis limites de concentração de elementos químicos, o fez expressamente na mesma resolução, no item 6 que cuida de concentrações limites para alguns produtos.

Se não existem níveis estabelecidos pela ANVISA, e havendo comprovações de que representa risco à saúde, por qual razão não criar dentro da comuna esses limites enquanto não sobrevém nenhuma lei federal regulando a situação? Por essa razão, compreendemos que o STF vislumbrou uma antinomia inexistente entre a Resolução da agência e a lei local sobre os limites de fluoretação.

A omissão da União em relação ao que comprovadamente faz mal à saúde não é liberdade de concentração para o fluoreto, não representado óbice para atuação do legislador local que preza pelo bem-estar população que representa.

Demais disso, intriga-nos também no possível choque entre a lei municipal e ato normativo de agência reguladora, esta prevalecer e aquela ser reputada inconstitucional. O próprio Supremo não afastou a competência do Município para regular o comércio de água potável por razões de saúde pública, pelo que partindo da única parametricidade possível no

controle de constitucionalidade a norma local não seria inconstitucional em relação à Constituição.

A inconstitucionalidade nos termos da decisão, vem da incompatibilidade com o regramento nacional, mas o regramento nacional é um ato normativo advindo de autarquia federal.

Não nos parece razoável que no conflito entre resolução normativa de agência reguladora e lei local, aquela prevaleça, sob pena de se criar uma anomalia na hierarquia normativa que colocaria a lei local abaixo de atos administrativos produzidos pelo poder central, por si ou por meio da Administração Indireta.

Ao nosso sentir, a solução para o conflito mais próxima do equilíbrio federativo seria reconhecer que o assunto das concentrações de produtos químicos existentes na água potável tem predominância do interesse nacional, razão pela qual é da União a competência para dispor, por si ou por meio de sua Agência Reguladora, sobre os limites e riscos à saúde.

Nesse caso, o conflito seria entre a lei local e o artigo 7º da Lei n. 9.782/1999 que confere à ANVISA o mister de estabelecer os limites sobre a concentração de substâncias químicas que causem prejuízo à saúde. O município teria violado a própria súmula 419, na medida em que legislou sobre o comércio local em desacordo à legislação federal. Entendemos que dessa forma se respeitam os níveis normativos hierárquicos, confrontando lei com lei, e com critério bem definido da predominância do interesse para análise.

O que se critica, e é bom que fique claro, não é o resultado final da decisão, e sim a forma como foi construída. Muito embora admiremos o Ministro Eros Grau, relator do acórdão, julgou inconstitucional a lei local por violar a Resolução da ANVISA, mencionando dispositivo da normativa autárquica que sequer estabelecia limites para fluoretação.

No entanto, compreendemos que a predominância do interesse para disciplinar os níveis de concentração da água potável comercializável seja nacional, vez que é desejável que toda a população brasileira goze de segurança alimentar no consumo de produto de importância primária.

Prosseguindo com a análise dos acórdãos colhidos na amostragem, deparamo-nos com uma situação nova que aborda a ordenação do solo como instrumento de regulação econômica.

No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 597.165 – Distrito Federal²⁷, julgado na sessão realizada em 24 de outubro de 2014, o Ministro Celso de Melo enfrenta a possibilidade de o Município vedar instalação de postos de gasolina em determinadas áreas por razões de segurança, como em estacionamentos de supermercados, próximo às escolas ou ainda até mesmo próximo a outro posto de revenda de gasolina. Ao fundamentar, ressalta que a liberdade de iniciativa não é incondicionada, podendo sofrer restrições para acomodá-la ao bem-estar da população local.

Destacou que a regulação não é inspirada no propósito de estabelecer reserva de mercado, mas na necessidade de ordenação física e social da ocupação do solo urbano e de controlar seu uso em atividade geradora de risco como a revenda de gasolina.

Essa possibilidade de regulamentação edilícia como relação comercial já havíamos até vislumbrado, porém com olhos voltados para o zoneamento de áreas comerciais, por exemplo. Afinal, é certo que a Constituição autoriza no artigo 30, I e VIII, bem como no artigo 182, o Município a ordenar física e socialmente o solo. O acórdão, contudo, abre nossos olhos para outro horizonte: a utilização dessa ordenação do solo como instrumento de intervenção econômica no comércio local com o escopo de garantir a segurança dos munícipes, sendo relevante instrumento de controle de atividades perigosas.

A decisão que segue volta com a regulação municipal do horário comercial local, em sessão realizada em 15 de março de 2016, por meio do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 732.222 - Ceará (AgRRE 732222). Não nos prolongaremos, uma vez que reiteradas vezes já discurremos a respeito, e o posicionamento do STF é firme, desde a década de 1950, sobre a possibilidade de o Município definir o horário de funcionamento de estabelecimento comercial. Inclusive, o entendimento foi reiterado como jurisprudência em três momentos distintos, por meio das Súmulas n. 419, n. 645, este convertido na Súmula Vinculante n. 38.

Encerrando a cronologia dos acórdãos, deparamo-nos com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 273 – Mato Grosso (STF, ADPF 273) ajuizada pelo Procurador-Geral da República, impugnando a validade jurídico-constitucional da Lei Municipal n. 2.774 de 2005 de Várzea Grande/MT.

Em linhas gerais, a norma local regulamentou o exercício de atividades suplementares em farmácias, drogarias e semelhantes, possibilitando a comercialização nesses

²⁷Apesar da natureza jurídica *suis generis* do Distrito Federal, a questão envolvendo limitação de raio para dois postos de gasolina é assunto referente aos Municípios enfrentada pelo Supremo em outras oportunidades, como no Recurso Extraordinário n. 199.101-01 – Santa Catarina, envolvendo o Município de Joinville.

estabelecimentos de produtos de higiene pessoal, perfume e cosmético; produtos de higiene de ambientes e objetos tais como álcool, água sanitária, detergente, sabões, desinfetantes, solventes, ceras, inseticidas, vassouras, panos e esponjas; produtos dietéticos; líquidos e comestíveis de fácil manipulação e armazenagem, tais como biscoito, doces, chocolates, confeitos, temperos, farinhas, cereais, massas, açúcar mascavo, arroz integral, café, chá, leite em pó, laticínios, sopas, água mineral, refrigerante, vedada a venda de bebidas alcoólicas; produtos, aparelhos e acessórios para bebês, tais como fraldas, chupetas, alfinetes e urinol; produtos e acessórios para testes físicos e exames patológicos; produtos veterinários tais como coleiras, utensílios de limpeza, ossos plásticos, comedouros, areia higiênica; produtos como aparelhos de barbear, caixa de fósforo, isqueiro, canetas, lápis, cartões telefônicos, velas e filmes fotográficos.

O Procurador-Geral, proponente da medida, alega que a legislação local violou o pacto federativo, bem como o direito fundamental à saúde, como também usurpou a competência da União para legislar sobre normas gerais de proteção e defesa da saúde.

Assevera que ao disciplinar aspectos de caráter geral referentes ao comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, extrapolou os parâmetros federais fixados a respeito de itens passíveis de comercialização por farmácias e drogarias.

Demais disso, também aponta para ofensa referente às normas gerais editadas pela União, como as leis n. 5.991/1973, que disciplina o comércio farmacêutico, e n. 9.782/1999, que define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária; o Decreto 74.170/1974; a Resolução 328/1999, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), e as Instruções Normativas 9 e 10, de 2009, também daquele ente regulador.

Diante da questão arguida, o Supremo Tribunal Federal destacou que não é o caso de proteção à saúde, haja vista se tratar a venda de artigos de conveniência em farmácias e drogarias de situação atinente ao comércio local.

Sendo assim, a competência para cuidar da matéria não é privativa da União, admitindo a regulação por parte dos Municípios, razão pela qual julgou improcedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Vale destacar que no julgamento menciona a posição do STF firmada no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n. 4.954/AC em que se discutiu a lei do Estado de Acre de igual teor a essa do Município de Várzea Grande. Em linhas gerais, nessa oportunidade, por estar enfrentando a regulação estadual do comércio local, o Ministro Marco Aurélio dispôs que

autorizar a venda de “artigos de conveniência” por farmácias e drogarias, o legislador estadual nada dispôs sobre saúde, e sim acerca do comércio local. Não se tratando de operações de venda interestadual, em relação as quais incumbe à União a disciplina – artigo 22, inciso VIII, da Carta –, e inexistindo norma constitucional específica a respeito da regulação do comércio de artigos de conveniência, remanesce a competência dos estados para legislar sobre o tema – artigo 25, § 1º, da Constituição. (STF, ADI 4954)

No contexto do julgamento, realmente se visualiza o Estado atuando em sua competência remanescente, o que é perfeitamente possível ante a inexistência de competência privativa da União. Ocorre que a Corte Constitucional nas duas manifestações destaca que se trata de competência remanescente dos Estados, podendo o Município somente se valer de sua competência suplementar para dispor sobre assuntos de interesse local.

Todavia, é importante ressaltar que o comércio local, como o próprio adjetivo faz entender, é assunto de interesse predominantemente local, razão pela qual se trata de competência privativa implícita do Município nos termos do artigo 30, I, que afasta a competência estadual remanescente. Nesse sentido, como esclarece Hely Lopes MEIRELLES (2017, p. 142), mencionando as regras de Victor Nunes Leal, os poderes municipais implícitos e explícitos, prevalecem sobre os poderes remanescentes do Estado, na medida em que este ente somente poderá dispor sobre matérias que não lhes são vedadas.

Destaca-se ainda que o Supremo em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.327-6 – São Paulo (STF, ADI 2327), de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, entendeu ser formalmente inconstitucional a Lei Estadual n. 10.307/1999 que intentou regular a instalação de estabelecimentos comerciais farmacêuticos, por se tratar de assunto de interesse local de competência Municipal.

Neste caso, a regra aplicada para verificação da competência seguiu aquela que adotamos no parágrafo anterior para refutar a compreensão de que o comércio local pode ser legislado pelo Estado em sua competência residual, e os Municípios somente suplementarmente.

Essa decisão não foi identificada nos critérios de pesquisa adotado por se tratar de lei estadual regulando o comércio local, tendo sido identificada por acaso acadêmico não tão preso ao rigor metodológico. Isso não a torna menos importante, principalmente no que se refere ao julgamento material da norma posta.

Tratando-se de limitação para instalação de estabelecimentos farmacêuticos, o Supremo houve por bem julgar inconstitucional, por inexistência de razões regulatórias que possibilitem a interferência na liberdade econômica dos agentes.

Perceba que o racional de julgamento é semelhante ao da proibição de instalação de postos de revenda de combustíveis em algumas áreas, como por exemplo estacionamento de

supermercados. Para o exercício da competência urbanística de ordenar o solo como instrumento de regulação econômica, deve existir, necessariamente, a finalidade de promoção de bem-estar à população local, seja por conta de higiene, saúde, segurança, sossego, dentre outros. Não identificada essas razões de regulação, prevalece a livre iniciativa e concorrência.

E assim, encerra-se a análise histórico-cronológica da atuação do Supremo Tribunal Federal após a promulgação da Constituição de 1988 em assuntos referentes à regulação municipal do comércio.

Se observado, as temáticas se repetiram nesse período, com preponderância de discussões atinentes ao setor farmacêutico envolvendo grandes agentes contra leis locais impositoras de sistema de rodízio. Foi constatado que, muito embora a ordem constitucional tenha passado profundas alterações, os entendimentos do STF permaneceram constantes no sentido de ser possível a regulação do comércio local pelo Município. Também se observa discussões relevantes quanto às finalidades da regulação econômica por meio da ordenação do solo, como também amadureceu ainda mais a nossa percepção de que o Município detém competência material privativa para dispor sobre o comércio local.

Essas informações, contudo, apareceram individualizada a cada caso, sendo medida de rigor procedermos a conformação de tudo o que fora obtido mediante a concorrência de métodos histórico, dogmático, e jurisprudencial, para o fim de traçar um desenho geral do arquétipo jurídico da regulação municipal do comércio.

CONCLUSÕES: TRAÇOS DE UM DESENHO GERAL DA REGULAÇÃO MUNICIPAL DO COMÉRCIO

Quando fizemos o fechamento da visão do Supremo anteriormente à Constituição de 1988, partimos da hipótese de que a importância das antigas decisões não se limitava a mera informação histórica de posicionamentos da Corte a respeito da regulação do comércio pelo Município. Sentíamos atualidade nos assuntos discutidos que nos autorizava a prosseguir com a detida análise dos fundamentos das decisões.

Neste momento, após o estudo da posição do STF sobre a regulação municipal do comércio sob a égide da Constituição Cidadã, confirmamos que nosso trabalho não foi em vão. Isso porque, foi durante as décadas de 50-60 que se firmaram as bases do padrão de julgamento, constância essa que nos permitem também partir das conclusões anteriores e transplantá-las com rigor para o presente, incrementando com novos elementos constatados.

Importante relembrar que as conclusões extraídas tiveram e têm o escopo de limpar as discussões jurídicas de possíveis questões fáticas que, necessariamente, passaram por análise

concreta de legislações locais e setores específicos, como farmacêuticos ou revenda de combustíveis. A tarefa não é simples, por evidente, na medida em que abstrações e regras gerais tendem a soluções genéricas, muitas vezes inaplicadas.

Todavia, consideramos importante, na medida em que a partir dessas orientações gerais cada localidade poderá variar a sua regulação, adequando ao seu peculiar interesse. Por isso, os traços genéricos que tem o escopo de um desenho geral do quadro regulatório deverão ser dotados de plasticidade, somente chegando a conformação final pela concreção da lei municipal que disciplinará a realidade específica.

Daí que, por exemplo, de toda discussão referente a regulação municipal de São Paulo sobre o rodízio de farmácias, o que permanece é a dupla instrumentalidade da regulação, uma voltada para a harmonia e melhoramentos dos espaços urbanos de forma a garantir o bem-estar do homem e outra voltada para a correção e prevenção de possíveis falhas de mercado.

Ou então, da discussão referente a ordenação do solo como instrumento de regulação do comércio, não será lançada como uma regra geral a vedação de postos de gasolinas em estacionamentos de supermercados. Diferentemente, novamente como exemplo da abstração que intentamos promover, o que se vislumbra como vetor de atuação é a possibilidade de se valer da competência urbanística para disciplinar o solo urbano e regular o comércio local, limitando a liberdade econômica na hipótese de ser indispensável para saúde, segurança, ou bem-estar geral da população da comuna.

Perceba que a fórmula se adequa a cada caso, tanto que com o mesmo fundamento é permitida a limitação da instalação de postos de revenda de gasolina próxima às escolas, e é vedada a proibição de instalação de farmácias no mesmo quarteirão, por inexistir perigos à população local.

Essas abstrações obtidas a partir das decisões analisadas, somada às conclusões do capítulo 2, permite-nos extrair alguns traços que em conjunto tendem a formar um arquétipo jurídico para regulação municipal do comércio local, dotado de plasticidade suficiente a se adaptar às realidades específicas de cada comuna.

O primeiro traço passa necessariamente pela autorização constitucional dada ao Município para regular o comércio local.

Nesse sentido, a conclusão do capítulo 2 e a conclusão parcial obtida da análise das decisões do STF pré-1988, após a investigação jurisprudencial centrada nas decisões do Supremo sob a vigência da Constituição Cidadã, foi infirmada no julgamento da ADI 4954. Neste caso, vale rememorar que a Corte se posicionou no sentido de o comércio local ser matéria passível de legislação pelos Estados no âmbito de sua competência remanescente, o

que culmina na possibilidade de regulação municipal somente no âmbito suplementar (artigo 30, II, CR1988).

Ao lado dessa decisão, contudo, na sequência verificamos que o mesmo STF na ADI 2327 declarou inconstitucional lei estadual que tentou disciplinar sobre instalação de estabelecimentos farmacêuticos, por ser o comércio na cidade assunto de interesse local.

Diante dessa celeuma, mantivemos e ainda mantemos, em conformidade à ADI 2327, o nosso entendimento de que o comércio local é de interesse predominantemente local, não havendo espaço regulatório para outras Pessoas Políticas diante da exclusividade implícita que detém o Município para dispor a respeito.

Nem mesmo o argumento favorável em considerá-lo competência remanescente dos Estados prospera, vez que o comércio local é competência material privativa implícita, o que, por regra, afastam as remanescentes.

Vale lembrar que, ainda no capítulo 2, não extraímos a nossa conclusão de suposição injustificada, tendo sido construída a partir de dois racionais distintos. Um deles, relacionado à função social de abastecimento da população local, que torna o comércio assunto intimamente vinculado a vida local.

Nesse sentido, convém reforçar a emblemática posição do juízo de piso pronunciada no RMS 13105 (STF): *“Ora, nada mais afeta a vida urbana que as atividades do comércio e da indústria em geral”* (STF, RMS 13105).

O segundo, decorreu da própria interpretação sistemática da Constituição, construída a partir da conformação do artigo 22, VIII, com o artigo 30, I, e o princípio constitucional da predominância do interesse utilizado na partilha de competências.

Essa competência privativa, por sua vez, comporta subtrações parciais decorrentes da peculiaridade do produto que, a depender de sua natureza bélica ou nuclear, desloca o eixo de predominância do interesse local para nacional, atribuindo exclusivamente à União a prerrogativa de regulação.

Outra ponderação, que se observa em grande dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal sobre horário comercial e desde a década de 60 é posição sedimentada na Súmula n. 419, é o fato de a competência privativa dos Municípios não servir de justificativa para usurpar competência privativa de outros entes, sendo necessário a harmonização entre os entes.

A título de exemplo, a competência municipal para disciplinar o horário de funcionamento o comércio local, não autoriza que altere disposições sobre contrato de trabalho, de competência da União.

Daí o traço inicial do arquétipo jurídico: o comércio local é competência privativa implícita dos Municípios, devendo sempre ser exercida respeitando competências privativas de outras Pessoas Políticas.

Após identificada a competência municipal para regular o comércio local, necessário se faz identificar a sua posição dentro da categoria genérica da atividade econômica em sentido amplo.

Isso porque, como esclarece Eros GRAU (2018, p. 98), ela é gênero que comporta duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. A formulação de comércio, nessa classificação, acaba encontrando um obstáculo, vez que ao considerá-lo uma atividade econômica não esclarecemos se em sentido estrito ou não.

Essa discussão poderia ganhar relevo se observada algumas decisões envolvendo comércios específicos que, em razão de sua função de abastecimento da população local com produtos de saúde, poderia ser confundido com algo análogo a serviço público.

É o caso das farmácias, em que a lei local acaba por garantir a continuidade da atividade por meio do regime obrigatório de plantões em sistema de rodízio. Essa continuidade, por sua vez, é característica típica de serviço público que, nas palavras de Dinorá GROTTI, “*deve ser prestado sem interrupções, a não ser em hipóteses estritas previstas em lei*” (2002, p. 50).

Apesar desse possível questionamento, o comércio local não tem fisionomia de serviço público, na medida que é atividade econômica em sentido estrito exercida, em regra, pela iniciativa privada. Como Eros GRAU (2018, p. 118) destaca, o serviço público é uma noção dotada de historicidade que, em razão de interesse social, atribui-se a titularidade ao Estado para prestá-lo.

No caso do comércio, historicamente vimos no primeiro capítulo que a iniciativa desde seu nascimento é privada, sendo os particulares responsáveis pelo fluxo de trocas de mercadorias e geração de excedentes comercializáveis, não sendo transferida a sua titularidade ao Estado. Daí a liberdade econômica pressuposta que faz do comércio um ambiente de onde se extrai princípios como livre iniciativa e livre concorrência.

Nessa linha de raciocínio, reiterando uma das conclusões parciais extraídas a partir da análise das decisões do STF pré-1988, é possível afirmar que o comércio local é atividade econômica em sentido estrito, constatação essa reiterada pelo Supremo de forma implícita, na medida em que apresenta nas suas decisões a preocupação com a liberdade econômica do comerciante que exerce a mercancia, enquanto atividade econômica em sentido estrito.

Eis, então, o segundo traço do desenho geral para a regulação municipal do comércio local: o comércio local é atividade econômica em sentido estrito.

Por consequência, não é a regra que sofra intervenção estatal maciça e desprovida de finalidades, fluindo seus processos de acordo com o modelo econômico adotado e servindo o direito de forma jurídica para sua concretização, o que já constatamos ao formular o conceito de comércio e ao tecer algumas assertivas referentes às decisões do Supremo pré-1988.

Conveniente, neste momento, relembrar o posicionamento de Eros GRAU (2011, p. 124) que, orientado pelas lições de Reich, esclarece-nos sobre o duplo caráter do direito, sendo uma dessas facetas justamente a organização dos processos econômicos que fluem conforme as regras da economia de mercado, oferecendo a sua disposição o ferramental de normas e instituições.

O destaque, nesse contexto, recai sobre dois princípios jurídicos pressupostos extraídos do bojo da sociedade movida pelo modo-de-vida capitalista: o princípio da propriedade privada e o princípio da liberdade de contratar, sem os quais o comércio não se operacionaliza.

O exemplo de Marx apresentado por Eros GRAU (2011, p. 62) em sua obra *O Direito Posto e o Direito Pressuposto* é esclarecedor nesse sentido. A respeito das mercadorias, assevera que elas não comparecem sozinhas no mercado, e nem se intercambiam por si. Ao revés, existe um possuidor, reconhecidamente por outros sujeitos como o proprietário, que leva a coisa ao ambiente em que são realizadas as trocas.

Somente então se realiza a permuta entre aquele que pretende se dispor de algo - ou por ter em excesso ou por não ter mais interesse privado em manter o domínio - e aquele que pretende adquirir. Existem, nesse caso, formas jurídicas pressupostas de propriedade e liberdade de contratar, não necessariamente estatizadas, extraídas do bojo social.

Novamente voltando ao duplo caráter do direito que mencionamos há pouco, em modelos econômicos de bem-estar, como o adotado na Constituição, além de organizar os processos da economia de mercado, também se vale o Estado do direito para influir nos processos econômicos.

Daí mais um duplo traço característico da regulação municipal do comércio local: deverá ser utilizada de forma instrumental para garantir o bom funcionamento local do comércio, corrigindo falhas de mercado; ou para garantir o bem-estar da população local, propiciando melhores condições de vida na comunidade ao prezar pelo sossego público, segurança, saúde, higiene, ordem e costumes locais, abastecimento da população local (função social do comércio).

É o que tratamos por intervenção do Estado sobre a economia ainda no capítulo 2 quando discutíamos competências econômicas materiais e em algumas decisões apreciadas. A respeito dessa segunda instrumentalidade do direito, nos dizeres de GRAU, “*converte-se em instrumento de que lança mão o Estado para influir em tais processos e, a um tempo só, obter a consecução de determinados objetivos de política social*” (2011, p. 124).

Nessa perspectiva, identifica-se o terceiro traço que servirá de norte para regulação do comércio local pelo Município: sendo atividade econômica em sentido estrito, a intervenção estatal será instrumental, jamais sendo considerada um fim em si mesma.

É neste ponto que se identifica no escopo regulatório as razões de intervenção, que, a partir da análise das decisões do Supremo e das competências urbanísticas, ou terão o condão de corrigir/evitar falhas de mercado ou terão a finalidade de assegurar o bem-estar da população local ao garantir segurança, higiene, sossego público, saúde, ou ainda a função social do comércio.

Sobre as primeiras razões, Fábio NUSDEO (2010, p. 187), assevera que a admissão do Estado no mercado, intervindo por instrumentos jurídicos, em um primeiro momento se deu como corretor de disfunções, as intituladas falhas de mercado.

Dentre elas, é possível mencionar a falha de mobilidade, decorrente da impossibilidade de alguns setores reagirem instantaneamente aos sinais indicativos do mercado, por conta da rigidez dos fatores de produção.

No capítulo 1, quando ainda tentávamos definir comércio a partir de uma análise histórica, vimos essa intervenção estatal na política de defesa do café, em que o próprio Estado atuava como consumidor para mitigar os prejuízos dos cafeicultores que sofriam com a superprodução que não encontrou sua demanda. Como destacou Celso FURTADO (2007, p. 253), com o fito de restabelecer o equilíbrio, o governo intervém comprando excedentes.

Outra falha clássica de mercado também apontada por NUSDEO (2010, p. 143), é a falha de transparência, decorrente da assimetria de informação sobre os produtos postos à venda no comércio.

Merece destaque na contenção dessa falha o Código de Defesa do Consumidor, disciplinando deveres de informação por parte dos fornecedores, de forma que o comércio seja um ambiente de encontro de oferta e demanda em que os sujeitos se encontram em igual de informação.

Ainda, da amostragem de acórdãos do Supremo também é possível constatar a intervenção estatal para suprir falha de transparência. Muito embora tenhamos criticado a atuação do STF ao apreciar a questão da concentração de flúor na água potável, a norma de

rotulagem estabelecida pela ANVISA é uma clássica intervenção estatal na economia como forma de mitigar a assimetria de informação, impondo ao fabricante boa-fé e transparência em relação ao produto que colocada à venda no comércio.

Tanto as falhas de mobilidade e de informação são passíveis também de serem corrigidas pelos Municípios, desde que vislumbre a necessidade de sanar a disfunção em razão do bom funcionamento do comércio local.

Prosseguindo nas falhas, e essa inclusive também apareceu na pesquisa de decisões desde a década de 50 por meio da decisão do Ministro Ribeiro da Costa, destacam-se as falhas de estruturas decorrentes da concentração econômica.

Em linhas gerais, o mercado, e neste conceito se insere o comércio local, para bem funcionar deve ser atomizado, composto por um número elevado de compradores e vendedores que interagem em nível de igualdade, sem posições dominantes. Essa situação é relevante para garantir preços justos, na medida do possível, impossibilitando que agentes sozinhos possam influir na dinâmica de precificação.

É deste ambiente em que princípios como a livre concorrência são extraídos, sendo realmente possível cogitar em liberdade dos agentes se presumidamente todos detém poder econômico próximos. Ocorre que esse mundo ideal não existe, e alguns agentes acabam assumindo o domínio sobre o mercado, fulminando aos poucos os pequenos agentes, em falhas de estruturas passíveis de correção pelo Estado. Para melhor compreensão, relevante a leitura do excerto abaixo transcrito:

Em resumo, a concentração econômica representa uma falha estrutural a inibir os mecanismos decisores e controladores do mercado. Em um mercado concentrado, a alta de preços proveniente de um aumento da procura não necessariamente levará a um aumento da oferta, pelo simples fato de ser mais fácil para as poucas unidades nele atuantes conluiarem-se e elevarem os preços. Por outro lado, estes poderão também subir, por iniciativa dos vendedores conluiados, sem qualquer relação com uma possível elevação da procura. (NUSDEO, 2010, p. 150)

Nas decisões do Supremo é possível constatar a preocupação da Corte em garantir aos Municípios a prerrogativa de evitar que falhas de concentração ocorra. O exemplo típico é o rodízio de plantões que algumas comunas obrigam as farmácias locais a se submetem.

Mesmo onde existem grandes redes farmacêuticas que pretendem permanecer aberta 24 horas, naquilo que o Ministro Ribeiro das Costa intitulou de sistema *night and day*, o rodízio é cogente, impondo o fechamento daquelas que não estejam escaladas.

A razão dessa intervenção recai justamente nas falhas de concentração, pois, acredita-se que também poderão as grandes redes, dotadas de estruturas para permanecerem abertas indefinidamente, penalizando com a morte os pequenos agentes, aumentando cada vez mais sua posição monopolísticas ou oligopolística.

Ao menos impondo o fechamento e submetendo a um rodízio de plantões, em horas determinadas farmácias de pequeno porte terão a possibilidade vender produtos ao ponto de custear as despesas mensais.

Vale destacar, até o capítulo 2, apenas havíamos vislumbrado a possibilidade de o Município intervir no comércio local para fins urbanísticos relacionados ao espaço habitável, sendo essas decisões a abertura da compreensão para uma intervenção municipal com razão econômica propriamente dita de correção de falhas de mercado.

Seguindo ainda com as falhas, também como uma incorreção, é possível mencionar as externalidades negativas, quando o efeito externo não é passível de ser identificado e distribuído o custo adequadamente, recaindo sobre terceiros determinados ou indeterminados.

Exemplo de deseconomia que esclarece a externalidade negativa, retirado das lições propedêuticas de economia de Fábio NUSDEO (2010, p. 153), é a lavanderia que estende a roupa em um gramado para o fim de secagem e após algum tempo se instala usina metalúrgica ao lado que expelle fuligem sujando novamente o que já estava limpo.

Nesse caso a lavanderia ou terá o custo extra de novamente lavar as roupas, ou terá que construir abrigo, ou ainda, em adição nossa, terá que adquirir maquinário de secagem rápida.

Demais disso, ainda partindo do exemplo de Nusdeo, a própria usina gera custo social para as famílias circunvizinhas, que sofrerão que problemas respiratórios decorrente da combustão imperfeita de onde provém a fuligem.

Como possível efeito cascata, sobrecarregar-se-ia o sistema público de saúde municipal, transferindo para a própria municipalidade o custo da inexistência de um filtro antipolvente eficiente.

São essas razões que levam ao nascimento de medidas interventivas, inclusive passíveis de serem adotadas pelo poder Local, como a que impõe às indústrias a adotarem sistema de filtros antipolventes, ou até mesmo o afastamento de certas atividades industriais por meio da regulamentação edilícia, valendo neste caso de ordenação urbana para suprir falha de mercado.

Também nesse sentido, aponta Fábio NUSDEO (2011, p. 159) que o próprio zoneamento urbano representa a tentativa de organizar as atividades citadinas, de forma a reduzir esses custos sociais.

Trazendo para a temática de nossa pesquisa, parece-nos que algumas medidas regulatórias de ordenação do solo têm função relevante na tentativa de evitar externalidades. O zoneamento, como mencionado por nós em convergência ao entendimento de Fábio

Nusdeo, ao se preocupar com a destinação e ocupação do solo visa a manutenção do bem-estar da comunidade.

Nesse passo, ao criar áreas residenciais, intenta promover salubridade, segurança e tranquilidade para os habitantes, evitando perturbações que poderiam ser geradas por indústrias, como os problemas respiratórios do exemplo decorrente da poluição, ou até mesmo ruídos e congêneres.

Nos acórdãos analisados também vimos a preocupação do Supremo com externalidades negativas. Quando o Ministro Ilmar Galvão se deparou com o horário diferenciado de funcionamento dos “centros de compras”, destacou que são localizados em regiões geralmente afastada de zonas habitacionais, não provocando excesso de concentração urbana, desconforto de poluição ambiental e congestionamento de tráfego (STF, RE119258).

Disso acabou apontando alguns efeitos negativos do comércio sentidos pela população circunvizinha, que autorizam o Município a regular o horário de funcionamento para conter, na medida do possível, a externalidade.

Por fim, também se identifica a falha de incentivo decorrente dos bens coletivos, conhecido na literatura econômica como bens públicos, entendidos como aqueles cujo uso não impõe a exclusividade, sendo possível o atendimento simultâneo das necessidades de um grupo ou coletividade.

Essa ausência de particularização decorrente da propriedade, faz com não exista fomento à iniciativa privada para produção desses bens coletivos. Nesse caso, visualiza-se uma falha de incentivo, em fuga de investimentos por duas razões, a primeira, pois, terceiros que não tenham contribuído acabarão por também fruir dos efeitos positivos da utilização do bem coletivo; segundo, pois, não se individualiza nesse caso a contribuição ofertada pelo particular, que terá participação diminuta na concretização.

Ao lado ainda dessa finalidade interventiva, está o próprio cumprimento dos objetivos de política econômica, podendo se valer o Estado de instrumentos de finanças públicas, instrumentos monetários, cambiais, dentre outros.

No capítulo 1, quando discorreremos sobre a fase agroexportadora do Brasil durante o ciclo do café, vimos uma forma de intervenção do Estado brasileiro que artificialmente desvalorizava o câmbio como forma de compensar os prejuízos dos cafeicultores com a queda do consumo de café no mercado internacional.

Muito embora tenha sido uma política não tão adequada sob a ótica do desestímulo do deslocamento do investimento do café em defasagem para outra cultura, por não sentirem os produtores os efeitos diretos da depressão da exportação, é exemplo hábil a demonstrar como

o Estado pode intervir na economia para cumprimento de políticas econômicas, no caso uma política agroexportadora da monocultura do café.

Não nos parece equivocada também a possibilidade de o Município intervir para o fim de satisfação de política econômica municipal, desde que este esteja em consonância ao planejamento nacional, competência privativa da União, e se utilize dos instrumentos que estejam em seu alcance. Não poderá, por exemplo, valer-se de instrumentos cambiais, restrição essa não identificada na utilização de instrumentos de finanças públicas.

Imagine que o Município, por exemplo, deseje aumentar seu parque tecnológico por meio da atração de empresas que trabalhar no desenvolvimento e licenciamento de software, poderá se valer de sua competência de tributar o imposto sobre o serviço para concessão de benefícios fiscais gerais para estímulo da área. Neste caso, por evidente, deverá respeitar a tênue linha entre a licitude, a improbidade e a guerra fiscal.

Perceba que em todas essas situações, interfere-se na órbita econômica com a finalidade influir propriamente no processo, de forma a corrigir/evitar disfunções econômicas, ou ainda como forma de implementar políticas econômicas, o que dá a característica instrumental da regulação.

As razões de intervenção municipal no comércio, contudo, ainda não se esgotam nessas constatações.

Vimos no capítulo 2 e também nas decisões do Supremo que a regulação municipal do comércio também tem sua justificação no objetivo de propiciar ao homem as melhores condições de vida na comunidade, organizando os espaços habitáveis, compreendidos esses como aqueles em que o homem exerce as funções principais do sistema urbano (habitação, trabalho, circulação, recreação).

Melhora, nesse mister, os espaços habitáveis a partir, por exemplo, da restauração da higiene, do conforto, da segurança, do sossego público, da ordem moral, dos bons costumes, e de políticas urbanísticas de interesse coletivo (como o caso da arborização como fundamento de cassação de licença para funcionamento e encerramento das atividades de estabelecimento comercial).

Também, ao final do capítulo 2, apontamos para a existência de uma função social do comércio caracterizada pelo abastecimento da população local que deverá, na medida do possível, evitar a sua versão em mera fonte de especulação sem geração de bem-estar local. Remetendo ainda ao primeiro capítulo, quando da transição de uma economia agroexportadora em uma política de substituição das importações capitaneada pela industrialização, destacamos que o comércio tinha a finalidade precípua de abastecer aquela

recente população que havia migrado do campo para a cidade. Não é absurdo, nesse contexto, afirmar que essa função social é quase uma consequência da impossibilidade de o novo homem urbano retirar da terra citadina tudo o que precisa para sobreviver.

Importante destacar que essas razões de intervenções são indispensáveis na regulação municipal do comércio, sob pena de se tratar de mera medida interventiva abusiva desprovida de propósito, situação em que prevalecerá a livre iniciativa e o ambiente de liberdade econômica.

Tanto o é que ao cuidar da limitação de raio para estabelecimentos farmacêuticos, o Supremo entendeu inexistir nenhum motivo subjacente que autorizasse a medida regulatória, declarando inconstitucional.

Dessa forma, desenha-se a partir do modelo constitucional vigente, uma moldura regulatória do comércio local que parte da competência privativa dos Municípios que (1º traço), ao intervir nesta atividade econômica em sentido estrito (2º traço), deverá ter por objetivos garantir o bom funcionamento do comércio propriamente dito, corrigindo ou precavendo eventual falha de mercado (3º traço); bem como deverá garantir ou restabelecer as boas condições da vida local por meio da organização dos espaços habitáveis (4º traço).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. *Competências na Constituição de 1988*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução do grego: Antonio Campelo Amaral e Carlos Gomes. Edição bilingue. Lisboa: Vega, 1998;

ASQUINI, Alberto. *Perfis da Empresa*. Tradução: Fábio Konder Comparato. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro n. 104, ano XXXV. São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez 1996, pp. 109-126;

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004;

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013;

BASTOS, Celso Ribeiro. *O Município: sua evolução histórica e suas atuais competências*. In: Revista de Direito Constitucional, vol. 1, 1992, p. 54-76, out-dez 1992. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992;

BRASIL. *Ato Institucional n. 1, de 09 de abril de 1964*. Rio de Janeiro, abril 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm> . Acesso em: 22 jan. 2018;

_____. *Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824)*. Rio de Janeiro, dez 1824. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 11 jan. 2018;

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, fev. 1891. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 15 jan. 2018;

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 15 jan. 2018;

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (De 18 de setembro de 1946)*. Rio de Janeiro, set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 22 jan. 2018;

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Brasília, jan. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 22 jan. 2018;

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> . Acesso em 24 de jan. 2018;

_____. DECRETO n. 737. *Determina a ordem do juízo do processo Commercial*. Rio de Janeiro, novembro 1850. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-737-25-novembro-1850-560162-publicacaooriginal-82786-pe.html>>. Acesso em: 12 jan. 2018;

_____. DECRETO n. 2.280. *Dispõe sobre a extinção da Superintendência Nacional de Abastecimento – SUNAB, e dá outras providências*. Brasília, julho 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/d2280.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018;

_____. *Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969*. Brasília, out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 22 jan. 2018;

_____. LEI n. 556. *Código Comercial*. Rio de Janeiro, junho 1850. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0556-1850.htm>. Acesso em: 12 jan. 2018;

_____. LEI n. 1.533. *Altera disposições do Código de Processo Civil, relativas ao mandado de segurança*. Rio de Janeiro, dezembro 1951. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1533.htm>. Acesso em: 09 mai. 2018;

_____. LEI n. 7.565. *Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica*. Brasília, dezembro 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L7565.htm>. Acesso em: 13 abr. 2018;

_____. LEI n. 8.078. *Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências*. Brasília, set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18078.htm>. Acesso em: 24 jan. 2018;

_____. LEI DELEGADA n. 4. *Dispõe sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao povo brasileiro*. Brasília, setembro 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/DDL/Ldl04.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018;

_____. LEI DELEGADA n. 5. *Organiza a Superintendência Nacional do Abastecimento (SUNAB) e dá outras providências*. Brasília, setembro 1962. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/leidel/1960-1969/leidelegada-5-26-setembro-1962-364959-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 10 mai. 2018;

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança n. 3215/MG – Minas Gerais. Relator: Ministro Luiz Gallotti. Pesquisas de Jurisprudência, Acórdãos, 1 dezembro 1955. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=104261>>. Acesso em: 09 mai. 2018;

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança n. 3145/PR – Paraná. Relator: Ministro Cândido Motta. Pesquisas de Jurisprudência, Acórdãos, 13 setembro 1956. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=104208>>. Acesso em: 09 mai. 2018;

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 35892/GO – Goiás. Relator: Ministro Ribeiro da Costa. Pesquisas de Jurisprudência, Acórdãos, 14 janeiro 1958. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=136233>>. Acesso em: 09 mai. 2018;

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança n. 6149/SP – São Paulo. Relator: Ministro Lafayette de Andrada. Pesquisas de Jurisprudência, Acórdãos, 21 maio 1959. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=106477>>. Acesso em: 09 mai. 2018;

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 45.117/SP – São Paulo. Relator: Ministro Ribeiro da Costa. Pesquisas de Jurisprudência, Acórdão, 21 dezembro 1960. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=144709>> . Acesso em: 09 mai. 2018;

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança/SP – São Paulo. Relator: Hahnemann Guimarães. Pesquisas de Jurisprudência, Acórdão, 17 outubro 1962. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=108850>>. Acesso em: 09 mai. 2018;

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 51.575/SP – São Paulo. Relator: Ministro Ribeiro da Costa. Pesquisas de Jurisprudência, Acórdão, 03 outubro 1963. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=150477>>. Acesso em: 09 mai. 2018;

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 49.988/SP – São Paulo. Relator: Ministro Hermes Lima. Pesquisas de Jurisprudência, Acórdão, 03 outubro 1963. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=149038>>. Acesso em: 09 mai. 2018;

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 9.939/SP – São Paulo. Relator: Ministro Pedro Chaves. Pesquisas de Jurisprudência, Acórdão, 06 dezembro 1963. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=109103>>. Acesso em: 09 mai. 2018;

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança n. 14.394/SP – São Paulo. Relator: Ministro Victor Nunes. Pesquisas de Jurisprudência, Acórdão, 17 novembro 1965. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=112305>>. Acesso em: 09 mai. 2018;

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança n. 11.913/SP – São Paulo. Relator: Ministro Candido Motta. Pesquisas de Jurisprudência, Acórdão, 04 maio 1966. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=110337>>. Acesso em: 09 mai. 2018;

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 13.105/SP – São Paulo. Relator: Ministro Lafayette Andrada. Pesquisas de Jurisprudência, Acórdão, 28 abril 1966. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=111222>>. Acesso em: 10 mai. 2018;

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança n. 16.146/RS – Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Hermes Lima. Pesquisas de Jurisprudência, Acórdão, 31 agosto 1966. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=113537>>. Acesso em: 10 mai. 2018;

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 14.635/SP – São Paulo. Relator: Ministro Pedro Chaves. Pesquisas de Jurisprudência, Acórdão, 12 outubro 1966. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=112522>>. Acesso em: 10 mai. 2018;

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 14.164/CE – Ceará. Relator: Ministro Pedro Chaves. Pesquisas de Jurisprudência, Acórdão, 26 abril 1967. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=112114>>. Acesso em: 10 mai. 2018;

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 17.155/PR – Paraná. Relator: Gonçalves de Oliveira. Pesquisas de Jurisprudência, Acórdão, 05 abril 1968. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=114266>>. Acesso em: 10 mai. 2018;

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 62.032/SP – São Paulo. Ministro Djaci Falcão. Pesquisas de Jurisprudência, Acórdão, 27 dezembro 1968. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=159341>>. Acesso em: 10 mai. 2018;

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 105.940-1/PR – Paraná. Ministro Octavio Gallotti. Pesquisas de Jurisprudência, Acórdão, 27 setembro 1985. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=197690>>. Acesso em: 10 mai. 2018;

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 119.258-5/SP – São Paulo. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Pesquisas de Jurisprudência, Acórdão, 21 agosto 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207226>>. Acesso em: 10 mai. 2018;

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 203.358-8/SP – São Paulo. Relator: Maurício Corrêa. Pesquisas de Jurisprudência, Acórdão, 29 agosto 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=330687>>. Acesso em: 10 mai. 2018;

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 189.433-4/RJ – Rio de Janeiro. Relator: Marco Aurélio. Pesquisas de Jurisprudência, Acórdão, 21 novembro 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=282553>>. Acesso em: 10 mai. 2018;

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 174.645-9/SP – São Paulo. Relator: Maurício Corrêa. Pesquisas de Jurisprudência, Acórdão, 27 fevereiro 1998. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=221114>>. Acesso em: 10 mai. 2018;

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 237.965-3/SP – São Paulo. Relator: Moreira Alves. Pesquisas de Jurisprudência, Acórdão, 31 março 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=256004>>. Acesso em: 10 mai. 2018;

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 189.170/SP – São Paulo. Relator: Marco Aurélio. Pesquisas de Jurisprudência, Acórdão, 08 março 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=230851>>. Acesso em: 10 mai. 2018;

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 285.449/SP – São Paulo. Relator: Ministro Nelson Jobim. Pesquisas de Jurisprudência, Acórdão, 08 agosto 2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=336829>>. Acesso em: 10 mai. 2018;

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 274.028/SP – São Paulo. Relator: Ministro Moreira Alves. Pesquisas de Jurisprudência, Acórdão, 10 agosto 2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=259544>>. Acesso em: 10 mai. 2018;

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 310.633-5/SP – São Paulo. Relator: Ministro Néri da Silveira. Pesquisas de Jurisprudência, Acórdão, 31 agosto 2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=301539>>. Acesso em: 10 mai. 2018;

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 330.213-2/RS – Rio Grande do Sul. Relator: Ministra Ellen Gracie. Pesquisas de Jurisprudência, Acórdãos, 25 junho 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=338848>>. Acesso em: 14 mai. 2018;

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 622.405-1/MG – Minas Gerais. Relator: Eros Grau. Pesquisas de Jurisprudência, Acórdão, 15 junho 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=464812>>. Acesso em: 14 mai. 2018;

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 596.489/RS – Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Eros Grau. Pesquisas de Jurisprudência, Acórdão, 20 novembro 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606039>>. Acesso em: 14 mai. 2018;

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 732.222/CE - Ceará. Relator: Ministro Edson Fachin. Pesquisas de Jurisprudência, Acórdão, 15 março 2016. Disponível:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10736495>>. Acesso em: 14 mai. 2018;

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.954/AC - Acre. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisas de Jurisprudência, Acórdão, 30 outubro 2014. Disponível: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081133>>. Acesso em: 14 mai. 2018;

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 273/MT – Mato Grosso. Relator: Celso de Mello. Pesquisas de Jurisprudência, Acórdão, 22 junho 2016. Disponível: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13073070>>. Acesso em: 14 mai. 2018

CALDEIRA, Jorge. *História da riqueza no Brasil*. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2017;

CAMARGO, Fernando Santos de; ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl; TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas. *Autonomia dos governos locais em federações: uma análise comparativa*. In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, ano 5, n. 19, p. 53-92, jul/set. 2011. Belo Horizonte: Fórum, 2011;

CLARK, Giovani. *O Município em face do Direito Econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001;

CORAZZA, Gentil. *Teoria Econômica e Estado (de Quesnay a Keynes)*. Porto Alegre: FEE, 1985;

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002;

ESTEVES, Luís Alberto. ESTEVES, Luís Alberto. *Uber: o mercado de transporte individual de passageiros – regulação, externalidades e equilíbrio urbano*. In: Revista de Direito Administrativo, v. 270. São Paulo: Editora FGV, Setembro/Dezembro 2015;

FAGUNDES, Miguel Seabra. *Novas perspectivas do federalismo brasileiro a expansão dos poderes federais*. In: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, vol. 3, maio/2011, pp. 151-162. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011;

FAUSTO, Boris. *História Concisa do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Edusp, 2006;

FARIA JÚNIOR, Carlos de Faria. *O pensamento econômico de José da Silva Lisboa, Visconde de Cairú*. Teses (Doutorado em História) – Centro de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008;

FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. 34ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007;

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014;

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 19ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018;

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011;

_____. *O Direito Posto, o direito pressuposto e a doutrina efetiva do direito*. In: ALVES, Alaôr Caffé; LAFER, Celso; GRAU, Eros Roberto; COMPARATO, Fábio Konder; TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva; / Ferraz Jr., Tercio Sampaio. *O que é filosofia do direito?* São Paulo: Manole, 2004.

GREMAUD, Amaury Patrick, SANDOVAL, Marco Antonio, TONETO JR, Rudinei. *Economia Brasileira Contemporânea*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2015;

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002;

HORTA, Raul Machado. *Reconstrução do federalismo brasileiro*. In: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, v. 3, p. 211-23-, maio 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011;

HUBERMAN, Leo. *História da Riqueza do Homem*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981;

IBGE. *Série Relatórios Metodológicos: Pesquisa Mensal de Comércio: Volume 15*. 4ª ed. Rio de Janeiro: 2015. Disponível em: ftp://ftp.ibge.gov.br/Comercio_e_Servicos/Pesquisa_Mensal_de_Comercio/Metodologia_da_Pesquisa/srmpmc.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017;

LE GOFF, Jacques. *A civilização do ocidente medieval*. Bauru: Edusc, 2005;

_____. *Mercadores e banqueiros da Idade Média*. São Paulo: Martins Fontes, 1991;

_____. *Para um novo conceito de Idade Média: tempo, trabalho e cultura no Ocidente*. Lisboa: Estampa, 1979;

LIMA, Alexandre. *A economia política em Aristóteles e a perspectiva de Marx*. Teses (Doutorado em Filosofia) – Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Santa Catarina. Santa Catarina, 2011;

MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013;

MARCANTONIO, Jonathan Hernandes. *Direito e controle social na modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2013;

MARRARA, Thiago. *Bens públicos: domínio urbano: infra-estruturas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007;

_____. *Serviços de taxi: aspectos jurídicos controvertidos e modelos regulatórios*. Revista de Direito da Cidade, v. 8, n. 3, 2016, pp. 1049-1063;

_____. *Transporte público e desenvolvimento urbano: aspectos jurídicos da política nacional de mobilidade*. Revista Digital de Direito Administrativo, v. 2, n. 1, 2015;

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017;

NUNES, António José Avelãs. *Introdução à Economia Política*. São Paulo: Quartier Latin, 2007;

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010;

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012;

PIRES, Maria Coeli Simões. *Autonomia municipal no Estado brasileiro*. In: Revista de Informação Legislativa, a. 36 n. 142. Brasília, abr./jun. 1999;

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. 25 de abril de 1976. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 5 mar. 2018;

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial: volume 1*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva: 1982;

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 3ª ed. São Paulo: Global, 2015;

RIBEIRO, Fernando. *A política econômica e o convênio de Taubaté na economia cafeeira (1889-1906)*. In: Pesquisa & Debate. Revista do Programa de Estados Pós-Graduados em Economia Política. [S.I.], v. 22, n. 1 (39), nov 2011. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/rpe/article/view/7390/5363>>. Acesso em: 15 jan. 2018

ROLNIK, Raquel. *O que é cidade?*. São Paulo, Brasiliense, 1995;

SANTOS, Milton. *A cidade como centro da região: definições e métodos de avaliação da centralidade*. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1959;

_____. *A urbanização brasileira*. São Paulo: Hucitec, 1993;

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011;

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010a;

_____. *Direito urbanístico brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010b;

SOUZA, Celina. *Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988*. In: Revista de Sociologia e Política, Curitiba, n. 24, p. 105-121, Junho 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782005000100008&lng=en&nrm=iso> . Acesso em: 19 fev. 2018;

SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e causas*. Volume 1. Tradução Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996;

STOBER, Rolf. *Direito administrativo econômico geral*. Tradutor: Antônio Francisco de Sousa. São Paulo: Saraiva, 2012;

SZTAJN, Rachel, VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *A regulação do direito comercial no Brasil*. In: Revista de Direito Empresarial, V. 20. São Paulo: Revista dos Tribunais, novembro 2016, pp. 19-33;

_____. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010;