UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

OSWALTER DE ANDRADE SENA SEGUNDO

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIVRE CONCORRÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO

NATAL
2008

Livros Grátis

http://www.livrosgratis.com.br

Milhares de livros grátis para download.

OSWALTER DE ANDRADE SENA SEGUNDO

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIVRE CONCORRÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Doutor Yanko Marcius de Alencar Xavier

NATAL
2008

OSWALTER DE ANDRADE SENA SEGUNDO

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIVRE CONCORRÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em: 16/06/2008.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____

Prof. Doutor Yanko Marcius de Alencar Xavier – Orientador, UFRN

Membro: _____

Prof. Doutor Vladimir da Rocha França, UFRN

Membro Externo: _____

Prof. Doutor Leonardo Martins, UFMS

RESUMO

A livre concorrência, inicialmente concebida como mero fundamento de mercado em sistemas produtivos que reconheciam a livre atuação das forças produtivas, apresentava-se como um claro instrumento de proteção e fomento do próprio mercado em si, reconhecendo a importância da existência simultânea de várias forças econômicas como a própria razão de ser do capitalismo. Tinha, assim, um papel diretamente ligado à idéia fundamental de que o mercado e suas forças produtivas careciam sim de uma proteção contra si mesmo, por existir dentro do próprio mercado situações e circunstâncias, provocadas ou não, que poderiam prejudicar e até mesmo aniquilar a existência e o funcionamento do mesmo, enquanto conjunto de forças produtivas presentes em todo o espaço da criação econômica. Era o primado do liberalismo clássico enquanto fase primeira do capitalismo. As Constituições, neste momento histórico, não proclamavam qualquer ingerência no cenário econômico, simplesmente por reconhecer a existência de uma liberdade econômica apta a justificar e garantir as forças de mercado, com suas próprias regras. Com as mudanças estruturais que se evidenciaram nos momentos históricos seguintes, no próprio capitalismo reconhecido constitucionalmente, verificaram-se mudanças no âmbito de tratamento do próprio princípio da livre concorrência que, de forma progressiva, passa a apresentar contornos mais sociais e desenvolvimentistas, e menos meramente garantidor de mercados. Surge uma livre concorrência cuja finalidade agora é instrumental em relação às finalidades e diretivas constitucionais como um todo, e não mais estanque e com tratamento isolado, em especial nos sistemas constitucionais que apresentam nítidos aspectos sociais-interventivos e garantidores de direitos fundamentais mais abrangentes e solidários. Esta mudança situa-se em um espaço de atuação estatal muito mais amplo e juridicamente importante, desta vez compreendendo a

necessidade de gerenciamento do cenário produtivo no afã de alcançar um desenvolvimento socioeconômico nacional efetivamente garantidor dos direitos fundamentais de todos os cidadãos. Parte, tais constituições, da máxima de que o desenvolvimento socioeconômico, e não mais o simples crescimento econômico, é efetivo meio de consecução de tais direitos e, assim, precisa ser enxergado e viabilizado por meio de ferramentas políticas e jurídicas que respeitem, necessariamente, o fundamento ideológico de fundo das Cartas Constitucionais. Neste cenário de busca por soluções de concretude de direitos, em especial dos direitos sociais, o princípio constitucional da livre concorrência passa a ser visto como instrumento para o alcance de valores e metas ainda maiores, como a própria justiça social, metas estas só possíveis de efetiva realização em um Estado que consiga implementar um desenvolvimento socioeconômico abrangente e permanente. A livre concorrência agora busca valorizar e defender algo bem maior e condizente com os valores políticos das cartas constitucionais de caráter social, que é o direito a um desenvolvimento socioeconômico sustentável, garantidor de benefícios coletivos mais claros e comprometidos com a justiça social. A origem desta imposição constitucional já não resta amparada apenas em orientações vagas e desconexas do espaço econômico, mas sim como parte integrante deste, com fundamento normativo e principiológico claramente evidenciado e apto a gerar efeitos na própria razão de ser da Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: princípios constitucionais, livre concorrência, desenvolvimento socioeconômico.

ABSTRACT

The freedom of concurrence, firstly conceived as a simple market fundament in productive systems that recognized the productive forces freedom of action, appears as a clear instrument of protection and fomentation of the market, recognizing the importance of the simultaneous existence of various economic forces such the proper capitalism reason of constitution. It has, thus, a directly role linked to the fundamental idea that the market and its productive forces needed of a protection against itself, because it exists inside the market situations and circumstances, provoked or not, that could prejudice and even annihilate the its existence and functioning, whilst a complex role of productive forces presents at all economic creation space. It was the primacy of the classic liberalism, the first phase of the capitalism. The Constitutions, in that historic moment, did not proclaim any interference at the economic scenario, simply because it recognized the existence of an economic freedom prepared to justify and guarantee the market forces, with its own rules. Based on the structural changes that occurred at the following historic moments, inside the constitutionally recognized capitalism, it was verified changes in the ambit of treatment of the freedom of concurrence principle that, in a progressive way, passes to present a configuration more concerned with socialist and developing ideas, as long as not only a market guarantee. It emerges a freedom of concurrence which aim is instrumental, in relation to its objectives and constitutional direction as a role, and not anymore stagnant and with isolated treatment, in special at the constitutional systems the present's clear aspects of social interventions and guarantor of fundamental rights more extensive and harmonious. That change is located at a space of state actuation much more ample and juridical important, this time comprehending the necessity of managing the productive scenario aiming to reach a national social and economic

development effectively guarantor of fundamental rights for all citizens. Those Constitutions take as point of starting that the social and economic development, and not only anymore the economic growth, is the effective way for concretization of these rights. In that way it needs to be observed and crystallized by political and juridical tools that respect the ideological fundamental spirit of the Constitutional Charters. In that scenario that seeks for solutions of rights accomplishment, in special the social rights, the constitutional principle of freedom of concurrence has been seen as an instrument for reaching bigger values and directives, such as the social justice, which only can be real at a State that can implement a comprehensive and permanent social and economic development. The freedom of concurrence tries to valorize and defend something larger and consonant to the political values expressed in the Constitutional Charters with social character, which is the right to a social and economical sustainable development, guarantor of more clear and compromised collective benefits with social justice. The origin of that constitutional imposition is not only supported by vague orientations of the economic space, but as integrated to it, with basis formed of normative and principles posted and prepared to produce effects at the proper reason of the Constitution.

KEYWORDS: Constitutional principles, freedom of concurrence, social economical development.

AGRADECIMENTOS

Neste momento, primeiramente agradeço a Deus, por me permitir alcançar mais este estágio de crescimento pessoal e profissional que identifico como uma grande dádiva de vida e instante singular de realização.

Em seguida, dispenso meus mais efusivos e sinceros agradecimentos a todos àqueles que de alguma forma contribuíram para a construção deste sonhado projeto acadêmico, em especial à minha família e aos abnegados professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN, estes últimos muito contribuindo, por meio de seus ofícios, para o desenvolvimento socioeconômico e científico do nosso querido estado do Rio Grande do Norte, e de nosso Brasil.

À Universidede Federal do Rio Grande do Norte só me resta agradecer de forma ímpar, pois em suas instalações e honrosas salas de aula consolidei minha paixão pelo conhecimento, pela ciência, pelo Direito e pela humanidade.

À CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior), os meus mais profundos e sinceros agradecimentos, pois por meio de seus incentivos e apoios financeiros esta pesquisa pôde se desenvolver a contento e a pós-graduação *stricto sensu* brasileira receber mais esta humilde contribuição acadêmica, que certamente se somará a outros inúmeros e heróricos esforços que objetivam, ao final, a melhoria das condições de vida de nosso povo, e de nosso País.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....12

1 ORDEM ECONÔMICA, ESTADO SOCIAL E DESENVOLVIMENTO.....17

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA ORDEM ECONÔMICA.....21

1.2 A ORDEM ECONÔMICA DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988.....23

1.3 O STATUS CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS GERAIS DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS DO ART. 170 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA FRENTE A SUA ESTRUTURA POLÍTICO-IDEOLÓGICA DE FUNDO.....25

1.4 A EFETIVIDADE DO ESTADO SOCIAL-DEMOCRATA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E AS REFORMAS ECONÔMICAS IMPLEMENTADAS A PARTIR DA DÉCADA DE 1990.....39

1.5 O PAPEL DO ESTADO BRASILEIRO NO ÂMBITO DA ORDEM ECONÔMICA DE 1988: ESTADO REGULADOR E ESTADO EMPRESÁRIO (COEXISTÊNCIA E POSSIBILIDADES).....60

2 A LIVRE CONCORRÊNCIA E SUA EVOLUÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL. DA DEFESA DE MERCADO AO ESTADO SOCIAL.....91

2.1 O SURGIMENTO DA LIVRE CONCORRÊNCIA COMO INSTITUTO ECONÔMICO E POSTERIOR FUNDAMENTO DE MERCADO NO ESTADO CLÁSSICO-LIBERAL (RECEPÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL).....91

2.2 A LIVRE CONCORRÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS.....96
2.3 O PAPEL DA LIVRE CONCORRÊNCIA NA REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES REGIONAIS E SOCIAIS COMO FINALIDADE COMUM A TODA ATIVIDADE ECONÔMICA.....103

3 A LIVRE CONCORRÊNCIA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE CONSECUÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO.....136

3.1 O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO COMO NOVA DISCIPLINA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO ESTADO CONTEMPORÂNEO.....136
3.2 RELAÇÕES FUNDAMENTAIS ENTRE O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO E A LIVRE CONCORRÊNCIA DE MERCADO EM UM AMBIENTE ECONOMICAMENTE REGULADO.....142
3.3 O DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO COMO OBJETIVO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL E SUAS FERRAMENTAS DE CONCRETIZAÇÃO.....162

4 CONCLUSÕES.....168

5 REFERÊNCIAS.....174

INTRODUÇÃO.

Dentre as principais preocupações do direito contemporâneo, e a própria luta pela concretização dos chamados direitos sociais, está a discussão acerca da idéia de desenvolvimento socioeconômico como preocupação direta dos Estados constitucionalmente vinculados a mecanismos intervencionistas, tanto no cenário social quanto econômico, como conseqüência das mudanças pelas quais passou o direito, agora compreendido não somente como mera ferramenta de controle do poder político, mas também como instrumento socialmente capaz de fazer valer seus próprios valores, princípios e estruturas, com um fim justificável em si mesmo, e não apenas unicamente dependente da esfera política.

Nos sistemas produtivos de caráter capitalista as regras de mercado e suas características fundamentais, dentre elas a livre concorrência entre os agentes de mercado, sempre tiveram importância crucial, exigindo do arcabouço jurídico-constitucional, desde os primórdios do capitalismo clássico, um tratamento capaz de dar segurança e viabilidade operacional ao livre mercado e suas forças produtivas. A livre concorrência em sua gênese, portanto, tinha uma conotação claramente de proteção do próprio mercado, visando garantir a existência de vários agentes empresariais simultaneamente em um mesmo espaço de mercado e assim permitir a existência de disputa econômica entre os mesmos na espera de que esta concorrência, em pleno funcionamento, garantisse melhorias e consolidação do próprio mercado e da economia com um todo (com a plena satisfação das necessidades gerais).

Nos dias de hoje, em um mundo extremamente industrializado e dependente da produção em massa (com enormes mercados consumidores), a atividade econômica se tornou elemento da mais alta importância para qualquer sociedade contemporânea, independente até mesmo do sistema de produção considerado e da organização política do Estado em questão.

Devido a sua importância, enquanto meio e forma de produção e distribuição de serviços e bens de valor econômico (riquezas), tais atividades exigem dos Estados um tratamento especial que pede respaldo e cobertura constitucional no âmbito da ordem jurídica. Estas atividades estão em íntima correlação com o modo de produção de tais sociedades e sua própria estrutura social, num dado momento histórico.

Com o passar dos tempos e das mudanças estruturais do próprio capitalismo, enquanto sistema produtivo reconhecido constitucionalmente, verificou-se certas mudanças de enfoque no âmbito do princípio da livre concorrência que, de forma progressiva, passa a apresentar contornos mais sociais e desenvolvimentistas, e menos meramente garantidor de mercados. O enfoque deixa de ser uma livre concorrência eminentemente protetiva de mercado e passa a ser uma livre concorrência cuja finalidade é instrumental em relação às finalidades e diretivas constitucionais.

Não há mais como analisar a livre concorrência enquanto fundamento em si mesmo, de mera proteção de mercado e da livre iniciativa. Tal mudança de concepção resta amparada em um espaço de atuação estatal muito mais amplo e juridicamente importante, que é a busca permanente do desenvolvimento socioeconômico nacional, que traga consigo soluções de concretude de direitos, em especial dos direitos sociais.

Assim, o princípio constitucional da livre concorrência deve ser visto como instrumento para o alcance de valores e metas ainda maiores e relacionados ao próprio conteúdo ideológico constitucional. Como exemplo, tem-se a dignidade da pessoa humana[1], prevista pela Constituição de 1988, tanto como fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos de seu art. 1º, inc. III, quanto como finalidade da ordem econômica,

[1] A valorização do trabalho humano, acompanhada da livre iniciativa, ambas previstas no caput do art. 170 da Constituição como fundamentos da ordem econômica, são condições para que se assegure a "dignidade da pessoa humana" que, por fim, "é um modo de expressão do trabalho e, por isso mesmo, corolária da valorização do trabalho" GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 231.

conforme seu artigo 170, *caput*, e a própria justiça social, metas estas só possíveis em um Estado que consegue implementar um desenvolvimento socioeconômico efetivo, abrangente e permanente.

Em razão do explanado, o presente trabalho tem por objetivo evidenciar toda esta mudança de enfoque em relação ao tratamento constitucional dado ao princípio da livre concorrência de mercado, a partir de verificações históricas que claramente separam as constituições liberais do período clássico das constituições que atualmente respaldam modelos de Estados sociais interventivos. Tal objetivo será atingido mediante a análise dos mecanismos jurídicos e políticos que justificaram tal mudança de tratamento e suas principais conseqüências.

Parte-se da premissa de que houve efetivas mudanças de tratamento constitucional, ao se passar de um modelo de constituição que simplesmente não tratava positivamente de orientações econômicas (mas reconheciam os fundamentos do sistema de livre mercado) para variações constitucionais que efetivamente regulavam o cenário econômico e valorizava tais considerações em consonância com outros conjuntos de valores e premissas também constitucionais.

Também se reconhece de forma prévia que, em decorrência desta nova postura constitucional, surge a imediata necessidade de uma interpretação constitucional que albergue suas dimensões políticas e ideológicas de fundo, principalmente quando se estar diante de uma Constituição que busca sintetizar, de forma claramente proposital, valores teoricamente antagônicos.

Esta metodologia permite visualizar o atual momento como um instante produto de uma evolução constitucional que guarda direta correspondência com o próprio desenvolvimento do capitalismo enquanto sistema produtivo. Porém, de forma até paradoxal, evidencia justamente uma realidade constitucional muito própria das Constituições Social-

Democratas que as permite impor soluções puramente amparadas em seu elemento ideológico e não mais puramente normativo ou acessório do espaço econômico e político.

O direito agora se apresenta mais independente e apto a buscar fundamento do próprio texto constitucional, tendo-se por premissa a máxima de que os conteúdos principiológicos e fundamentais necessariamente suplanta os simples regramentos ou as meras disposições indicativas.

Neste sentido, busca-se já no capítulo primeiro deste estudo embasar o espaço originário de discussão a partir dos seus elementos justificadores e formadores, em que a Ordem Econômica é apresentada como construção necessária das Constituições contemporâneas que já consolidaram a idéia de tratamento interventivo no cenário econômico nacional. Por necessidade correlata, e visando demonstrar a estreita ligação entre as mudanças constitucionais e os substratos políticos e econômicos de fundo, enquanto retrato do mundo social, busca-se, também, esclarecer o conceito do que venha a ser Estado Social, a partir da explicação do conteúdo político e ideológico de qualquer carta constitucional.

Ainda neste capítulo submete-se a atual Constituição Federal Brasileira a uma análise estrutural no que pertine aos enunciados principiológicos das atividades econômicas, visando demonstrar a concepção de que a referida Carta Republicana busca sim viabilizar valores ideológicos teoricamente contrapostos, mas cuja unificação visa exatamente viabilizar um Estado Social-Democrata. Tal idéia exige, para melhor compreensão, uma verificação das reformas econômicas realizadas recentemente na Constituição Brasileira, de modo a descartar qualquer visão que pregue uma diminuição das funções e tamanho do Estado, pois apenas construiu-se, no Brasil, uma nova estrutura de funções estatais que alberga, de forma muito clara, uma postura tanto reguladora, quanto empresarial, perfeitamente conciliáveis.

No segundo capítulo, já de posse dos conceitos e institutos trabalhados no primeiro capítulo, passa-se efetivamente a uma análise histórica do conceito de livre concorrência de

mercado. Inicialmente demonstra-se sua origem como instrumento meramente de defesa de mercado, sem qualquer conseqüência social, surgido puramente como construção da teoria econômica, e posteriormente consolidado como fundamento do capitalismo, em especial a partir de sua fase clássico liberal, com a conseqüente presença deste instituto nos textos constitucionais de então.

Em razão das mudanças constitucionais que acompanharam as novas abordagens sociais e econômicas estatais, explica-se o surgimento de uma nova abordagem para o princípio da livre concorrência, agora como instrumento de concretização constitucional. Visando apresentar o conceito de justiça social no âmbito de uma Constituição social-democrata de nítido caráter interventivo, traz-se o princípio da redução das desigualdades regionais e sociais como finalidade comum e natural a toda e qualquer atividade econômica.

No terceiro capítulo enfrenta-se a discussão acerca do desenvolvimento socioeconômico em si como nova disciplina jurídico-constitucional, evidenciando-se a desnecessidade de qualquer outro fundamento político e, por conseqüência, sua importância constitucional, dentro da máxima de que uma constituição social-democrata traz consigo valores e fundamentos que a projetam para a concretização dos direitos sociais independentemente de qualquer entrave formal ou de conteúdo que venha existir.

Neste ponto do trabalho consegue-se esclarecer as relações existentes entre o direito ao desenvolvimento socioeconômico já apresentado e analisado e a livre concorrência de mercado em um ambiente necessariamente regulado, em que tal relação resta justificada muito claramente pela nova postura do Estado Brasileiro, assumida após as reformas econômicas da década de 1990. Por fim, antes das considerações conclusivas, reconhece-se que o desenvolvimento socioeconômico é sim objetivo constitucional de caráter fundamental e, para tanto, busca-se evidenciar as ferramentas para sua concretização.

1 ORDEM ECONÔMICA, ESTADO SOCIAL E DESENVOLVIMENTO.

A exata compreensão do que efetivamente precisa ser tratado como matéria constitucional e o que não deve ali estar normatizado é bastante influenciada pelos fatores históricos e políticos que fundamentam, em uma dada época, a própria compreensão do que venha a ser a Constituição de um Estado. Isto porque o fechamento do conteúdo constitucional em si não dispõe de uma regra pré-concebida e expressamente limitadora das matérias a serem ali tratadas, de forma sempre uniformemente válida e cabal.

A Constituição de um Estado é a sua lei fundamental, pois é a mais básica previsão de organização e funcionamento deste Estado, em sua formatação política e jurídica[2]. É, portanto, justamente o modo de existir de um Estado, a organização dos seus elementos essenciais. Neste contexto, por ser exatamente o conjunto de diretrizes, valores e mandamentos básicos de uma estrutura estatal, esta Constituição não deve, numa primeira verificação, ser demasiadamente extensiva, pois o núcleo fundamental de organização estatal é algo definitivamente básico em si mesmo, de poucas estipulações.

A concepção de constituição, assim, necessita de uma idéia que exprima um conceito estrutural capaz de representar o próprio arcabouço que legitima: o cenário político e social presente na esfera nacional. Não pode, deste modo, o conceito de constituição representar apenas uma conotação normativa em si mesma, isolada e desconexa (independente) dos valores maiores que lhe dão razão de ser, no âmbito de seu conteúdo. Não é norma pura com origem e fim em si mesma, mas com conexão com a realidade social e política que a justifica e reflete.

---

[2] Para José Afonso da Silva, a Constituição do Estado seria "um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado". SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 37-38.

Deve refletir o máximo possível o espaço fático e valorativo que objetiva organizar e estruturar segundo valores políticos e institucionais elegíveis. De outro lado, é, também, o reflexo dos acertos e possibilidades resultantes do debate político que a antecedeu, e do próprio confronto ideológico das forças sociais que, naquele dado momento, conseguiram influenciar e definir a sua construção enquanto Carta política e jurídica. Uma Constituição é, assim, a reserva do possível dentro de um contexto histórico[3].

É, por conseqüência, um sistema, e não um espaço de mera aglutinação casuística de valores, princípios, conceitos e regras sobre variados assuntos e estruturas fundamentais de um Estado[4]. Disto decorre que não é possível se conceber o sentido e o conteúdo máximo de uma Constituição sem que se tenha a mesma como um sistema unitário, sempre visto no âmbito social e político em que se insere. Inclusive no aspecto estritamente formal, não se vislumbra possível à compreensão das normas constitucionais de forma isolada[5]. Além disto existem valores culturais já sedimentados historicamente no seio de uma comunidade que passam a expressar seu modo de existir e ser em um dado contexto histórico apresentando-se como verdadeiros componentes constitucionais do grupo social e que, numa abordagem material, precisam se refletir na sua Carta Política.

Evidentemente que sempre se poderá analisar a idéia de Constituição valorizando-se elementos outros que, em última análise, serão responsáveis por dar maior enfoque a determinado modo de avaliação do que venha a ser a mesma. Com isso concluindo-se até

---

[3] "Também se deve insistir no fato de que a massa de disposições programáticas que incham as Constituições contemporâneas, mormente nos capítulos sobre a "ordem econômica" e sobre a "ordem social", igualmente contribui para a desvalorização da idéia de Constituição. Freqüentemente fruto de desejos em descompasso com o possível, não raro essas normas permanecem letra morta. Ora, quando uma parcela da Constituição é ressentida como não cogente, a imperatividade de toda a Constituição com isso perde". FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva. 3 ed., revista e atualizada, 2004, p. 91-92.

[4] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 39.

[5] Nesta mesma linha de raciocínio se encontra Eros Roberto Grau, que diz que “Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer norma da Constituição impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dela – da norma – até a Constituição”. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica).* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 180-181.

mesmo por analisá-la completamente por sua estrutura formal, por exemplo, e negando-lhe a idéia de precisar estar sempre estreitamente vinculada aos valores sociais do grupo social a que se refere.

Pode-se, deste modo, se buscar uma classificação em que se visa identificar as perspectivas de análise de uma Constituição de forma a enquadrá-la sempre de maneira diferenciada e segundo um dado modo de análise, e com maior ênfase em uma dada perspectiva de compreensão.

Neste trabalho, sem qualquer intenção de esgotamento da matéria, partindo-se da idéia de que várias podem ser tais classificações, com as mais variadas teorias possíveis, se adotará a abordagem classificatória do professor José Afonso da Silva[6], para quem a Constituição, pode, assim, ser visualizada como um sistema "formal", quando tomada por um complexo de normas (escritas ou não); como "conteúdo", quando tomada como reflexo da conduta humana e suas relações sociais (econômicas, políticas etc.); como "fim", quando tomada como ferramenta de consecução dos valores que fundamentam a própria existência do grupo social; e, ainda, como "causa criadora e recriadora", ao ser compreendida como o próprio poder que emana de um povo.

Tais perspectivas, ao serem tidas como válidas e preferenciais por quem as utiliza, condicionarão a própria compreensão e interpretação do texto constitucional em questão, pois orientará de forma contínua e permanente o sentido de abordagem do conjunto de valores emprestados a Constituição, em todo o seu conjunto. Ou seja, darão ao intérprete o norte axiológico sempre que a Constituição estiver sendo analisada, pois a perspectiva de fundo já tida como válida no âmbito da compreensão do que venha a ser uma Constituição, estará sempre evidenciando tal aspecto, sem deixá-lo cair no relativismo ou esquecimento.

---

[6] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 39-40.

Claro que se pode sempre adotar mecanismos de interpretação do texto positivo constitucional de modo a relativizá-lo ou mesmo alterá-lo, pois sempre será possível pelo menos duas posturas básicas de verificação e interpretação constitucional: uma em que se defenderá sempre os princípios fundamentais enraizados na Carta Política, por reconhecer na mesma uma estreita ligação entre ela e os valores políticos e jurídicos da sociedade, e outra postura contrária a esta visão, em que a opção ideológica e política adotada por quem enfrenta o conteúdo constitucional diverge de forma substancial do mesmo, conduzindo a interpretações que, direta ou indiretamente, vulnerarão a estrutura normativa constitucional[7].

Nas primeiras abordagens que se deram as Constituições evidenciava-se uma nítida preocupação com o componente meramente político dos Estados Nacionais, pois se baseava na idéia de que uma Constituição precisava apenas estipular institucionalmente as nuances políticas de organização do Estado, seus limites de poder, forma de execução deste poder e outros importantes aspectos relacionados. As Constituições se apresentavam como o documento oficial e fundamental pelo qual o poder político era formalizado e aceito juridicamente, poder político este que, uma vez delineado normativamente, não precisava sofrer tratamento no sentido de ter, ali mesmo na Constituição, outras delimitações ou orientações, como as de ordem econômica e social, por exemplo. A própria interpretação constitucional seguia esta máxima, pois a maior preocupação era efetivamente conhecer a acepção jurídica da vontade exata do legislador constitucional[8].

Posteriormente, a ordem econômica passou a ter seu espaço no âmbito constitucional, uma vez que se tornou necessário à previsão constitucional expressa de valores e regras até então tidas como estruturas pertencentes aos sistemas econômicos (enquanto matéria de Economia), e não ao Direito Constitucional. No que se refere às Cartas Magnas

---

[7] GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional*. 3. ed., p. 224.
[8] GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 177.

que davam suporte aos sistemas de mercado capitalistas, tem-se que os seus elementos formadores e fundamentais também precisavam de tratamento constitucional, visando sua identificação e proteção, como o princípio da livre concorrência.

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA ORDEM ECONÔMICA.

A ordem econômica, aqui entendida como conjunto de princípios e regras jurídicas que, funcionando harmonicamente e garantindo os elementos conformadores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia, adquiriu dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições passaram a discipliná-la de forma estruturada e sistêmica. Tal acontecimento, no âmbito histórico, se vislumbrou com o advento da Constituição mexicana de 1917[9]. No Brasil, no âmbito de influência da Constituição alemã de Weimar, o tratamento constitucional da ordem econômica teve sua origem, de forma efetiva, com a Constituição de 1934, que apresentou de forma clara princípios e regras sobre a questão[10].

Importante evidenciar que o surgimento deste fenômeno constitucional não teve como pano de fundo uma nova inserção do texto constitucional no cenário de uma nova onda de socialização, em que os direitos sociais estariam sendo normatizados em sede constitucional visando suas proteções e implementações. Surge sim num instante em que as constituições passaram a estipular regras de organização mais direta do próprio sistema de produção em questão, no caso o capitalista.

---

[9] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 786.
[10] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 786.

Deixava de operar de forma omissiva para estipular regramentos e sistemas principiológicos positivos no cenário econômico, criando uma nova “ordem” dentro das Constituições. Disto decorre dos chamados direitos econômicos, que trazem consigo o conteúdo da própria constituição econômica. Nem por isso tal ingerência traz consigo uma idéia de intervencionismo socialista, pois na verdade trata-se de mera tentativa de impor certa ordem a realidade econômica e até mesmo social, ao contrário da época em que o capitalismo clássico liberal não proclamava nenhuma norma neste sentido, em sede constitucional.

Na fase das constituições clássicas liberais visualizou-se, conforme já dito, uma preocupação mais sintética do conteúdo constitucional, pois a idéia fundamental era a consagração dos direitos do homem perante o Estado, por meio de um estatuto negativo, onde bastava a delimitação do poder estatal frente os direitos liberais dos homens. Visava-se proteger o indivíduo do poder ilimitado do Estado, sem que se criasse efetivo arcabouço de deveres para este mesmo Estado, no que concerne ao alcance de direitos mais amplos. Não havia o espaço do econômico constitucional, enquanto ordem econômica criada dentro da Carta Política.

O Estado ao reconhecer a liberdade econômica decorrente do sistema capitalista consagrado, se enveredava pela lógica de que o mercado deveria e poderia se organizar e se compor de modo próprio, sem que a Constituição precisasse estipular limites materiais efetivos ao seu funcionamento. Como característica maior desta época têm-se as declarações dos direitos do homem do século XVIII, com suas postulações jurídicas concernentes à segurança, a ordem e certeza como um todo.

Diante de tais ingerências constitucionais no cenário econômico, surgem as estipulações e condicionamentos à atividade econômica, o que, por conseqüência, traz consigo os chamados direitos econômicos (o que reflete na idéia de uma constituição econômica). Aqui surgem as declarações constitucionais dos direitos econômicos e sociais,

consubstanciadas em elementos sócio-ideológicos pretendentes a realização do valor-fim do Direito que é a justiça social[11].

1.2 A ORDEM ECONÔMICA DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988.

Diante da premissa já considerada de que a existência de estipulações específicas de caráter econômico dentro de uma Constituição tem por fim estipular regras e princípios de caráter econômico, e assim por ordem a realidade no cenário econômico nacional, tem-se que o conceito de "constituição econômica" surge de forma natural neste novo espaço de atuação constitucional. Contrapõe-se, assim, ao tradicional espaço de sua atuação, que sempre foi política. A idéia básica do que venha a ser esta constituição econômica passa pela máxima de que ela sempre dá respaldo ao modelo de produção considerado e legitimado constitucionalmente.

A atual Constituição Federal brasileira deixa evidenciado que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na própria iniciativa privada (art. 170 da Constituição Federal)[12], de modo que, desde já, se percebe a influência direta e contínua de valores e ideologias tidas como contrárias mas que, na Carta de 1988, passaram a conviver de forma permanente e necessariamente relacionada.

Ou seja, embora a Constituição brasileira consagre uma economia de mercado, de natureza nitidamente capitalista, pois trata a iniciativa privada como um princípio básico da ordem capitalista instalada e reconhecida, a ordem econômica instituída dá prioridade aos

---

[11] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 788.

[12] Art. 170 da CF de 1988: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios".

valores do trabalho humano sobre todos os outros valores encontrados no âmbito da economia de mercado.

Não se tratam de simples enunciados valorativos, mas sim de princípios constitucionais que, de forma definitiva e clara, deverão orientar toda a atividade interventiva do Estado no cenário econômico. A finalidade é impor obediência e fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil[13].

Esta ordem econômica, nos termos previstos expressamente na própria Constituição, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, sempre observados os princípios indicados no art. 170 da Constituição, e que serão analisados mais a frente. Tal premissa finalística, em que pese toda a dificuldade de efetividade constitucional no âmbito dos direitos sociais, traz consigo uma resposta clara e objetiva a qualquer dúvida que surja no seio da atuação interventiva estatal, quando for necessária a imposição dos valores e regramentos previstos na ordem econômica expressa constitucionalmente.

A definição das medidas necessárias à consecução efetiva da garantia de existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social, certamente envolve uma atuação estatal de caráter interventivo e, certamente, encontrará dificuldades tanto políticas quanto jurídicas em virtude de ser o Estado brasileiro um Estado de ordem capitalista. Uma noção fundamental em tal tipo de Estado é a visão individualista das iniciativas em geral, o que implica dizer existir uma prerrogativa de que os cidadãos deste Estado basicamente devem buscar soluções e satisfações próprias que não estejam amparadas inicialmente na atuação estatal. Ou seja,

---

[13] Art. 1º, IV da Cf de 1988: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político".

cada um precisa agir por conta própria, e segundo as normas vigentes, visando construir e produzir sua própria subsistência, sem que, com isso, atinja a iniciativa dos demais.

Esta visão fundamental certamente traz implicações práticas que muito contribuem para dificultar a aceitação da idéia de que o Estado brasileiro também está amparado numa idéia de atuação social visando à justiça social que, por sua vez, pressupõe a distribuição eqüitativa das riquezas produzidas e encontradas dentro do território nacional. Eis a maneira como resta estruturada e proclamada a ordem econômica na atual Constituição, visando conciliar valores e visões ideológicas bastante antagônicas[14].

1.3 O *STATUS* CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS GERAIS DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS DO ART. 170 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA FRENTE A SUA ESTRUTURA POLÍTICO-IDEOLÓGICA DE FUNDO.

A análise dos princípios constitucionais da ordem econômica sob o enfoque do constitucionalismo contemporâneo, com as nuances e peculiaridades trazidas pelas transformações na atualidade ocorridas junto ao Direito Constitucional, torna-se imprescindível, no âmbito deste trabalho. Assim, os princípios podem ser considerados como as premissas de todo um sistema jurídico, são verdades objetivas qualificadas como normas jurídicas, servindo tanto de inspiração às leis, quanto, ao reverso, são formados por meio de generalização e decantação de leis.

---

[14] "Algumas providências constitucionais formam agora um conjunto de direitos sociais com mecanismos de concreção que devidamente utilizados podem tornar menos abstrata a promessa de justiça social. Esta é realmente uma determinante essencial que impõe e obriga que todas as demais regras da constituição econômica sejam entendidas e operadas em função dela". SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 789.

Pode-se dizer ainda que são pensamentos diretivos que servem à formulação de posições singulares de Direito de uma instituição jurídica, atuando com funções diretivas de caráter geral e fundamental deduzidas do sistema que, historicamente, formam o ordenamento jurídico. Gomes Canotilho já afirmava que os princípios jurídicos são normas jurídicas que exprimem valores fundamentais ou imanentes dum sistema jurídico, dotados de funções normogenética e sistêmica[15]. É até mesmo plausível afirmar que a doutrina constitucional vive, hoje, a euforia do que se convencionou chamar de Estado principiológico[16].

Entretanto, ao longo da história, as concepções concernentes aos princípios jurídicos não informavam o caráter que hodiernamente os mesmos assumem, especialmente nas Cartas Constitucionais. Segundo o jusnaturalismo, os princípios são observados de forma abstrata e praticamente sem normatividade. O que prevalecia neles era a idéia ética valorativa de justiça. O advento da Escola Histórica do Direito rompeu com tal concepção para dar lugar a um positivismo. O jusnaturalismo retrata os princípios em forma de axiomas jurídicos ou normas estabelecidas pela reta razão. São princípios da justiça de um Direito ideal, constituindo um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei humana e divina.

A segunda fase da teoria dos princípios é a positivista como fonte normativa subsidiária que garante o primado da lei seguramente. Não se sobrepõe à lei, mas extraídos delas para serem introduzidos. Os princípios gerais de direito equivalem aos princípios que informam o direito positivo e lhe servem de fundamento. Estes princípios nascem de abstrações ou generalizações do próprio direito positivo, estando contido já deste, sendo dele inferidos. Não derivam de um ideal ou do direito natural, mas das próprias leis. Por identificarem meras pautas programáticas supralegais nos princípios, o juspositivismo enxerga uma carência de normatividade aos mesmos.

---

[15] GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 167.

16 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 15.

A terceira fase desta teoria dos princípios é a pós-positivista, relativa aos grandes movimentos constituintes das ultimas décadas do século XX. A característica central das novas constituições é a hegemonia axiológica dos princípios, colocado normativamente acima, assentando todo o edifício jurídico. Deste modo, os princípios constitucionais se encaixam, dentro das considerações atuais que se produzem acerca dos mesmos, na chamada Teoria dos Princípios, já que, segundo Robert Alexy, os princípios são normas colocadas no mais alto degrau hierárquico que descrevem comandos a serem realizados[17].

A Constituição de 1988, instrumento jurídico do político, do econômico e do social, relacionou nos incisos de seu artigo 170, os princípios gerais da atividade econômica. Esses princípios já não carecem tanto de maiores considerações visando a definição de suas perspectivas de alcance, contudo, imperioso na contemporaneidade que sejam os mesmos engendrados num novo espírito constitucional surgido no mundo hodierno, de maneira que eles sejam observados com base em uma nova hermenêutica constitucional ligada aos princípios vinculados a este subsistema constitucional.

Como se sabe, a idéia de constitucionalização de princípios não lhes altera a estrutura, pois continuam a pertencer a essa visão geral denominada de "princípios", mesmo sabendo-se que "muito embora dela – constitucionalização – derive uma eficácia diversa para essa categoria mais específica"[18]. Numa abordagem geral, ainda desvinculada do contexto constitucional, princípios são valores que servem para designar a formulação dogmática de conceitos estruturados por sobre o direito positivo, ora para designar determinado tipo de normas jurídicas e ora para estabelecer os postulados teóricos, as proposições jurídicas concretas ou de institutos de Direito ou normas legais vigentes.

---

[17] ALEXY. Robert. *On the Structure of Legal Principles*. Ratio Juris, vol. 13, n° 3, Set. 2000, p. 295.
[18] TAVARES, André Ramos. *Elementos para uma teoria geral dos princípios*. *In* Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. George Salomão Leite (org.). São Paulo: Malheiros, 2003, p. 24.

Já no âmbito constitucional, estes princípios são, ainda, e por excelência, as bases orgânicas do Estado, aquelas generalidades do direito público. Ou seja, os princípios não só se consagram como normas jurídicas, como também adquirem a superioridade própria do instrumento que os alberga atualmente – ou seja, o *status* constitucional. Por esta ótica, pode-se concluir que os princípios elevados à esfera constitucional assumem importância maior que os demais princípios jurídicos. Interpretar uma constituição é, assim, uma tarefa dominada pela força dos princípios desta constituição[19].

Partindo-se desta premissa, dentre todos os princípios constitucionais, ora se estudará os princípios constitucionais da Ordem Econômica. Na atual Constituição Federal, tem-se que o legislador constituinte fez por bem arrolar expressamente todos os princípios constitucionais da Ordem Econômica em um espaço tecnicamente delimitado do corpo constitucional. Assim restou redigido o art. 170 (princípios gerais das atividades econômicas), sem prejuízo de outros princípios que, dentro da visão sistemática e una do corpo constitucional, também fazem parte desta ordem econômica, mesmo que indiretamente.

A análise de tais princípios precisa ser tomada numa ótica de concretização e eficácia jurídica, tentando-se debater a forma como tais premissas fundamentais informadoras de toda atividade econômica deve realmente norteá-las à luz das exigências constitucionais e legais. Desta forma, fazendo valer os mecanismos previstos pela Constituição como ferramentas úteis à consecução do próprio desenvolvimento do mercado, mas sem descuidar da defesa do ideal social-democrata, por ela também albergada.

Por isso, a nossa Constituição Federal, neste sentido, "propõe a reduzir esta desigualdade, a proteger o fraco do mais forte, a assegurar condições mínimas de existência

---

[19] GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 185-186.

para todos, já que sem isto a liberdade não passa de retórica vazia”[20]. Esta é a síntese política da ideologia da Ordem Econômica da Constituição de 1988, tudo isto facilmente comprovado pelos fundamentos e princípios gerais das atividades econômicas previstas no art. 170 e seguintes.

O *caput* do art. 170 assim resta redigido: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios”. Ora, a natureza capitalista de mercado prevista e defendida pelo Estado brasileiro se encontra plenamente comprovada e delineada em nossa Lei Fundamental, ao mesmo tempo em que assegura sua funcionalidade segundo os ditames de uma dada ordem social, nos limites dos vários princípios expressamente elencados como princípios específicos norteadores de toda atividade econômica.

A expressão ordem econômica constitucional pode ser entendida como conjunto de princípios e regras jurídicas que, funcionando de forma harmônica e sistematizada, e, ainda, garantindo os elementos conformadores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia.

Ou seja, a inter-relação entre o cenário jurídico-politico de um Estado (as opções fundantes de uma nação) e o cenário econômico que se espera e visualiza em funcionamento neste mesmo Estado, resta estruturado por meio de uma Constituição que, agora, diferentemente das Cartas Magnas liberais do período clássico, interfere e atua no processo econômico de forma direta[21]. Ou seja, não se pode compreender a economia como mero arranjo prático das relações existentes entre as forças produtivas de mercado, aleatoriamente

---

[20] SARMENTO, Daniel. *Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada*. *In* Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. George Salomão Leite (org.). São Paulo: Malheiros, 2003, p. 329.

[21] SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

organizada segundo elementos e processos próprios. Pelo contrário, possui uma estrutura teórica articulada: a própria ordem econômica[22].

Em que pese a elevação dos princípios jurídicos constitucionais a uma categoria eminentemente normativa, com o advento do pós-positivismo, o que por si só já justificaria uma integração sistêmica e não antagônica do conjunto constitucional e suas normas (no âmbito da interpretação e aplicação), o próprio legislador constituinte, ao abraçar e trabalhar as ideologias políticas naquele momento recepcionadas, deixou claro a necessidade de se efetivar o "meio termo" entre os valores do capitalismo e os valores do Estado social, de forma integrativa e também sistêmica. Isto é uma conclusão óbvia, pois do contrário se teria em uma mesma Constituição duas ou mais constituições econômicas antagônicas, o que por si só já seria um absurdo.

Assim, verifica-se claramente que o art. 1º aponta como fundamento da República não a livre iniciativa *tout court*, mas "os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa" (art. 1º, IV, da CF). Verifica-se, ainda, que o art. 170, antes mesmo de falar na livre iniciativa, menciona a valorização do trabalho humano como fundamento da ordem econômica, estabelecendo, assim, que a finalidade desta ordem é "assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170 da CF)", o que na verdade significa dizer que a Constituição trata a livre iniciativa não como um fim em si, mas como um meio da busca daquele magno objetivo.

Nota-se, ainda, que a própria proteção da propriedade privada é condicionada ao cumprimento da sua função social (arts. 5º, XXII e XXIII, e 170, II e II, da CF). Por fim, pode-se dizer que no elenco de princípios da ordem econômica constam não só normas de matriz liberal, como também diretrizes e mandamentos revestidos de inequívoco pendor

---

[22] MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição: para o conceito de Constituição econômica*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1979.

solidarista e intervencionista (CF, art. 170, III, V, VI, VII e VIII). Desta forma tem-se claramente que nosso modelo de constituição econômica é o de uma economia capitalista, mas preocupada com a igualdade material e a justiça social (que não pretende eliminar ou substituir o mercado), mas também não o reverencia como instituição perfeita, inatingível ou imutável.

O já referido art. 170 define expressamente que a Ordem Econômica (mundo do "ser") tem como meta assegurar a todos, existência digna, conforme os ditames da justiça social. Para tanto, alguns princípios são estabelecidos: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; e IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede e administração no país.

Têm-se, assim, claramente, convivendo concomitantemente, princípios liberais (propriedade privada e livre concorrência), e princípios intervencionistas (soberania nacional, enquanto nacionalismo econômico, e função social da propriedade, dentre vários outros). Ou seja, conforme as palavras de Eros Grau, todos estes princípios devem ser interpretados em sua globalidade, visto que a Constituição não é um mero agregado de normas[23].

Ou seja, diante desses objetivos, a ordem econômica nacional mostra-se profundamente ligada aos referidos princípios da democracia econômica e social e da subordinação do poder econômico ao poder político democrático, impondo tarefas ao Estado na busca de uma efetiva conformação, transformação e modernização das estruturas econômicas e sociais[24].

---

[23] GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 166.
[24] BUENO DE ALMEIDA, Dean Fábio. *Direito Constitucional Econômico. Elementos para um Direito Econômico Brasileiro da alteridade*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 93.

Com tal estrutura normativa, a Constituição Federal, tanto com as regras quanto com os princípios, conseguiu, no plano teórico, uma excelente construção formal apta a garantir o desenvolvimento desta reconhecida Ordem Econômica. A partir destes princípios orientadores (todos eles, visualizados e empregados de forma sistêmica), o encadeamento racional de idéias direcionadas para a construção de uma ordem econômica liberal e socialmente justa, restou bem delineado.

A doutrina, no estudo destes princípios constitucionais da Ordem Econômica, chega a classificá-los e dividi-los em pelo menos dois tipos diferentes: a) princípios politicamente conformadores e b) princípios constitucionais impositivos. Os primeiros seriam aqueles "princípios constitucionais que explicitam as valorizações políticas fundamentais do legislador constituinte"[25].

Refletem, na verdade, as opções políticas centrais da Constituição, tais como a cidadania (art. 1º, II), a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, e art. 170, *caput*), o trabalho (art. 1º, IV, art. 170, *caput* e art. 193), a livre-iniciativa (art. 1º, IV e art. 170, *caput*), a justiça social (art. 170, *caput* e art. 193), a fraternidade (Preâmbulo), o bem-estar social (art. 193) e o pluralismo político (art. 1º, V). Têm-se, ainda, os princípios constitucionais impositivos, em que se encontram todos os princípios que impõem aos órgãos do Estado, "sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas"[26]. São exemplos a dignidade da pessoa humana (art. 170, *caput*) e a livre concorrência (art. 170, IV).

Eros Grau sintetiza bem esta vocação ampla da nossa Ordem Econômica ao dizer que a mesma, juntamente com a própria Constituição de 1988 como um todo, estão cheias de

---

[25] GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1091.
[26] GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1092.

cláusulas transformadoras e que a sua interpretação dinâmica e sistêmica se impõe a todos quantos não estejam possuídos por uma visão estática da realidade[27].

O constitucionalismo contemporâneo erigiu sua nova doutrina após os estudos iniciais de Betti e Esser, desembocando principalmente nas análises de Alexy[28], de maneira que se vislumbrou o progresso da nova hermenêutica em face das tendências axiológicas de compreensão do fenômeno constitucional. Deixou-se de lado, portanto, as concepções positivistas de que os princípios eram incompatíveis com a segurança jurídica em razão de sua indeterminação, o que geraria sua carência de força jurídica.

Os princípios jurídicos, assim, são normas jurídicas dotadas de características que os diferenciam das demais, que são a generalidade, a gradualidade e indeterminabilidade, o que acaba por delinear uma bipartição na conceituação normativa, bipartição esta contestada por Humberto Ávila, uma vez que este Professor acrescenta ao conceito de norma jurídica, além dos princípios e das regras, os postulados normativos aplicativos.

Os postulados normativos, essenciais na compreensão do objetivo a que se foca o artigo em comento, se situam num plano distinto daquele das normas cuja aplicação estruturam. São, por isso, metanormas, ou normas de segundo grau, funcionando como a norma que fundamenta a aplicação de outras normas, a exemplo do que ocorre no caso de sobreprincípios como o princípio do Estado de Direito ou do devido processo legal[29].

O raciocínio do autor se completa quando o mesmo define como postulados aplicativos específicos à igualdade, a razoabilidade e a proporcionalidade, e como inespecíficos a ponderação, a concordância prática e proibição de excesso.

---

[27] GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação crítica)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 346.
[28] ALEXY. Robert. *On the Structure of Legal Principles*. Ratio Juris, vol. 13, n° 3, Set. 2000, p. 294.
[29] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 88.

Deste modo, os princípios jurídicos, que surgiram no século XIX como recurso para integralizar o ordenamento jurídico, fazendo-se inserir nos Códigos, passaram, em seguida, a ter uma maior observação para os cultores do direito público, como Crisafulli e Bobbio[30], com relação à eficácia interpretativa em conexão com as normas programáticas. A relevância dos mesmos se deu em virtude de, ao serem constitucionalizados, passarem a ser a chave de todo o sistema normativo.

A carga principiológica nas questões levadas aos tribunais hoje é muito forte. Portanto, devido à sua importância, eventual violação representa um ato muito mais grave que a violação de uma outra norma qualquer, posto que a desatenção a um princípio implica numa ofensa a todo um sistema de comandos.

A constitucionalização dos princípios promoveu sua imensa relevância para o sistema jurídico. Todavia, esse movimento constitucional relativo aos princípios não serve apenas para garanti-los como bases fundantes do sistema e mera exaltação de valores, mas também para estabelecer espécies precisas de comportamentos.

É com fulcro nesse âmago de conceitos, onde os princípios cumprem uma função positiva – que consiste no influxo que exercem em relação às decisões jurídicas e, assim, no conteúdo da regulação que tais decisões instalam – e uma função negativa – que consiste na exclusão de valores contrapostos e das normas que repousem sobre esses valores[31], que possibilita que se tenha uma melhor abordagem interpretativa e de aplicação dos princípios constitucionais da ordem econômica no constitucionalismo contemporâneo brasileiro.

Neste contexto principiológico constitucional constituído, a interpretação da ordem econômica na Constituição de 1988 por meio da aplicação de seus princípios se consubstancia na ponderação destes princípios jurídicos positivados no texto constitucional. A Constituição

---

[30] BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995.
[31] GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação. Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 153.

deve ser interpretada como um todo, jamais em tiras ou aos pedaços[32]. A interpretação jurídica, assim, há de ser desenvolvida no âmbito dos contextos lingüístico (semântica dos enunciados), sistêmico e funcional.

Entretanto, aos princípios são dotados valores que nascem intrinsecamente com os mesmos, razão própria de sua existência, inclusive. Nessa ordem axiológica, valores podem se defrontar e urgir que seja um deles apenas aplicado ao caso concreto. É quando, então, se origina a colisão entre princípios, que exige que um dos que estão em jogo seja colocado de lado naquela determinada situação, em face de seu peso axiológico não corresponder à altura com relação ao do outro, ao contrário do que ocorre com as regras, que conflitam (mesmo que aparentemente), e não colidem, pois a regra não aplicável ao caso tornar-se-á inválida e expurgada do ordenamento jurídico.

Os princípios contêm, usualmente, uma carga valorativa maior que as regras, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir. Ocorre que, em uma ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante ponderação[33].

As soluções interpretativas devem ser adequadas e coerentes, sempre, com a ideologia constitucionalmente adotada, já que é na Constituição que se operam a cristalização de mensagens ideológicas. A ideologia presente no discurso constitucional vincula de maneira irretratável o intérprete, possuindo a ideologia o papel de guiar o exegeta a um prudente

---

[32] GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação. Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 166.

[33] BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 18-19.

positivismo, indispensável à manutenção da obrigatoriedade normativa do texto constitucional, ou seja, da mantença da sua essência em si.

Poder-se-ia se fazer valer das lições patrocinadas pelo Professor Ricardo Haro[34], que assevera que o controle de constitucionalidade tem numerosas facetas e pautas para sua aplicação, entre as quais uma das que mais se distingue é a do instituto jurídico da razoabilidade, que vem se constituindo como sinônimo de constitucionalidade. Ou seja, aquilo que é razoável é aquilo que é ajustado à Constituição, não tanto à letra, mas ao seu espírito. A razoabilidade, então, se encontraria naquilo que se define como justo e eqüitativo, segundo a Constituição e todos os valores que integram o plano axiológico do ordenamento jurídico (liberdade, igualdade, solidariedade, paz, segurança, ordem etc.).

A subsunção, única fórmula utilizada por longos tempos para a aplicação do Direito, não recebe guarida no constitucionalismo contemporâneo, que se enquadra em um chamado pós-positivismo que valoriza por demais os princípios, incorpora-os explícita ou implicitamente e reconhece sua normatividade, ensaiando uma reaproximação do Direito com a Ética.

Isto porque os princípios exigem no decorrer de sua aplicação algo que vai além da limitada técnica de subsunção; eles exigem um raciocínio hermenêutico sistêmico e voltado para todas as direções e elementos que envolvem o caso. Denomina-se tal técnica de ponderação, aplicável aos casos difíceis, onde a aplicação por meio da subsunção se mostrou insuficiente.

Desse modo, trazendo o embate ao plano do constitucionalismo contemporâneo, constata-se que a Constituição Brasileira de 1988 solidificou uma mudança paradigmática atinente à ideologia adotada, que foi exatamente a que se reflete no constitucionalismo democrático. Permitiu-se, assim, que se configurasse um novo Direito Constitucional, que tem

---

[34] HARO, Ricardo. *La Razonabilidad y las Funciones de Control*. Ratio Juris, vol. 7, n° 2, 2001. p. 180-181.

como característica principal à constitucionalização de inúmeras questões jurídicas, o que acabou por permitir uma maior utilização de remédios constitucional, bem como da própria jurisdição constitucional, até porque limitava-se ainda mais o poder e sobrelevava-se ainda mais os direitos fundamentais na busca incessante por uma concretização sempre mais efetiva da dignidade da pessoa humana.

No espectro pós-positivista, desenvolve-se uma nova dogmática da interpretação constitucional, que incorporou categorias como os princípios, as colisões de direitos fundamentais, a ponderação e a argumentação. Os valores, fins públicos e comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional, uma vez que a Constituição agora não teria mais apenas a supremacia formal, mas estaria definitivamente no centro do ordenamento.

É nesta ótica, portanto, que a aplicação dos princípios constitucionais da ordem econômica deve se pautar, calcada no contemporâneo constitucionalismo brasileiro fortificado com a Constituição de 88 e tendo em vista tudo o que foi tratado acima de maneira irrestrita. Diz-se que de um modo geral a jurisprudência brasileira ainda não captou com bastante evidência a primazia entre as liberdades existenciais sobre as de caráter econômico no direito constitucional brasileiro, mesmo que tal observação genérica contenha algumas exceções[35].

---

[35] Decisão proferida pelo STF na ADIn 319-4, que versou sobre constitucionalidade da Lei 8.039/1990, a qual impunha mecanismos de controle sobre os reajustes das mensalidades escolares. O autor da ação sustentava que o legislador violara os princípios da livre iniciativa e livre concorrência, que impediriam, na sua ótica, o controle *a priori* de preços no Direito Brasileiro. Ao rejeitar tais argumentos, o relator da ADIn, Ministro Moreira Alves, averbou, em seu voto, o seguinte veredicto: "(...) embora um dos fundamentos da ordem econômica seja a livre iniciativa, visa aquela a assegurar a todos existência digna, em conformidade com os ditames da justiça social (...)". "Ora, sendo a justiça social a justiça distributiva (...) e havendo a possibilidade de incompatibilidade entre alguns dos princípios constantes dos incisos desse art. 170, se tomados em sentido absoluto, mister se faz, evidentemente, que se lhes dê sentido relativo, para que se possibilite a sua conciliação a fim de que, em conformidade com os ditames da justiça distributiva, se assegure a todos (...) existência digna (...)". "Tem, pois, razão José Afonso da Silva (...) ao acentuar que 'a livre iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que liberdade de desenvolvimento da empresa, no quadro estabelecido pelo Poder Público (...)'". "Essas conclusões

Tomando-se por premissa maior o fato de que com o advento do pós-positivismo jurídico os princípios de direito definitivamente atingiram o *status* de norma jurídica, a exemplo das regras *stricto sensu*, e com isso passaram a ser visualizados como capazes de embasar e justificar uma solução jurídica concreta, pode-se dizer que a atual Constituição Brasileira restou orientada segundo este ideal. Disto decorre que, por conseqüência, criaram-se inúmeros aspectos importantes para a Hermenêutica constitucional em geral e, por conseqüência, para a questão da aplicação dos princípios constitucionais da ordem econômica, objeto deste trabalho.

Inúmeros princípios jurídicos, que outrora eram apenas referências secundárias e sem poder de aplicabilidade normativa direta, agora alcançam efetivos poderes axiológicos vinculativos e ainda patamares constitucionais, nas mais variadas áreas da realidade jurídica. Esta evolução, porém, só pôde realmente galgar avanços significativos com a aceitação fundamental de que estes princípios não poderiam existir e funcionar em um mesmo sistema constitucional de forma plena (sejam tais princípios gerais ou não, expressos ou não), se fossem possíveis contradições e incompatibilidades entre os mesmos.

Todo este conjunto de princípios, desta forma, há de ser ponderado, na sua globalidade, se de alguma forma se pretende discernir, no texto constitucional, a definição de um sistema e de um modelo econômicos. Como se viu, a Constituição não é, de forma alguma, um mero agregado de normas; e nem se pode interpretar suas disposições de forma isolada e estanque em si mesmas, aos pedaços. Assim, sendo a Constituição um sistema dotado de coerência e sistematicidade, não se aceita contradição entre suas normas internas. Do contrário, seria admitir que estas normas “contraditórias” poderiam ser eliminadas, seja

---

se justificam ainda mais quando a atividade econômica diz respeito à educação, direito de todos e dever do Estado”.

para afirmar-se que umas não são válidas (ou não se aplicam a determinados casos), seja interpretando-as de modo adequado e suficiente à superação da contradição ou contradições[36].

Por fim, aos princípios, no constitucionalismo contemporâneo, deve ser dada valoração suprema quando da aplicação da norma ao caso concreto. Uma demanda jurídica com características econômicas deve ser pautada, primordialmente, pela interpretação sistêmica dos princípios constitucionais relacionados, que se conduzirá, inevitavelmente, pela nova hermenêutica pós-positivista.

1.4 A EFETIVIDADE DO ESTADO SOCIAL-DEMOCRATA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E AS REFORMAS ECONÔMICAS IMPLEMENTADAS A PARTIR DA DÉCADA DE 1990.

Com a promulgação da Constituição Federal do Brasil de 1988 institui-se uma nova fase do período republicano que, agora, retomava claramente a matiz democrática de direito. O Estado voltou a responder materialmente, e não mais só formalmente, pelos direitos e garantias fundamentais e individuais. Voltou a ter seus poderes limitados em relação às prerrogativas do povo e a ter de submeter a vários mecanismos procedimentais e institucionais para atuar dentro das novas limitações do Estado Democrático de Direito ali inaugurado.

No âmbito desta nova orientação democrática não só o aspecto das liberdades individuais se evidenciou na ordem constitucional ora criada, mas também a própria atuação do Estado no cenário econômico que, mesmo reconhecendo a livre iniciativa e as forças de mercado como bases de sustentação da ordem econômica, teve de observar várias outras

[36] GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 214.

diretrizes de cunho social e interventivo. Agora, não somente os direitos liberais de primeira geração (liberdades civis) estavam em evidência, inclusive com garantias expressas, mas também os direitos da igualdade de geração seguinte, o que demonstrava a vertente social da Constituição e a sua finalidade maior.

Tinha-se uma nova estrutura constitucional claramente analítica, garantista e diretiva, cuja orientação para o futuro demonstrava sua preponderância programática. Caberia a todos os agentes envolvidos na tarefa de interpretar e aplicar a Constituição Federal (em especial os agentes políticos de Estado: chefe do poder executivo enquanto Administrador público e os legisladores e juizes) dar marcha a esta nova situação de metas e objetivos.

Não se tinha como negar uma dupla carga ideológica e política na essência do novo texto constitucional (uma liberal e sustentada no fundamento do mercado livre e uma outra interventiva e de cunho social). A escolha pela Constituição de uma orientação que albergava ao mesmo tempo duas idéias filosoficamente contrárias, de forma nítida e direta (e com isso exigindo uma convivência sistêmica e uma), não dava margens para o interprete se desvencilhar desta orientação, pelo contrário.

Tal escolha não foi por acaso e não pretendia gerar confrontos ideológicos que justificasse a escolha, caso a caso, da aplicação do núcleo valorativo que se pretendia dar importância. Existia, de agora em diante, uma realidade constitucional que albergava e exprimia obrigatoriamente um modelo de sociedade e de Estado que precisava conviver, ao mesmo tempo, de forma funcional, com as diretrizes liberais e de livre mercado e intervencionistas e de cunho social.

Enxergou-se a nova Carta de 1988 como uma carta política capaz de dar atendimento aos vários reclames sociais existentes na época de sua criação. Muitos direitos e garantias foram trazidos a nível constitucional, novos institutos foram literalmente criados e produzidos, novas idéias e valores foram recepcionados. Sua abrangência e especialização

tornaram a CF de 1988 uma constituição extremamente analítica, muitas vezes até repetitiva. Porém, tal característica, sem dúvida nenhuma entrava em confronto com sua idéia fundamental: a de ser uma constituição cidadã (pelo contrário, pois só reforçava seus mandamentos).

Uma vez criada e apresentada ao povo a nova Constituição Federal, momento este preenchido de um grande sentimento de dever cumprido e realização social, onde todos conclamavam por liberdade e respeito as garantias individuais após um longo período de repressão instaurado pela ditadura militar, era o momento seguinte o da implementação desta nova ordem política e jurídica.

Porém, mais uma vez, a exemplo de outros momentos de nossa história republicana, sem se falar no período imperial, se viu (como ainda hoje se vê, talvez até mais) muitas e sérias dificuldades de concretização da Constituição ora posta. A chamada Constituição real não tem encontrado correspondência com a Constituição formal, verificando-se no Brasil uma permanente ausência de um efetivo controle do poder estatal e uma grande tendência de se relativizar a importância política das instituições republicanas, tirando-lhes as atribuições ou deixando-as aptas a sofrerem ingerências subjetivas de forças externas[37].

Não se tem no Brasil uma trajetória histórica que comprove o respeito aos ditames constitucionais ou mesmo um efetivo compromisso em se implementar tais ditames. Pelo contrário, vislumbra-se claramente períodos políticos conturbados e de crises que sempre

[37] "(...) em decorrência das peculiares características culturais, econômicas e políticas de nosso povo, resultantes de nossa herança ibérica e do modo como se operou, em nosso país, a institucionalização do Poder, o nosso sistema constitucional tem apresentado uma forte tendência às crises políticas, à concentração do poder e à ineficácia da assecuração dos direitos e garantias. A Constituição real não corresponde, na verdade, às nossas diversas Constituições positivadas, escritas ou formais". LIMA, Fernando Machado da Silva. *O sistema constitucional brasileiro e sua efetividade*. Jus Navigandi, Teresina, ano 07, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3764>. Acesso em:12 set. 2006.

terminavam em comprometer a concretização das constituições, mudando-as, reformando-as, suprimindo ou ignorando suas orientações.

Nunca houve uma cultura nacional de valorização real do texto constitucional e uma compreensão exata de sua importância para o País, o que muito comprometeu a capacidade da sociedade brasileira de exigir também dos poderes constituídos o respeito aos ditames constitucionais e a sua concretização, principalmente no que concerne à realização dos direitos sociais, mais recentemente.

Passou-se a aceitar a discrepância entre o formal e o material e a se achar normal o argumento da “reserva do possível” quando se fala em implementação do texto em pleno vigor. A tarefa dos direitos sociais, esclarece Christine Peter[38], é "de elemento de realização da igualdade e liberdade reais, podendo ser considerados como fatores de consecução da justiça social, na medida em que se encontram ligados à obrigação da comunidade para com o bem-estar da pessoa humana”.

Em que pese às discussões ainda hoje não superadas acerca de certas formalidades constitutivas da Assembléia Constituinte de 1988, onde inclusive se discute a questão da legitimidade do Poder Constituinte, de fato a Constituição atualmente em vigor teve o prodigioso condão de oferecer a nação brasileira o que por muitos e muitos anos não foi objeto de atenção das elites nacionais. Seja no âmbito do cenário econômico-produtivo, seja no âmbito político-jurídico das constituições anteriores.

Sem dúvida alguma que esta Constituição veio resgatar inúmeros débitos, alguns históricos, para com a sociedade brasileira. Uma Constituição que rompeu com os modelos de época constitucionais anteriormente experimentados no Brasil. Inicialmente tivemos o modelo

---

[38] PETER DA SILVA, Christine Oliveira. *Hermenêutica de direitos fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada.* Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 102.

francês e inglês, depois o norte-americano e, enfim, o que hoje se vive, um modelo mais voltado as idéias do constitucionalismo alemão[39].

Estamos, no Brasil, diante de uma fase histórica constitucional que enxergou em 1988 o pós-positivismo como realidade, que enxergou a idéia de hiper-valorização dos princípios como algo natural dentro da concepção de que os valores substanciais de um sistema são mais importantes dentro do Direito que as simples regras de direito (mutáveis por natureza). Regras estas muitas vezes desconexas com a realidade ética e os fundamentos do próprio Direito.

O conteúdo ético passa, portanto, ao centro das discussões e a preocupação em se efetivar os direitos e garantias fundamentais, o bem estar das pessoas e um melhor controle da ação do Estado sobre os jurisdicionados, ficam em evidência imediata. Ao mesmo tempo em que se reconhece que as forças produtivas de mercado precisam ser fiscalizadas e de certa forma até controladas, se preciso for.

Seria, em síntese, o chamado primado da Sociedade sobre o Estado (ainda que este tenha experimentado maior poder de intervenção no cenário econômico, por exemplo) e o Mercado, diferentemente do que ocorria no Estado Liberal em que o Mercado ficaria acima da Sociedade e até do Estado.

A idéia do Estado Social, de inspiração alemã, na verdade já vem influenciando as constituições brasileiras há tempos. Pode-se dizer que as Constituições de 1934, 1946 e a atual de 1988 sofreram esta influência. Nelas domina uma tendência política de disciplinar toda uma categoria de direitos que aponta para a idéia de que o homem-pessoa (e não homem-

---

[39] "Quem se propuser a uma análise em profundidade da evolução constitucional do Brasil não terá dificuldades em distinguir três fases históricas perfeitamente identificáveis em relação aos valores políticos, jurídicos e ideológicos que tiveram influxo preponderante na obra de caracterização formal das instituições: a primeira, vinculada ao modelo constitucional francês e inglês do século XIX; a segunda, representando já uma ruptura, atada ao modelo norte-americano e, finalmente, a terceira, em curso, em que se percebe, com toda a evidência, a presença de traços fundamentais presos ao constitucionalismo alemão do corrente século". BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 361.

indivíduo) é o destinatário da norma constitucional. Trata-se de uma construção amparada no valor supremo da democracia em que o Estado teria seu papel claramente alinhado na implementação dos ideais da liberdade, e ainda, da igualdade e da fraternidade. Nada foi fácil na implementação de tais ideais.

Existiram vários exemplos bem sucedidos na experiência estrangeira, em especial na Europa Continental. No Brasil, entretanto, isso não se concretizou. Os motivos pelos quais vários países do mundo chegaram a exaurir as possibilidades deste tipo de Estado ou, melhor ainda, adaptando-o aos novos desafios e possibilidades (mas mantendo-o), divergem da experiência brasileira.

Na Europa verificou-se a implementação de Estados voltados claramente para o bem estar da população, garantindo os direitos básicos e dando as condições mínimas necessárias para que as pessoas pudessem alcançar, em pés de igualdade, as melhores possibilidades materiais e pessoais de vida, dentro de um sistema de ações positivas. Era o Estado garantista da saúde, da educação, da segurança, do emprego e da previdência. Não no aspecto puramente formal, mas na implementação pública de tais direitos. No Brasil, a partir da Constituição de 1988, não se conseguiu nada disso, no plano material, mas apenas alguns avanços. Todos os direitos e garantias sociais (*lato sensu*) não conseguiram sequer um nível considerável de realização[40].

Ou seja, enquanto vários Estados efetivamente puderam experimentar a idéia de um Estado Social e com isso alcançar e aproveitar todas as suas vantagens e conquistas, o que muito certamente contribuiu para o desenvolvimento das suas instituições e da própria sociedade (equalizando as potencialidades individuais e coletivas), no Brasil a experiência

---

[40] "Mas este Estado, em razão de abalos ideológicos e pressões não menos graves de interesses contraditórios ou hostis, conducentes a enfraquecer a eficácia e a juridicidade dos direitos sociais na esfera objetiva das concretizações, tem permanecido na maior parte de seus postulados constitucionais uma simples utopia. Não se deve porém diminuir a importância que ele já assumiu como força impulsora de modernização, trazendo às instituições um sopro claramente renovador. Dentro, é óbvio, das bases programadas nas estruturas da lei maior". BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. rev. e atual São Paulo: Malheiros, 2003, p. 368.

sequer passou a existir de verdade. Recepcionamos um modelo de Estado e Constituição fora de nossa época e realidade cultural.

Não havia ainda em 1988 (como ainda hoje não há) um momento histórico capaz de albergar aqueles valores, institutos, direitos e garantias de um Estado garantista. Isto, porém, não foi um erro (em hipótese alguma), pois as conquistas sociais não podem esperar e o simples fato de se reconhecer constitucionalmente tais direitos já justificaria esta evolução política. O grande problema esteve, aí sim, na falta de interesse na implementação de tal modelo e na falta de seriedade desta nova fase seguinte de aculturação aos novos tempos.

O Brasil não tinha instituições fortes e maduras o suficiente para enxergar aquela nova fase como pano de fundo para as realizações sociais e cuja execução a estas mesmas instituições caberiam. O Poder político, ao invés de se tornar cada vez mais controlado e limitado, tornou-se muito mais concentrado e livre para atuar.

A tripartição dos Poderes Republicanos passou a ser mais teórica que funcional, com gravíssimos prejuízos para a democracia e a própria consecução dos ditames constitucionais, vez que o Legislativo deixou de exercer efetivamente justamente suas duas maiores funções: fiscalizar o Executivo e legislar livremente[41].

Os esforços, porém, concentrados e expressos na Constituição de 1988, não podem ficar despercebidos ou serem ignorados. É o retrato fiel de uma escolha política nitidamente orientada para a implementação de um Estado Social. Com o advento da Carta, ultrapassou-se a discussão política em si, não mais havendo espaços para discussões de aceitação ou não as novas orientações.

---

[41] "No Brasil, por sua história e cultura de matriz centralizadora e autoritária, o Poder Executivo é sempre preponderante. Não há equilíbrio. O legislativo representa majoritariamente (embora com mudanças sensíveis através do crescimento contínuo desde a década de oitenta dos partidos de esquerda), historicamente, a elite econômica, (no passado nacional, hoje global) e têm historicamente se sujeitado à vontade do Executivo, como ocorre atualmente com a aceitação das medidas provisórias, que podemos dizer, são todas, pelo menos, formalmente, inconstitucionais, e em boa parte dos casos materialmente inconstitucionais". MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Democracia e crise: alternativas estruturais para o Brasil*. *In*: Jus Navigandi, n. 58. [Internet] http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3157 [Capturado 15.Set.2002]

O espaço propício para o debate ideológico e os confrontos de forças e idéias ficou para trás. Agora, era o momento de buscar-se a concretização dos novos ditames que, por serem constitucionais, não poderiam, em hipótese alguma, serem relativizados e descumpridos. Fazia-se necessário uma nova cultura nacional neste sentido. Porém, nem a sociedade nem as instituições assim se comportaram.

Talvez por falta de espaço para isto ocorrer em termos de pré-disposição coletiva (consciência comum de que os direitos e garantias eram para serem cumpridos e não somente previstos), esta concretização não se realizou. Não se realizou por diversos motivos, conforme já se afirmou. Mas todos estes motivos são apenas motivos externos ao problema da concretização, não a causa em si.

Ou seja, a não correlação da nova Constituição de 1988 com o momento histórico da nossa democracia e de nossas instituições, e demais fatores visíveis no que concerne aos problemas de realização dos ditames constitucionais, não pode esconder o principal problema para tal realização, que foi, e ainda é, a falta de interesse político das classes dominantes que controlam o Poder Político[42]desde então.

A Constituição Federal de 1988 é a plena confirmação de que o Brasil escolheu um Estado Social que quis estar albergado em âmbito constitucional, e não apenas no âmbito legal ordinário. Disto decorre a máxima de que todas as demais regras do sistema jurídico nacional infraconstitucional precisam estar de acordo com estas premissas fundamentais. Neste sentido convém lembrar que as normas constitucionais dividem-se em regras *estrito senso* e princípios, e estes últimos, além de conter disciplina normativa como qualquer outra norma, também apresentam um conteúdo valorativo mais amplo e fundamental que orienta necessariamente os ditames legais hierarquicamente inferiores.

[42] A expressão “Poder Político” quando empregada neste trabalho faz referência ao conjunto de meios e espaços que as elites dominantes encontram e estabelecem dentro da estrutura institucional do Estado Brasileiro, controlando-o e implementando suas idéias e valores sempre pela via político-partidária, ainda que ocultada ou pouco visível.

Tudo isto implica dizer que todas as leis ordinárias e demais espécies legislativas produzidas dentro do sistema precisam estar de acordo com as orientações ideológicas constitucionais (seja elas regras ou princípios), principalmente as orientações decorrentes das escolhas políticas mais importantes, como o tipo de Estado adotado. O Estado Social no Brasil ao se estabelecer como opção política entrou em contato com um sistema jurídico e uma cultura político-partidária que até então só tinha visualizado o Estado Liberal. Em decorrência desta situação verificou-se que as ferramentas e os mecanismos procedimentais utilizados pelas Constituições liberais não serviam diretamente aos anseios sociais[43].

Pode-se dizer inclusive que o Direito Constitucional realiza os fins do Estado Social de hoje com as técnicas do Estado de Direito de ontem. Isto, por si só, já é problemático. Além dos entraves de ordem jurídica tem-se o fato, já lembrado, de que faltou as instituições, aos governantes e legisladores, bem como a própria sociedade, enxergar que este tipo de Estado necessariamente precisaria de uma nova cultura que o recepcionasse, segundo novos parâmetros e concepções.

Segundo o professor Paulo Bonavides o grande problema do Estado Social está na verdade em como juridicizar o Estado Social, dando-lhe os mecanismos próprios necessários ao alcance de suas finalidades, seja por meio de novas técnicas ou institutos processuais[44]. Na Constituição de 1988 houve por parte do legislador constituinte originário a preocupação de

---

[43] "O poder, que antes era declaradamente autoritário, sob a vigência da Constituição de 1988 tem sido apenas formalmente democrático, porque ela própria assim o atesta: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição". Esse formalismo é incapaz, no entanto, de ocultar as contradições resultantes da crise de nossas instituições, cuja legitimidade pode ser facilmente contestada pelo fato de que os novos e poderosos instrumentos de garantia dos direitos não estão igualmente disponíveis a todo e qualquer jurisdicionado. Por essa razão, a Constituição não consegue ser respeitada, nem mesmo pelos governantes, e não desempenha a sua função de garantia, como também não demonstra a força transformadora da realidade (redução das desigualdades, justiça social, etc), que parece ter sido pretendida pelo Constituinte de 1988. O verdadeiro sistema constitucional brasileiro é, assim, bem diferente do modelo imaginado, ou desejado, pela Constituição de 1988, que não consegue ser cotidianamente realizada, em sua exegese e em sua aplicação, através da conduta de todos, governantes e governados, para que possa ser válida e eficaz, garantindo a igualdade, a democracia, a cidadania, a soberania e a transformação da realidade política, econômica e social". LIMA, Fernando Machado da Silva. *O sistema constitucional brasileiro e sua efetividade*. Jus Navigandi, Teresina, ano 07, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3764>. Acesso em:12 set. 2006.

[44] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. rev. e atual São Paulo: Malheiros, 2003, p. 373.

se estabelecer certos mecanismos de “especialização” e adequação visando justamente permitir o ajuste natural da transição efetuada de um modelo liberal para um social-garantista.

São mecanismos de atuação do Estado Social que visam justamente dar efetividade aos direitos e garantias previstos constitucionalmente. Como exemplo tem-se o mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo e a ação de inconstitucionalidade por omissão. Neste caso pode-se concluir ser o Estado Social brasileiro um Estado que identifica e busca realizar os direitos de terceira geração, reconhecendo-os, e garantindo-os.

Mesmo tendo-se pouco tempo ainda de experiência em relação a atual Carta Política brasileira, já se verificou a pouca utilidade ou funcionalidade de tais ferramentas no aspecto prático. Não por falta de previsão legal (pois a Constituição previu e deu os moldes iniciais de funcionamento) ou falha técnica nos institutos garantidores, mas sim pela relativização de suas importâncias quando solicitados a funcionar e pelos limitados efeitos que se deu as suas conseqüências. Tudo isto sem se falar na manutenção dos entraves tradicionais a qualquer procedimento judicial ou administrativo, como excesso de burocracia, lentidão de tramitação e dificuldades na implementação dos efeitos das decisões prolatadas.

Estas garantias tinham tudo para terem pleno desenvolvimento prático, mas foram limitadas antes mesmo de criarem alicerces sólidos dentro da cultura jurídica nacional, e assim foram mitigadas de forma muito séria. Não há Estado Social que possa suportar tamanha limitação de seus mecanismos garantistas. Nada impede, entretanto, que tais efeitos sejam revertidos e voltem a ter o papel que teoricamente deveriam ter desde o início de sua criação.

Neste aspecto as críticas servem e são direcionadas a todos os Poderes Republicanos, sem exceção. O Executivo fora o maior idealizador de atos ensejadores justamente de reações efetivadas por estes mecanismos de garantia, o Legislativo convalidou

intenções e aprovou leis contrárias aos fins da Constituição e o Judiciário limitou os efeitos de tais garantias quando chamado a intervir e fazer valer a Constituição.

Entretanto, não se pode negar ou não visualizar os grandes avanços sociais na atual Constituição. Várias são as disposições expressas neste sentido. Os chamados direitos sociais básicos estão previstos e definidos até mesmo como princípios fundamentais, como os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa. Têm-se ainda os objetivos fundamentais da república como o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. Tudo isto sem se falar nos chamados direitos sociais assim considerados pela Constituição de forma direta, como os relacionados a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social etc.

Na linha de pensamento de que os direitos sociais são direitos de primeira ordem e importância dentro da Constituição, por ser esta uma Constituição de Estado Social, não se admite sua relativização, pois são direitos eminentemente absolutos e que não sofrem perda de importância ou efetividade quando contrapostos aos de primeira geração, como os direitos da liberdade.

Como os direitos sociais são os direitos de igualdade e estes são o alicerce axiológico de um sistema constitucional de índole social, não se verifica como negar-lhe validade plena em qualquer circunstância. Como se vê, não é mera opção legislativa ou escolha interpretativa. Deve, qualquer que seja o intérprete e aplicador da Constituição Federal de 1988, observar tais preponderâncias em razão justamente da realidade de Estado Social implantada na própria Constituição[45].

---

[45] "A igualdade se converte aí no valor mais alto de todo o sistema constitucional, tornando-se o critério magno e imperativo de interpretação da Constituição em matéria de direitos sociais. Demais, prendendo-se ainda a esse último aspecto, se considerarmos os direitos sociais básicos direitos absolutos, como foram reputados os direitos da liberdade durante o predomínio do velho Estado de Direito, têm eles aplicabilidade imediata; remetidos todavia àquela primeira posição teórica, que os inferioriza perante os chamados direitos da liberdade – nessa hipótese, ainda quando em grau constitucional –, ficariam via de regra sujeitos às reservas da lei". BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. rev. e atual São Paulo: Malheiros, 2003, p. 375.

Ou seja, ao lado da concepção da limitação do poder estatal e da garantia dos direitos individuais (substratos fundamentais da teoria liberal), a Constituição de 1988 já exige do Estado não apenas o dever de não agir (não interventiva), mas também, em mesmo pé de igualdade (na verdade até mais importante, diante do conteúdo ideológico de Estado Social nela impregnado), uma atuação positiva/realizadora, no sentido de efetivar o "programa" consagrado pela Lei Fundamental.

No chamado Estado Liberal, a defesa das liberdades exigia apenas uma prestação negativa, ou um dever de não agir por parte do Estado. Com o surgimento do Estado Social, diferentemente, a liberdade perdeu seu caráter absoluto e passou a conviver com o valor igualdade, exigindo-se do Estado uma atuação efetiva no meio social, econômico e cultural, destinada a garantir os direitos sociais do cidadão e assim, por conseqüência, se contrapor à crescente desigualdade econômica e social[46].

Não mais se tinha uma compreensão do indivíduo como ser distante e auto-capaz de solucionar todos os seus problemas e sanar todas as suas necessidades. Surge, dentro da Constituição, a noção de cidadão integrado ao corpo social com direitos e deveres efetivamente correspondentes e que necessitavam de concretização e, principalmente, que fosse dado a todos estes cidadãos as mesmas condições necessárias a esta vida social digna e produtiva. Não mais bastava o formalismo da previsão liberal, mas sim a efetivação do modelo social que, além de prever, também garantia.

Como conseqüência desta idéia surgiu a Constituição de 05 de outubro de 1988, também chamada de "Constituição Cidadã", que pretendia, sim, instituir um Estado Democrático de Direito com fins sociais. Tal conteúdo, inclusive, resta evidenciado no

---

[46] A Constituição brasileira, como a de Portugal, Espanha e Alemanha, por exemplo, em que pese o seu caráter aberto, é uma Constituição densa de valores, compromissária e voltada para a transformação das estruturas econômicas e sociais. STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 287.

preâmbulo constitucional[47]. Verifica-se, sem prejuízo de outras inúmeras passagens, sem sombra de dúvida, um grande e completo acervo de normas programáticas.

Conforme demonstrado, a Constituição deve ser respeitada em toda a sua plenitude e capacidade de alcance normativo, por todos, pelo Estado principalmente, estando hoje definitivamente superada a idéia de que ela seria um simples enunciado de valores políticos, que serviriam apenas como diretivas que o legislador iria aos poucos concretizando, de forma mais ou menos discricionária.

Esta compreensão finalista de que a Constituição é um mecanismo vivo de implementação jurídica, de caráter coercitivo e obrigatório, implica dizer que as normas constitucionais possuem, portanto, utilização imediata, embora existam aquelas que, por serem de eficácia contida (por escolha do legislador originário e até mesmo derivado) não são auto-aplicáveis, exigindo outras elaborações legislativas, como a expedição de um comando complementar da vontade constitucional, para suprir sua insuficiência e tornar sua incidência possível, com total eficácia. Independentemente desta situação, mesmo estas normas já devem produzir algum efeito vinculante, antes mesmo de sua complementação legislativa, ao menos para impedir que o legislador desobedeça às suas diretrizes com outras normas divergentes.

Como se sabe, o texto constitucional é o ápice da estrutura jurídica de uma dada ordem jurídico-política, servindo como parâmetro fundamental de todas as disposições legais infraconstitucionais decorrentes. Esta construção constitucional exige respeito e adequação de todos os demais subsistemas e estipulações jurídicas, sob pena de invalidade destes últimos. Ainda dentro desta ótica, pode-se dizer que tudo que existe dentro do texto constitucional,

---

[47] "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil". Preâmbulo da Constituição Federal do Brasil de 1988.

seja explícito ou não, auto-aplicável ou não, necessariamente é conteúdo constitucional e, portanto, precisa ser observado como tal.

Não caberia, assim, a nenhuma norma infraconstitucional ou ato administrativo, afrontar a tais disposições. Dentre todas as disposições constitucionais existem algumas que são identificadas como ainda mais relevantes para todo o sistema do que outras, não no aspecto hierárquico em si, mas por explicitar os valores basilares da ordem constitucional e estatal, símbolos maiores das escolhas políticas e ideológicas que "explicam" e justificam todas as demais orientações decorrentes. São as chamadas cláusulas pétreas.

Nos países que adotaram constituições escritas, como o Brasil, erigindo como dogmas o princípio democrático e a separação de poderes, existe o consenso de que devem ser obedecidas as normas constitucionais fundamentais, especialmente as referentes aos direitos e liberdades dos jurisdicionados, por exemplo. Estas orientações precisam ser observadas em qualquer situação, não se aceitando alterações ou sua retirada de dentro do sistema. Outro exemplo igualmente válido é o que enxerga na Constituição de 1988 ser o Brasil um Estado Democrático de Direito de fins Sociais. Para assegurar o respeito à Constituição e suas orientações, muitos Estados democráticos criaram órgãos jurisdicionais incumbidos do controle da regularidade das normas infraconstitucionais em face da Lei Fundamental.

Nestes casos, sendo a constituição considerada uma lei suprema, foram também inseridas no texto constitucional as normas referentes à sua reforma (oportunidade, imposições procedimentais e legislativas, espaços de autorização etc.). O poder constituinte derivado, ou poder reformador, juridicamente limitado – e por essa razão boa parcela da doutrina não o considera poder constituinte –, cabe ao órgão legislativo.

No entanto, essas constituições, que a doutrina classifica como rígidas, costumam exigir determinados processos especiais e maiorias qualificadas, para que os parlamentos possam reformar seus dispositivos. É o caso do Brasil. A reforma constitucional costuma ser,

portanto, bem mais difícil do que a simples elaboração de uma lei ordinária, ou de qualquer lei infraconstitucional.

Em conseqüência desta primazia constitucional, surge o debate a respeito do tema das cláusulas pétreas, ou seja, daqueles assuntos intocáveis e excluídos, pelo constituinte originário, da competência reformadora do parlamento. Este é um tema muito polêmico, porque dele depende, de um lado da questão, a necessidade referente à estabilidade e à segurança jurídica, e por outro aspecto, aparentemente inconciliável, a idéia de representatividade popular e de legitimidade democrática das decisões fundadoras do Estado.

São várias as questões decorrentes desta contraposição de idéias, como, por exemplo, saber se poderia a supremacia constitucional limitar o próprio poder constituinte ou se a vontade do povo (poder supremo) estaria limitada pelo texto constitucional. São questões de grande importância.

Parece-nos bastante seguro o entendimento de que as chamadas cláusulas pétreas só podem ser reformadas ou mitigadas em uma outra Constituição. Seriam, tais orientações fundamentais, as razões de ser daquela coerência constitucional. Uma vez não mais sendo aceitáveis ou elegíveis tais disposições, não mais seria aceitável a própria ideologia constitucional em si, o que forçaria uma nova construção constitucional. É questão, portanto, de coerência e respeito à própria noção do que seja uma Carta Política para uma nação, e para um Estado.

Disto decorre que, sendo efetivamente necessário ou oportuno a um povo mudar as disposições de conteúdo constitucional, isto pode perfeitamente ser feito, desde que autorizado constitucionalmente e segundo seus preceitos formais. Tal conclusão é da própria idéia de Direito enquanto fenômeno social que é, e da necessidade da Constituição acompanhar a realidade material, sob pena de cair no vazio normativo e virar mero roteiro de intenções. Porém, em hipótese alguma se pode admitir a possibilidade de se alterar, relativizar

ou ignorar os fundamentos ideológicos que orientam o sentimento político primaz do texto magno, aquilo que dá feição, identidade e finalidade a idéia do que seja uma dada Constituição para um povo, em um dado momento histórico.

Não é possível, assim, no âmbito da Constituição Brasileira de 1988, que se tome como meras disposições orientativas ou indicativas as normas que estipulam a forma de um Estado Democrático de Direito com fins sociais, em que coexistem, por imposição ideológica da própria Constituição, valores e idéias tanto liberais quanto garantistas (interventivas) no cenário econômico e político. Uma vez reconhecida esta importante e óbvia constatação técnica, a luta passa a ser a luta da concretização de tais direitos e garantias que, apesar de poderem sofrer alterações por via indireta, dentro do processo reformador da constituição, não podem ser alterados por simples emendas constitucionais.

Isto é o mínimo que se pode esperar dos interpretes e aplicadores de uma norma constitucional que já é por si só a reserva do possível para um povo. Não há que se tolher o que já foi tolhido e selecionado dentro do processo natural de definição dos valores e das idéias que foram albergados pela Constituição, no momento de sua discussão, ponderação e criação[48].

Em que pese às análises dos que insistem em enxergar a questão das reformas constitucionais como de ordem meramente técnico-jurídica, esquecendo-se do pano de fundo

---

[48] “Em nosso país, os entraves que impedem a concretização dos dispositivos jurídicos (ou seria melhor jurígenos?) decorrem não apenas do caráter de idealidade presente em seu conteúdo, mas também da ausência de vontade do poder público. Há, ainda, casos em que a inefetividade decorre dos interesses particulares de classe ou do poder de veto de alguns grupos hegemônicos. Há, por conseguinte, um fosso que separa a expectativa gerada pela expansão dos direitos formais de cidadania e sua realização no cotidiano dos indivíduos. Esse desconforto gera nas pessoas a crença segundo a qual os direitos não existem para serem realizados, sendo, tão-somente, adereços ou formulações abstratas inexeqüíveis. Este hiato demonstra bem que o Direito é um instrumento social que não escapa à esfera do político, ou ainda que "a Constituição, sem prejuízo da sua vocação prospectiva e transformadora, deve conter-se em limites de razoabilidade no regramento das relações de que cuida, para não comprometer o seu caráter de instrumento normativo da realidade social"”. GUERRA, Gustavo Rabay. *A concretização judicial dos direitos sociais, seus abismos gnoseológicos e a reserva do possível: por uma dinâmica teórico-dogmática do constitucionalismo social*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1047, 14 maio 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8355>. Acesso em: 12 set. 2006.

de toda ordem jurídico-constitucional e suas nuances ideológicas correlatas, verifica-se no Brasil, a partir da década de 1990, uma intensa agenda de reformas do texto constitucional. Visaram tais reformas justamente recompor os mecanismos de controle dos setores políticos dominantes sobre os novos e inovadores meios de defesa postos à disposição da população para a consecução dos direitos e garantias oferecidos na Constituição Cidadã.

Logo após o calor das discussões democráticas pós-regime militar e a reconquista das liberdades civis, bem como o esfriamento dos debates de ordem sociais e garantistas, enxergou-se a dificuldade que seria por em prática as novas disposições. Tais dificuldades não decorreram da não operacionalidade dos institutos ou das poucas possibilidades materiais de implementação, mas sim da não aceitação do custo social de tais avanços, tendo em vista que o Estado Social não poderia ser realmente concretizado sem uma nova cultura política e jurídica amplamente disseminada em toda a sociedade. Tal mudança por si só exigiria uma nova educação conscientizadora que fizesse a população ter uma real noção de quais eram seus direitos, como pleiteá-los e efetivá-los, via cobrança estatal.

Portanto, a grande massa da população brasileira não pôde cobrar esta implementação porque simplesmente não conhecia o novo estatuto do poder de forma completa, ainda permanecendo (esta população) à sombra das velhas estruturas do poder, e sem conseguir fazer parte dele.

A nova Constituição, prevendo estas dificuldades e ao mesmo tempo temendo pela forte concentração do poder político nas mãos de um Executivo cada vez mais forte, buscou o equilíbrio entre os Poderes Republicanos ao recepcionar a teoria dos freios e contrapesos. A idéia era dar prerrogativas e funções aos três poderes que se completavam, se tocavam e algumas vezes se igualavam, numa nítida tentativa de evitar os excessos e permitir que um Poder conseguisse fiscalizar e, de certa forma, controlar um ao outro.

Mas apesar de todos esses controles, que a cada dia se tornam mais complexos e burocráticos, parecendo existir a intenção de que eles não devam realmente funcionar, a Constituição tem se tornado letra morta, pela ação, ou pela omissão do Estado. A inércia do Administrador Público (Poder Executivo) e o silêncio do Legislador ofendem a Constituição, como tem ocorrido nestes anos de sua vigência.

O Congresso Nacional não tem cumprido sua função legiferante, de regulamentar e criar os mecanismos e dispositivos legais aptos a dar efetividade aos comandos constitucionais, e o Judiciário não tem sido capaz de corrigir essa situação, seja pela via do mandado de injunção ou da ação de inconstitucionalidade por omissão, por exemplo. Não tem sido capaz, ou não existe vontade neste sentido. O que se observa, portanto, são os abusos, porque os controles não funcionam. Não existe "vontade política" para que isso ocorra e, por conseqüência, o sistema emperra de dentro para fora, não possibilitando as soluções de mérito impostas na própria Lei suprema.

Tudo isto é, certamente, uma postura estatal (envolvendo todos os Poderes da República) de realinhamento político do pacto constitucional, mesmo que seja por vias indiretas, onde se busca uma tal “governabilidade” e só se permite fazer o que está dentro da “reserva do possível”. Os interpretes e aplicadores da Constituição, enquanto agentes estatais, não vislumbram a necessidade de concretização como de primeira ordem, sempre sob o argumento funesto e inaceitável da reserva do possível[49].

As reformas constitucionais em marcha no Brasil apresentam-se não somente como um processo de adequação material do texto constitucional a realidade social sempre em movimentação (o que é louvável e aceitável). Na verdade, e primordialmente, também se apresentam como uma nova reorientação ideológica que busca levar o conteúdo das

[49] Num Estado de direito democrático, o trabalho metódico de concretização é um trabalho normativamente orientado. GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, p. 1147.

finalidades políticas (a razão de ser) da atual Constituição (que proclama o Estado Democrático de Direito com fins Sociais) para um novo nível de centralismo abstrato que pretende, através de uma nova roupagem liberal, retirar o Estado do mundo econômico e social (neoliberalismo).

Ao desestatizar as empresas prestadoras de serviços públicos, principalmente aquelas que estão diretamente ligadas à consecução dos serviços públicos mais essenciais e reconhecidamente necessários à inclusão social da população (pois são ferramentas diretas de intervenção estatal na economia e aptos a realizarem políticas públicas de alcance social), se está sim diminuindo o papel do Estado. Com isto, também se comprometendo sua importância como agente catalisador dos fenômenos de transformação social. Esta é, com certeza, umas das mais importantes características do modelo liberal.

Resta possível o Brasil voltar a ter um Estado ideologicamente de tendências liberais e apenas preocupado com os direitos de primeira geração (agora numa roupagem neoliberal), tudo isto dentro de uma Constituição forçadamente re-costurada e retalhada, sem que ao menos tenha tido a oportunidade de efetivamente ver cumprida a promessa de justiça social proposta pelo Estado Social propugnado formalmente em 1988.

De forma deliberada, as forças políticas que viram o nascimento da Constituição Cidadã, e que não conseguiram em um primeiro momento (após as agitações e cobranças do período pós-regime militar, com a redemocratização) frear a construção do texto constitucional de 1988, conseguiram sim, logo em seguida, frear o avanço dos novos mecanismos de atuação deste Estado.

Vários foram às formas desta pretensiosa paralisia institucional que terminou por inviabilizar os remédios e garantias constitucionais e não permitiram o surgimento de uma cultura nacional capaz de recepcionar este novo momento na história nacional. Estamos em um momento crucial desta nova reorientação, em franca marcha, onde as várias reformas

constitucionais já implementadas no âmbito administrativo e econômico já permitiram uma nova abertura política para a recepção de tantas outras alterações. Basta observar que em nenhum momento se viu qualquer tentativa do legislador reformador ou mesmo derivado desenvolver novas ferramentas garantistas dos direitos sociais, ou recuperar a eficiência das já existentes.

Em nenhum instante se verificou a importância da concretização do conteúdo social da nossa Constituição, pelo contrário. Cada dia mais as legislações ordinárias afastam a incidência das previsões constitucionais do dia-a-dia das pessoas ou suavizam suas conseqüências. As reformas até então realizadas, e as que se encontram em vias de realização, só buscam reorientar as atenções do Estado para um novo modo de trabalhar o segmento econômico e financeiro, diminuindo a participação do Estado no processo e limitando as possibilidades de implementação dos direitos de igualdade. Os fins e objetivos da Constituição continuam a aguardar por sua concretização ou, do contrário, por sua total ignorância e afastamento.

Conforme visto, os fundamentos ideológicos de uma Constituição deveriam servir de parâmetro aos legisladores, antes que os mesmos, movidos por caprichos corporativos ou por motivações questionáveis, passassem a criar normas de alcance universal e continuamente programático, mas de efeito concreto nulo. A função da legislação infraconstitucional é a de aplicar e por em prática as orientações impositivas da Constituição, e para isso precisam ter em seu conteúdo uma força realizadora condizente com as necessidades fáticas do objeto/fim a ser alcançado. Por isto não ocorrer, muitos dos direitos de cidadania amplamente garantidos pela Lei Maior não são realmente efetivados.

São tais distanciamentos que comprometem o cotidiano político-jurídico e que impedem o diálogo da experiência social com as normas de cidadania orientadas pela Constituição; desconectam o sentido "real-racional" perseguido pelo legislador constituinte e

o relegam ao discurso dos limites e possibilidades, identificando o "real" como "limite" e o "racional" como "aquilo que é possível". Assim, antes mesmo de se pré-compreender, já se interpreta e se alcança a compreensão de *ultima ratio*, qual seja, as normas definidoras de direitos sociais encerram eficácia limitada, carecedoras que são de uma atuação futura (eventual e incerta) do legislador infraconstitucional e do sistema político[50].

Ou seja, se ainda se quiser ver um Brasil sob o manto do Estado Social e assim, pelo menos uma vez na sua história, se dar verdadeiramente uma oportunidade para que as condições ofertadas a sua população possam diminuir suas diferenças, e assim permitir um desenvolvimento amparado na idéia da igualdade e fraternidade, a hora é esta.

De forma silenciosa, ideologicamente bem organizada e visualizando objetivos bem claros, as forças políticas de orientação liberal (aqui não tomadas de forma alguma em tom depreciativo, mas puramente ideológico) estão sim reorientando a Constituição Brasileira (como já fizeram de forma ilegítima com a legislação infraconstitucional) para uma outra posição política, sem precisar de uma nova Constituinte, mesmo sendo isso filosoficamente insustentável.

É preciso frear esta reorientação e promover a concretude desta Constituição de fundo que ainda existe, por meios de garantias sérias e exeqüíveis e de uma nova cultura nacional neste sentido. Não se busca, com isso, um Estado Socialista (que é outra orientação política bem diferente e totalmente incompatível com nossa estrutura constitucional e social),

---

[50] “Em suma, a Constituição não passará de um pretensioso, ridículo e caro pedaço de papel, se não pudermos contar com uma cidadania alerta e consciente, que possa exigir o respeito aos seus direitos fundamentais. Infelizmente, se a ignorância do direito parece ser a herança que deixaremos para as futuras gerações, não podemos, honestamente, acreditar que ainda temos futuro, como nação. Será que estamos deixando, para os nossos filhos, os instrumentos necessários para a defesa de sua própria liberdade? Ou será que os estamos condenando à opressão e à miséria? Afinal, a liberdade, para ser conquistada, exige guerras e sofrimentos, mas o arbítrio, a prevalência do poder pessoal, e o exercício autocrático do poder não requerem muito trabalho, nem muita preocupação. Para que sejamos merecedores deles, basta que fechemos os olhos para a realidade”. LIMA, Fernando Machado da Silva. *O sistema constitucional brasileiro e sua efetividade*. Jus Navigandi, Teresina, ano 07, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3764>. Acesso em:12 set. 2006

mas sim a implementação do Estado Social-Democrata previsto em nossa atual Carta Constitucional.

1.5 O PAPEL DO ESTADO BRASILEIRO NO ÂMBITO DA ORDEM ECONÔMICA DE 1988: ESTADO REGULADOR E ESTADO EMPRESÁRIO (COEXISTÊNCIA E POSSIBILIDADES).

Muito se discute no Brasil, atualmente, acerca do processo regulatório de setores econômicos, muitas vezes sem se considerar os aspectos fundamentais dos institutos jurídicos, políticos e econômicos que dão sustentação a esta nova forma de atuação estatal. Em razão disso surgem exageros e paixões interpretativas que em nada colaboram com o desenvolvimento da regulação e a necessária readequação dos mecanismos institucionais necessários à recepção e funcionamento dos agentes reguladores.

Uma dessas visões estereotipadas da problemática faz crer, por exemplo, existir uma incompatibilidade natural e absoluta entre a coexistência de um Estado Regulador e um Estado Empresário. Contribuiu para esta visão o fato de que o instituto regulatório no Brasil foi recepcionado e posto em prática em um processo de transição política e constitucional sem maiores amadurecimentos ou debates, afora a inexistência de uma cultura nacional prévia que abarcasse a experiência histórica dos institutos e valores postos em prática.

A existência simultânea de práticas e princípios institucionais característicos de modelos de Estados diferentes, no caso, Estado Regulador e Estado Empresário, que atua, ao mesmo tempo, como agente de mercado na economia, em setores específicos e estratégicos, mas também implanta uma estrutura regulatória e assim permite o funcionamento fiscalizado das forças de mercado, é perfeitamente possível. E isto é possível sem que, por isso, se

prejudique o princípio da livre concorrência ou se subverta os fins do Estado contemporâneo, que é, antes de tudo, um Estado com atuação em várias frentes.

Para isso é necessário analisar mesmo sucintamente o ambiente jurídico-constitucional e político-ideológico que deu amparo à transição entre os modelos prévios a instalação da regulação no Brasil e o atual modelo, já em processo de consolidação de mercados sob regulação.

Parte-se do princípio de que a atual Constituição Brasileira claramente apresenta um sistema de Estado Social-Democrata com grande vocação para a implementação dos direitos e garantias de caráter social e interventivo, características estas que, a partir das reformas constitucionais da década de 1990, foram relativizadas, mas não perderam sua importância ou necessidade constitucional de concretização.

Diante de tal análise constitucional busca-se amparar a idéia de que, tomando-se por base a atual situação da Constituição Federal, existe sim um modelo estatal que corrobora e até impõe a coexistência dessas duas vertentes de atuação do Estado Brasileiro, sem que existam conflitos insuperáveis e fundamentais. A preocupação é, portanto, de se comprovar esta coexistência necessária.

A análise tem origem em um pressuposto teórico de natureza constitucional obtido a partir de uma interpretação sistêmica e direta da Constituição de 1988. Trata-se da possibilidade proposital e originária de coexistência entre duas formas de atuação do Estado no cenário econômico, seja como agente regulador, seja como participante ativo dentro do espaço empresarial.

Partindo-se desta premissa busca-se identificar os desdobramentos jurídicos/constitucionais e políticos/institucionais já existentes no ordenamento aptos a viabilizarem esta integração necessária (vez que decorrente da sistemática constitucional) e solucionar eventuais entraves e conflitos que venham a existir. Num momento seguinte, já

diante dos elementos de suporte desta realidade, verificar-se-ão as vantagens e possibilidades práticas deste modelo para o desenvolvimento do País tanto no aspecto econômico quanto social, com destaque para o aprimoramento das relações de mercado em geral.

Não se discute mais as vantagens que uma estrutura de regulação de mercado (nos setores aptos a experimentá-la) pode trazer a um País como o Brasil. Existem certas funções e responsabilidades do Estado que podem ser repassadas a estas instituições. E isto foi feito, com as reformas constitucionais já efetivadas.

Porém, levando-se em consideração as premissas constitucionais também em pleno vigor que dão ao Estado Brasileiro uma linha de atuação social-intervencionista, não se pode descartar tais orientações ideológicas, sob pena de desrespeito a ordem constitucional, na medida em que incorporaram esses pensamentos. Disto decorre um entendimento sistemático da própria Constituição de coexistência entre tais valores[51], sem que implique um conflito ideológico insuperável ou insustentável[52].

Esta proposta de estudo passa necessariamente por uma verificação histórica que, ainda que superficial e rápida, visa demonstrar a ligação entre as formas de atuação e funções do Estado e o estágio de existência do capitalismo em dado momento histórico, nos espaços em que esta relação se instaurou. Esta estreita ligação denota várias explicações tanto de

---

[51] Luiz Roberto Barroso chama a atenção para o fato de que a Carta Republicana de 1988 Brasileira foi idealizada e construída dentro de um momento histórico conturbado cuja transição política se caracterizou pela influência e participação direta de grupos ideológicos muitas vezes diametralmente opostos, o que explica em boa parte a essência descritiva e opositiva de vários princípios e valores existentes simultaneamente no texto da nova Constituição. Vejamos: "(...). De outra parte, o assédio dos lobbies, dos grupos de pressão de toda ordem, geraram um texto com inúmeras esquizofrenias ideológicas e densamente corporativo. A critica, cabível e necessária, não empana o seu caráter democrático, mas apenas realça a fisionomia ainda imatura de um País fragilizado pelas sucessivas rupturas institucionais e pela perversidade de suas relações sociais. Como protagonista e beneficiária das disfunções atávicas da sociedade brasileira, sobrepaira uma classe dominante – a elite econômica e intelectual – que jamais se interessou ou foi capaz de elaborar um projeto generoso de país, apto a integrar à cidadania, ao consumo mínimo, enfim, à vida civilizada, os enormes contingentes historicamente marginalizados". BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 8 ed. atual. São Paulo: Renovar, 2006, p.42.

[52] GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 21.

ordem econômica quanto política, estando o aspecto jurídico numa relação de retro-alimentação com tais valores e espaços.

Com as Revoluções Americana e Francesa do século XVIII visualizou-se o surgimento de um verdadeiro constitucionalismo, na acepção pura do termo. Estava criado o entendimento de que era preciso, por meio da lei, conter e delimitar o poder político do próprio Estado, que tinha alcançado possibilidades e liberdade exageradas, ou mesmo perigosas, até então na experiência histórica da humanidade.

Este constitucionalismo visualizava uma imposição de limites ao Estado, efetuada pelo próprio Direito, através do controle das funções estatais e, por conseqüência, garantindo a liberdade dos agora cidadãos, e não mais apenas súditos, diante do Estado, que não mais poderia invadir ou se intrometer em assuntos que não estivessem previstos nas constituições nacionais.

Até mesmo o poder estatal, agora delimitado e com razão de ser no Direito, não mais poderia existir de forma única e completa em si mesma, em termos de execução. O Poder Estatal passou, então, a ser dividido em setores específicos e especializados de organização, com a separação dos poderes, classicamente divididos em Executivo, Legislativo e Judiciário.

O Estado, portanto, passou a ser constituído no âmbito da Constituição, e não mais fora dela, amparado em valores e poderes extras que tivessem qualquer ligação com o divino. Tinha sua origem no poder da coletividade, e não mais no abstrato poder absoluto do monarca. Este é o primeiro fundamento desta nova estrutura. Estava definido, desde então, a idéia de origem do pode estatal.

O princípio da soberania popular passou a ser visualizado, assim, no próprio poder constituinte, poder este legitimamente capaz de dar vida e extensão material aos postulados

constitucionais que regrarão o Estado e a vida social dali para frente[53]. Outro aspecto importante nesta mudança de paradigma estatal é o fato de que o Estado passa, agora, a estar submetido à Constituição que o precede e caracteriza e limita. Cumpre verificar a diferença entre o poder constituinte (poder da coletividade política em nome da qual surge a legitimação de criar as regras constitucionais) e poderes constituídos (os Poderes do Estado em si).

Desta nova compreensão de origem do poder e limitação do próprio poder, além do aspecto de materialidade constitucional enquanto regra de condição do poder, surge a máxima de que o agente realizador das políticas públicas (Poder Executivo) deve sempre respeitar o arcabouço normativo (constitucional e legal) para poder daí retirar a validade de seus atos[54]. E, neste aspecto, verifica-se a dependência que este Poder de Estado (o Executivo) precisa ter em relação à produção legislativa de um outro Poder de Estado, que é o Poder Legislativo.

Elementos como soberania popular, governo representativo, subordinação do poder à lei, divisão dos Poderes do Estado, reserva de lei e legalidade da administração, proteção da propriedade e da liberdade dos cidadãos passam a ser a base do Constitucionalismo moderno (aqui ainda tomado na acepção de Constituição originária), conforme se viu das chamadas revoluções liberais[55]. Vejamos, em linhas rápidas, as principais características de orientação e transição entre este o Estado liberal clássico e o Estado Social.

Esta idéia de Constituição originária, enquanto momento primário do Constitucionalismo moderno, é, pois, a Constituição do Estado liberal de origem burguês, classe social que ascendeu na Europa com a queda das Monarquias Absolutistas. A idéia fundamental desta nova organização de poder estatal pregava a redução do Estado nas

---

[53] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p.117.

[54] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 28 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 108 e 109 e p. 121 e 122.

[55] MOREIRA, Vital. *O Futuro da Constituição*. *In* GRAU, Eros Roberto e FILHO, Willis Santiago Guerra. Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 314.

atividades e tarefas que não fossem às garantidoras da liberdade e segurança, basicamente[56]. Esta visão inicial do Estado liberal, de organização capitalista, tinha uma conotação bastante clara quanto à separação entre Estado e Sociedade, ficando, como já disse, a administração da ordem pública e de polícia com o Estado e a economia exclusivamente à auto-regulação do mercado.

Claramente, os direitos de primeira geração tinham um caráter mais formal que material, estando as preocupações de ordem social sem garantias constitucionais efetivas e a liberdade econômica em pleno funcionamento. Não havia necessidade ou justificativa de se garantir direitos e reconhecer meios de intervenção no âmbito da sociedade e da economia, pois se tratava de um modelo de Estado de ordem liberal e somente comprometido com as liberdades fundamentais necessárias ao funcionamento de um capitalismo despreocupado com outros valores que não os de ordem puramente de mercado. Era o Estado da primeira geração de direitos fundamentais: direitos das liberdades civis e individuais, das liberdades e dos direitos políticos.

Com esta orientação liberal o direito constitucional tinha um caráter basicamente formal e de funções prestacionais negativas[57], sem preocupação de apresentar e fazer cumprir políticas públicas interventivas no seio social e econômico. Este direito constitucional só experimentou mudanças em seu sistema de paradigmas quando o Estado a ele sempre

---

[56] Assim compreende Paulo Bonavides, para quem "a idéia essencial do liberalismo não é a presença do elemento popular na formação da vontade estatal, nem tampouco a teoria igualitária de que todos têm direito igual a essa participação ou que a liberdade é formalmente esse direito". BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7 ed., 2 tir., São Paulo: Malheiros, 2004, p.16.

[57] Neste sentido, tem-se que, institucionalmente, o Estado, como previsto nas Constituições liberais que os adotara, não tinha funções ou obrigações positivas substanciais, de caráter positivo ou realizador, perante a sociedade. Não havia a noção promocional de políticas públicas, visando corrigir ou diminuir eventuais problemas que afetassem diretamente os direitos coletivos ou sociais. A regra fundamental era, essencialmente, a crença de que caberia ao Mercado (aqui na acepção de conjunto de forças produtivas e suas relações intrínsecas) criar as próprias condições de melhoria dos problemas experimentados pelo conjunto social, dentro de suas possibilidades, e sem intervenção estatal para isso. Desta postura estatal não realizadora (não positiva), é que decorre a idéia de um Estado de funções negativas (apenas reativo, e não ativo) que apenas buscava organizar os meios de existência e defesa dessas forças produtivas e suas leis de mercado, ao mesmo tempo em que declarava as liberdades individuais da pessoa humana como princípio fundamental.

correlato sofreu também mudanças fundamentais, o que ocorreu no século XX. Mudanças se fizeram necessárias, pois os problemas sociais e até econômicos decorrentes do modelo liberal clássico se mostraram inviáveis em médio e longo prazo.

Concentração exagerada de capital nas mãos de poucos agentes econômicos, monopolização de vários setores, fechamento de muitas outras empresas sem condições de competição em mercados sem qualquer controle estatal, degradação crescente das condições de trabalho e diminuição dos salários dos trabalhadores (com crescente desemprego em massa), foram algumas das conseqüências deste período.

Como ícone desta mudança de orientação para um novo Estado e Constitucionalismo se verificou historicamente a idealização da Constituição de Weimar, em 1919. Neste instante passou a constituição a ter preocupações e ações positivas quanto à economia e as relações de trabalho e capital, e não somente com as liberdades políticas e civis[58]. Não se enxergava mais a economia como espaço exclusivamente destinado ao manuseio do setor privado e das forças de mercado (com suas únicas e próprias regras), mas sim tendo o Estado agora nítido interesse em agir dentro e sobre este complexo.

Era agora, portanto, a economia, uma questão de Estado, e não somente do mercado. Surgiu, então, um aumento extraordinário na produção de normas jurídicas de várias hierarquias aptas a disciplinar o aspecto econômico. O aumento da tensão entre o poder econômico público, e o poder econômico privado, tornaram-se latente, nesta nova órbita de atuação.

Por conseqüência, e em razão do arcabouço político/ideológico propiciador de tais mudanças, passou a Constituição a trabalhar estes novos conceitos e valores em seu substrato.

---

[58] BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 8 ed. atual. São Paulo: Renovar, 2006, p. 68-69.

Tinham-se, agora, os direitos de geração seguinte, preocupados com os valores coletivos e sociais, numa nítida preocupação com os chamados Direitos da Igualdade.

Cabia ao Estado, assim, uma real atuação no cenário econômico, social, político *lato sensu* e cultural, com atuação de forma prestacional (positiva) perante a sociedade. Surge então a Constituição Social e a Constituição Econômica (conceitos passíveis de análises separadas dentro da mesma Constituição), em complementação a Constituição Política tradicional[59].

O Estado não se apresentava mais como mero observador das ações e prodígios das forças de mercado, estando agora diretamente ligado também ao cenário produtivo, por meio da atuação simultânea e interventiva na economia. Esta atuação agora se dava sempre com amparo e justificativa constitucional que, em variados graus de intervenção, experimentou historicamente (em muitos países do mundo) muitas construções normativas e principiológicas orientadoras deste tipo de atuação estatal.

Agora se podia falar, efetivamente, de políticas públicas de atuação estatal[60], programas de governo e planejamento econômico[61]. A sociedade passa a ser elemento importante na estrutura constitucional e institucional do país, ao lado da economia, e não somente mais o Estado em si.

Novos conceitos surgiram para caracterizar estas Constituições, como constituição programática e constituição dirigente. Tinha, portanto, o Estado Social (intervencionista) características específicas que eram a plataforma de sua atuação no seio social e econômico.

---

[59] HORTA, José Luiz Borges. *Epistemologia e Vigor da Teoria do Estado*. *O Sino do Samuel*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, junho de 1997, a. III, n. 24, p. 10.

[60] GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2003,* p. 21. O autor claramente faz observar a importância do surgimento da previsão constitucional, no caso da Constituição Federal do Brasil de 1988, dos mecanismos de atuação estatal no âmbito da realização de políticas públicas, como elemento caracterizador deste tipo constitucionalismo. Cf.: "Políticas públicas estas que precisam ter sua fundamentação na Constituição e visar necessariamente ao fornecimento de prestações positivas e realizadoras de soluções práticas à sociedade (o fim deve ser evidenciado)".

[61] MOREIRA, Vital. *O Futuro da Constituição. In* GRAU, Eros Roberto e FILHO, Willis Santiago Guerra. Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 315.

A rejeição da idéia da suficiência da auto-regulação do mercado justificava, por exemplo, uma maior intervenção do Estado na atividade econômica (através da regulação de setores econômicos e atuação direta).

Num outro aspecto, a responsabilidade assumida pelo Estado pelas várias prestações sociais postas a disposição dos cidadãos exigiam deste Estado impor ao conjunto da mesma sociedade um compromisso maior e mais direto com as ações positivas (arrecadação de impostos e outros tipos de prestações). Visava, com isso, custear as políticas sociais de um modo geral, inclusive as ações de seguridade social e proteção ao desemprego.

Diante, mais uma vez, das mudanças estruturais e teóricas do capitalismo no mundo, caracterizadas basicamente pela cada vez menor atuação do Estado na economia (incluindo as privatizações), pela desregulamentação de setores econômicos, pela austeridade fiscal, pela entrega das prestações sociais à iniciativa privada, sob regulação do Estado etc., verifica-se um novo ciclo de idéias e orientações políticas que fazem com que os Estados contemporâneos inseridos no processo de globalização passem a, mais uma vez, alterar os seus fundamentos. A palavra de ordem é recolher os limites de atuação do Estado, reorientando suas funções para as já tradicionalmente conhecidas, facilitando o trânsito de mercadorias com outras economias, numa nítida postura de livre mercado mundial.

Neste novo contexto, apesar das relutâncias de alguns países e regiões, a orientação ideológica já massificada nas relações internacionais sugere uma postura de retração do Estado, o que significa dizer a saída deste Estado do cenário econômico, em todos os sentidos, principalmente com a intervenção estatal como agente de mercado (Estado Empresário).

A idéia central é que os setores e atividades econômicas até então realizadas pelo Estado, em regime de monopólio estatal ou não, voltasse a ser, preferencialmente, exclusivamente pela iniciativa privada, segundo regras próprias de mercado ou, no máximo,

que fossem reguladas por meio de estruturas regulatórias especializadas e ligadas aos Estados, mesmo que indiretamente. Em alguns casos e setores específicos verificou-se a possibilidade do Estado atuar conjuntamente com a iniciativa privada em um mesmo setor de mercado, em uma situação em que o Estado compete, em regime de igualdade, com empresas privadas.

O que se verificou, portanto, desde o surgimento das primeiras cartas constitucionais do século XVIII, dentro desta rápida verificação histórica acima relatada, foi uma contínua e forte massificação da idéia de universalização das Constituições, enquanto modo de ser e existir dos Estados Modernos (e, por conseqüência, dos Estados Contemporâneos). Esta contínua adesão política dos Estados a tal modelo foi fruto, obviamente, de complexas e amplas transformações culturais e históricas que propiciaram uma aceitação ideológica ao ideal jurídico-politico do que venha a ser uma Constituição, e a necessidade de se respeitar suas diretrizes e ordens de comando[62].

Isto significou, em outras palavras, uma universalização do sentimento constitucional no mundo, a ponto de quase não mais existir Estados nacionais sem amparo em um texto constitucional. Passou, então, a existir uma simbiose necessária entre a existência de um Estado e sua Constituição, independentemente do conteúdo em si das constituições e dos modelos de Estados considerados.

Mais recentemente, entretanto, este constitucionalismo deixou de ser mera necessidade formal cujo conteúdo finalístico e de mérito eram aspectos secundários, e passou a ser um constitucionalismo voltado para a prática democrática representativa e apoiado na idéia de um Estado de Direito. Tinha-se, assim, um Constitucionalismo liberal-democrático que suplantara em confronto ideológico a alternativa do Constitucionalismo marxista-leninista

---

[62] HORTA, José Luiz Borges. *Horizontes Jusfilosóficos do Estado de Direito*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2002.

na segunda metade do século XX e deixava, para trás, devido a várias mudanças que sofrera, aquele Constitucionalismo liberal clássico de outrora.

As linhas acima expostas acerca das principais características históricas dos momentos políticos-jurídicos encontrados na trajetória dos Estados Constitucionais Modernos e Contemporâneos, breves e sucintas, serviram para demonstrar que os processos de mudança verificados nas sociedades cujos Estados tinham por base a vinculação constitucional formal, estava necessariamente ligado ao modo que se reconhecia liberdade às forças de mercado e as funções do Estado no contexto social e econômico.

Pode-se compreender, assim, diante das variantes pelas quais o modo/sistema de produção capitalista se apresentou desde seu advento, como os Estados nacionais evoluíram e se adaptaram as exigências deste modelo de produção, ao mesmo tempo em que criaram suas respostas ideológico-políticas, bem como jurídicas, através de suas Constituições. Trata-se, evidentemente, de nítida relação de influência direta e simultânea, de duplo sentido, entre os componentes do Direito e do Político-Econômico. Cada um deles influindo e contribuindo reciprocamente na criação e evolução um do outro.

Diante de tais verificações históricas, parte-se da premissa teórica de que a relação entre os modelos de constituições adotadas pelos Estados nacionais a partir do século XVIII e seus sistemas de produção, aqui se incluindo os vários estágios de capitalismo experimentados até agora, é, de fato, a grande questão que dá sustentação ao debate acerca dos limites e funções do Estado. E é justamente a análise de tais limites e funções estatais, no âmbito desta intrínseca relação, que traz as respostas e balizas dentro de um estudo que se propõe verificar as possibilidades de coexistência (contemporânea) do Estado Regulador e Estado Empresário.

Durante a transição entre os modelos de Estado Liberal para o modelo de Estado Social a mudança de enfoque no tratamento das forças de mercado, conforme já dito, é fator determinante na análise constitucional do alcance das funções estatais. No Estado Liberal

clássico não havia na verdade preocupação com a participação estatal na economia, seja como agente econômico ou por meio de qualquer tipo de intervenção indireta, a exemplo de realizações de políticas de planejamento econômico. Todas as ações neste sentido era função exclusiva dos agentes privados de mercado que, por meio de regras e princípios próprios, seriam os responsáveis pela atuação em todos os segmentos econômicos e pelas eventuais soluções necessárias a resolução de entraves e problemas verificados.

Em seguida, antes da transição para o Estado Social, houve uma compreensão de que este liberalismo desenfreado e não planejado causara muitos problemas sérios no conjunto social e até mesmo econômico. A máxima de que os agentes econômicos pudessem por si só garantir o pleno funcionamento do mercado de forma satisfatória e em regime de real concorrência com benefícios múltiplos, gerais e suficientes, não se confirmou. Muitas grandes empresas praticaram concorrência desleal com outras menores, forçando-as a deixar de atuar no mercado ou a vender suas estruturas.

Houve concentração de mercado em vários setores, até mesmo com formação de monopólios. Vários setores menos rentáveis sofreram com a falta de investimentos. A falta de padrões de qualidade exigíveis e o descontrole de preços se tornaram entraves à própria saúde do mercado. Sem qualquer atuação estatal efetiva na promoção de políticas sociais e de emprego, as regras de mercado impuseram severas restrições salariais e mínimas condições de trabalho aos operários das indústrias que estavam em plena expansão.

O Estado Social, no plano ideológico e econômico, veio justamente se contrapor a esta visão liberal, propondo uma atuação estatal mais dinâmica e interventiva em vários outros setores importantes até então não atingidos pelo modelo liberal clássico. Para tanto, pregava que o Estado tinha por função sim a promoção de políticas públicas de caráter social e interventivo, e não apenas de garantidor das liberdades individuais e segurança externa.

Não caberia ao Estado tão somente proteger e garantir as forças de mercado e a liberdade de iniciativa, mas também viabilizar a melhoria de vida da população não agregada ao processo produtivo regular, impor limites à atuação de certos agentes econômicos no interesse do próprio mercado e criar outros meios de participação e acesso social tato no âmbito econômico quanto político. Passou o Estado a agir, devidamente amparado constitucionalmente, como agente econômico, atuando em setores da economia que antes eram de exclusiva atuação privada. Além da prestação se serviços públicos, obrigação sua, originariamente, agora estava o Estado apto a atuar no cenário econômico.

A Constituição de um país já é, por si só, a reserva do possível de uma época, de um povo e suas instituições[63]. O próprio processo político que antecede e justifica a construção de uma constituição nacional, quase sempre conflitante e resultante de confrontos ideológicos, apresenta, ao seu término, a opção vencedora da ampla e complexa disputa de interesses e posições opostas, o que dá, a própria constituição decorrente, uma natureza de "conseqüência possível", realizável e escolhida.

Isto significa dizer que a Constituição jurídica está necessariamente condicionada pela situação histórica real. Em virtude do seu caráter normativo, ordena e estabelece, à sua forma, a realidade social e política que a cerca. Desta realidade surgem às possibilidades e, paralelamente, os limites da força normativa de uma Constituição[64].

Dentro das novas perspectivas administrativas implementadas pelas mudanças na forma de atuação estatal, a partir do movimento político e econômico neoliberal surgido no mundo, surge à máxima de que é preciso diminuir o tamanho do Estado em termos gerais, revisando suas funções e finalidades. Busca-se, com isso, dar-lhe novamente as funções e

---

[63] A expressão "reserva do possível" aqui utilizada faz referência ao conjunto de conquistas e direitos alcançados pelos grupos de interesses ou setores que viabilizaram a disputa que deu amparo à construção do novo texto constitucional o que, por conseqüência, pode ser interpretado como os valores e ideais vencedores ou possíveis, pelo menos em tese (na teoria constitucional), de ser implementados e verificados no cenário jurídico-politico.

[64] HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Trad. Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

atividades tradicionais de outrora, tirando novamente de sua esfera de atuação a intervenção econômica e social, por meio de políticas e ações diretas. Passa a iniciativa privada a reivindicar novamente vários espaços que já tivera e que esteve por muitos anos nas mãos do Estado do século XX.

Setores e atividades econômicas, e até serviços públicos originalmente executados pelo Estado, foram repassados ao exercício do setor privado, tendo cada caso de atuação privada neste novo cenário suas próprias peculiaridades jurídicas e institucionais. Contratos de Concessão, Autorizações, Permissões, regimes especiais e gerais, quebra de monopólios estatais e privatizações passaram a fazer parte desta nova realidade.

A regulação econômica surgiu então enquanto solução contemporânea dos Estados nacionais capitalistas, promulgando soluções e idéias liberalizantes acerca da relação do Estado com a economia e os agentes de mercado, porém, não mais aquelas soluções e idéias de outrora, formuladas e executadas na fase liberal clássica do capitalismo já experimentado. Como se verificou, inúmeros foram os problemas e até mesmo os entraves ao bom funcionamento das sociedades e dos mercados que adotaram efetivamente este modelo de capitalismo desenfreado e sem limites.

Para "justificar" e "explicar" a volta de uma nova concepção liberal de Estado era necessário uma nova roupagem, com novas estruturas de segurança e viabilidade econômica, bem como um novo (mas nada que alterasse o núcleo das relações de mercado e produção capitalista) arcabouço jurídico e institucional[65]. Caberia ao Estado sair na esfera econômica, dando espaço ao setor privado, e, por meio de mecanismos regulatórios específicos para cada

[65] Sobre o tema, ver BARROSO, Luiz Roberto. *A crise econômica e o direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

setor, exercer a fiscalização pública necessária, com um mínimo possível de imposição normativa[66].

Várias explicações foram dadas para justificar a necessidade de se alterar o modelo de Estado intervencionista (social), fora a questão dos altos gastos na sua manutenção em si. Desperdícios de recursos públicos, endividamento progressivo do Estado, ineficiência administrativa, morosidade, burocracia excessiva e crescente corrupção foram também pontos chaves.

Não se pode esquecer, entretanto, que países como o Brasil, a exemplo de vários outros que experimentaram uma industrialização tardia, já chamadas de economias de terceiro mundo, não verificou em sua história uma período efetivo de acumulação de capital capaz de garantir, em momentos seguintes, o potencial de investimento necessário ao crescimento da economia e ao estabelecimento de uma prática estabelecida de investimentos privados aptos a desencadearem o próprio processo de desenvolvimento das relações de mercado.

Por conseqüência, sempre existiu no Brasil uma necessidade muito grande dos investimentos públicos diretos e de uma efetiva participação do Estado no processo de investimentos de capital. A intervenção estatal sempre se fez necessária, de um jeito ou de outro, sempre presente independentemente dos modelos teóricos e políticos adotados em uma dada época[67].

Logo após o advento da Constituição de 1988, iniciou-se no Brasil e consolidou-se na década seguinte (década de 1990), uma grande discussão (tanto acadêmica, quanto

---

[66] "O discurso deste novo tempo é o da desregulamentação, da privatização e das organizações não-governamentais. No plano da cidadania, desenvolvem-se os direitos ditos difusos, caracterizados pela pluralidade indeterminada de seus titulares e pela indivisibilidade de seu objeto. Neles se inclui a proteção ao meio ambiente, ao consumidor e aos bens e valores históricos, artísticos e paisagísticos". MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório. A alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 18.

[67] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório. A alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 19-20.

política) acerca do tamanho do Estado e suas funções, o que, numa primeira abordagem, suscita estranheza e preocupação. Isto porque mesmo com uma Constituição tão jovem, já se buscava uma possível alteração de seu texto, e quem sabe, até de suas orientações maiores.

Não houve uma preocupação real e combativa em se compreender aquele momento histórico de atuação estatal prevista na nossa Constituição, com todos os seus direitos sociais. A questão de ordem já era a adequação do Estado Brasileiro, e por conseqüência, sua Constituição, ao movimento mundial de esvaziamento do papel do Estado.

As breves considerações acerca da concretização dos direitos e garantias sociais, e a defesa efetiva dos princípios orientativos de um Estado intervencionista, só existiram no âmbito da pesquisa acadêmica e na doutrina especializada do cenário jurídico e algumas áreas afins, mas jamais em um plano institucional político ou de governo. A própria sociedade brasileira, em virtude de tais dificuldades e relativizações, passou a ter pouca crença no arcabouço constitucional.

Estava, portanto, consolidado o processo que preparava o cenário das mudanças neoliberais[68] que, efetivamente, se implementou nos anos seguintes. Coloca-se, diariamente e sem maiores pudores, a insatisfação popular com o Estado Brasileiro pesado, gastador e sem capacidade de cumprimento de suas obrigações, como elemento social que justificou e impulsionou este processo nacional, fora as pressões naturais internacionais da marcha globalizante.

Omite-se, entretanto, o fato de que em momento algum o Brasil teve condições governamentais e administrativas reais de concretização das disposições constitucionais

[68] Não se pode negar que as várias e por vezes profundas reformas constitucionais experimentadas após a promulgação da Constituição de 1988, em especial as verificadas na década de 1990, foram realizadas no sentido de adaptar o texto formal constitucional a realidade fática do universo econômico brasileiro (sob forte influência internacional, dentro de uma economia globalizada). Tratou-se, na verdade, portanto, de adaptações no âmbito das necessidades fundamentais e nas expectativas da economia do país, dentro de uma idéia sistêmica de mercado, diante das “barreiras” e “incongruências” verificadas originalmente no texto constitucional, tão necessário de uma atualização aos novos tempos econômicos.

características de um Estado social-democrata, seja por falta de uma cultura nacional que enxergasse os custos deste processo como naturais e necessários, o que implica dizer que mais uma vez a elite econômica não quis abrir mão das suas potencialidades lucrativas, seja pela falta de condições do parque produtivo nacional e sua força de trabalho (aqui incluindo a massa salarial) cumprir com sua parte neste processo, custeando parte do que deveria ser de sua alçada (como os investimentos em infra-estrutura pela iniciativa privada).

Portanto, não foi uma questão de mera escolha política, mas sim de falta de condições estruturais para a implementação de uma nova Constituição que, sem dúvida alguma, passou a existir em um momento histórico que não a privilegiava como mandamento imediato, mas mera orientação para o futuro.

Numa situação dessas, dentro da visão de que a Constituição Federal existe para ser implementada e é o código fundamental de uma nação, o que se esperava era uma correção dos eventuais exageros ou desvios do texto constitucional, preparando o ambiente nacional em todas as suas variáveis, visando implementar e concretizar os direitos constitucionais. Porém, no Brasil, o que se viu foi, simplesmente, um redirecionamento de intenções que, ao final, resultou numa decisão política de mudança da ordem ideológica do Estado Brasileiro, alinhando-o drasticamente aos anseios do capitalismo contemporâneo, segundo uma visão neoliberal[69].

Diante da decisão política de se reorientar o Estado Brasileiro, em termos de funções e espaço no cenário econômico, as mudanças necessárias a esta concretização foram postas em prática, sem demora, e sem qualquer debate social acerca das novas implicações, e

---

[69] "A privatização de serviços e atividades empresariais, por paradoxal que possa parecer, foi, em muitos domínios, a alternativa possível de publicização de um Estado apropriado privadamente, embora, é verdade, o modelo escolhido não tenha sido o da democratização do capital. Ao fim desse exercício de desconcentração, será preciso então repensar qual o projeto de país que se pretende concretizar sobre as ruínas de um Estado que, infelizmente, não cumpriu adequadamente o seu papel". MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório. A alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 22.

o que elas significavam. Sem qualquer análise de mérito que vise estabelecer o certo e errado, o oportuno ou inoportuno, o fato é que foi ignorado, durante as reformas econômicas do Estado Brasileiro iniciadas a partir da década de 1990, toda uma orientação estabelecida na Carta originária de 1988, resultado de muitos debates e discussões acaloradas, sem se falar nos inúmeros conflitos e reivindicações anteriores que levaram, de certa forma, a própria redemocratização do país e a construção de uma nova constituição. Desconsiderando tudo isto, os idealizadores e realizadores das reformas econômicas constitucionais definiram as mudanças e novas posturas institucionais necessárias ao novo momento.

Extinguiram-se vários obstáculos que impediam ou limitavam a participação do capital estrangeiro no Brasil, em vários setores e destinos do mercado nacional. A Emenda Constitucional nº 06, de 15.08.95, ao suprimir o art. 171 da Constituição Federal, permitiu as empresas estrangeiras direitos e facilidades praticamente idênticas às oferecidas às empresas nacionais. Esta mesma Emenda Constitucional alterou o art. 176, *caput*, da Constituição, permitindo que a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia elétrica fossem concedidos ou autorizados a empresas constituídas sob as leis brasileiras, dispensada a exigência do controle do capital nacional. Neste mesmo sentido, a Emenda Constitucional nº 07, de 15.05.02, também agiu, ao alterar o art. 178, e a Emenda Constitucional nº 36, de 28.05.02.

Paralelamente, ainda como requisito necessário à implementação desta nova orientação estatal, a segunda vertente das reformas buscou modificar o ambiente dos monopólios estatais, flexibilizando-os. Neste sentido vislumbrou-se a Emenda Constitucional nº 05, também de 15.08.95, que ao alterar o § 2º do art. 25 da Constituição, permitiu a possibilidade de os Estados-membros concederem as empresas privadas a exploração dos chamados serviços públicos locais de distribuição de gás canalizado, antes executados por empresas sob controle acionário estatal.

Assim também ocorreu com os setores de telecomunicações, radiodifusão sonora e imagens. A Emenda Constitucional nº 09, de 09.11.95, flexibilizou o monopólio estatal do petróleo, permitindo que a União Federal, facultativamente, contrata-se com empresas privadas as atividades de pesquisa e lavra de jazidas de petróleo, gás natural, outros hidrocarbonetos fluidos, a refinação do petróleo, a importação, a exportação e o transporte dos produtos e derivados básicos de petróleo, antes vedado.

Por fim, verificou-se um outro tipo de transformação econômica posta em prática, também muito importante. Tratou-se das privatizações, assim também denominadas. Tais privatizações foram possíveis, pela via legislativa ordinária (Lei nº 8.031, de 12.04.90, depois substituída pela Lei nº 9.491, de 09.09.97), e implementadas por meio do Programa Nacional de Desestatização (privatização), que instituiu alguns objetivos fundamentais como a reordenação da posição do Estado na economia. Tal programa transferiu à iniciativa privada atividades exploradas pelo setor público e trazendo certas contribuições para a modernização do parque industrial do País, via ampliação de sua competitividade e reforçando a sua capacidade empresarial nos diversos setores da economia.

A efetivação deste programa de desestatização tem ocorrido efetivamente por meio da alienação, via leilão em bolsas de valores, do controle acionário das entidades estatais, sejam as que exploram atividades econômicas como as que prestam serviços públicos[70]. Ainda na implementação deste programa verificou-se, claramente, outro mecanismo extremamente importante para os resultados pretendidos, que é a concessão de serviços públicos a empresas privadas, como conseqüência da venda das ações estatais em bolsa de valores. Viu-se, paulatinamente, a privatização de várias empresas estatais federais e estaduais.

---

[70] VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 16 e ss.

O que importa fundamentalmente em uma Constituição é que ela atenda, no seu conjunto interno e sistêmico, às várias relações ou situações que, segundo as condições políticas e sociais do país, mereçam ser disciplinadas com exatidão e de modo a perdurarem no tempo, para que os poderes do Estado não as possam desconhecer, ferir ou deturpar.

Estas relações serão menos numerosas e complexas para certos povos e em determinadas épocas, mas serão maiores em número e importância para outros povos e oportunidades. Isto porque, conforme já se disse, não existe modelo finito e acabado de uma constituição, sendo tal modelo elemento vivo de correspondência direta entre um dado povo, um dado momento histórico, e um dado arcabouço de circunstâncias políticas, sociais e econômicas[71].

A atual Constituição Brasileira, com todas as suas alterações já implementadas, principalmente no aspecto econômico, demonstra esta realidade. Novos fatores e necessidades circunstanciais e estruturais forçaram uma importante e ampla alteração do texto constitucional originário, fatores estes não presentes no momento da redação da atual Constituição, em termos de pressão política suficiente para impor sua visão ideológica.

Porém, não há que se falar em diminuição do Estado Brasileiro com tais mudanças, pelo simples fato de ter deixado o Estado de atuar diretamente na execução de atividades econômicas em si. O que houve, por certo, foram mudanças na estrutura e nas formas de atuação deste Estado, cujo papel fora modificado substancialmente em termos qualitativos, mas não quantitativamente, se assim pode-se dizer.

O Estado deixou sim de realizar por conta própria a execução direta de várias atividades econômicas e serviços públicos em muitos setores e espaços antes de sua alçada, para agora exercer um outro papel, de certa forma com a mesma importância, que é o papel da

---

[71] BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 8 ed. atual. São Paulo: Renovar, 2006, p. 55.

regulação e fiscalização destas mesmas atividades e serviços[72] [73]. É, neste cenário, que surge e se situa as agências reguladoras, como instrumentos de atuação estatal.

O Estado pode atuar no cenário econômico por meio da intervenção regulatória, intervenção concorrencial, intervenção monopolista ou por meio da intervenção sancionatória[74] [75]. Tais modalidades de atuação estatal são perfeitamente possíveis de existirem simultaneamente em um mesmo momento institucional considerado, em vários setores, serviços e atividades diferentes. Existem, ainda, outras classificações, as quais não se pretende exaurir ou analisar de forma pormenorizada neste trabalho, como as que classificam tais modalidades como poder de polícia, incentivos à iniciativa privada e atuação empresarial[76].

No que se refere a esta última classe, tem-se que o Poder Público atua na atividade econômica (interferindo nela), primeiramente, traçando-lhe o disciplinamento, fazendo isso mediante a edição de leis, de regulamentos e pelo exercício direto do poder de polícia administrativo. Trata-se do exercício das chamadas competências normativas primárias pelo Estado, a quem é dado tal direito-dever, e ainda o exercício de restringir e condicionar o exercício de atividades em favor do interesse coletivo.

---

[72] "A redução expressiva das estruturas públicas de intervenção direta na ordem econômica não produziu um modelo que possa ser identificado com o de Estado mínimo. Pelo contrário, apenas se deslocou a atuação estatal do campo empresarial para o domínio da disciplina jurídica, com a ampliação de seu papel na regulação e fiscalização dos serviços públicos e atividades econômicas". MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito Regulatório. *A alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 25.

[73] Art. 174 da CF de 1988: "Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado". § 1º do mesmo artigo: "A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento". Ainda neste sentido, o art. 175 da CF: "Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos".

[74] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito Regulatório. *A alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 27.

[75] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 434-435.

[76] Ver: GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 8 ed rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

Em segundo lugar o Estado atua fomentando (apoiando) a iniciativa privada, muitas vezes incentivando especificamente certos comportamentos ou atividades. São os incentivos fiscais, por exemplo, e certas políticas públicas de fomento de atividades setoriais.

Numa última forma de atuação, segundo a classificação ora em comento, tem-se um Estado com atuação direta na economia. São, neste caso, visualizados duas hipóteses tradicionais. A prestação de serviços públicos e a exploração de atividades econômicas. No caso dos serviços públicos, estes podem ser prestados tanto de forma direta, pelos órgãos despersonalizados integrantes da Administração, quanto indiretamente, por entidades com personalidade jurídica própria, tudo no âmbito da prestação estatal, nos termos do art. 175 da Constituição, já referido.

Diante de todas estas possibilidades de atuação do Estado na ordem econômica, sem prejuízo de outros modelos e tipos específicos, já utilizados ou não na história dos Estados contemporâneos, o certo é que suas potencialidades específicas se apresentam como espécies de alternativas sempre viáveis ao exercício e concretização das várias políticas estatais ligadas aos mais variados modelos de Estado interventor.

Neste trabalho importa, apenas, a verificação das principais características de duas destas formas específicas de atuação do Estado no domínio econômico, segundo a primeira classificação apresentada: a intervenção regulatória e a intervenção direta (como empresário) na economia (podendo ser pela via concorrencial ou mesmo monopolista, tanto de serviços públicos quanto de atividades econômicas).

No âmbito desta atuação indireta têm-se duas possibilidades. O Estado pode criar pessoas jurídicas públicas (sejam autarquias ou fundações públicas, as chamadas fundações autárquicas) ou mesmo pessoas jurídicas privadas (como as sociedades de economia mista e as empresas públicas, ambas operando no mercado de forma semelhante e em igualdade de condições com as empresas da iniciativa privada). É por meio de lei, nos exatos termos do

disposto na Constituição Federal Brasileira, art. 37, XIX[77], que este Estado pode outorgar a tais entes constituídos por ele a prestação dos serviços públicos pela via indireta, como a educação, o fornecimento de energia elétrica ou de água potável etc.

Da mesma forma o Estado pode, por meio do instituto da delegação, chamar à iniciativa privada para prestar certos serviços, tudo por meio de contratos específicos, que basicamente ensejam as tipologias da concessão e da permissão. Lembramos que recentemente a prática administrativa tem criado outras formas de delegação, muitas vezes chamadas de terceirização de serviços, aqui se incluindo vários tipos de atos negociais, como o contrato de gestão[78]. Tudo isto resta expressamente normatizado na Constituição Brasileira, em seu art. 175, *caput*[79].

Entretanto, no que tange a exploração da atividade econômica, que não se confunde com a prestação de serviços públicos (seja por seu caráter de subsidiariedade, seja pela existência de regras próprias e específicas etc.), tem-se que, diante da adoção do princípio da livre iniciativa, somente em hipóteses restritas e previstas constitucionalmente poderá o Estado atuar diretamente no domínio econômico, como empresário.

Nos termos da atual Carta Constitucional, estas possibilidades são nos casos de imperativo de segurança nacional e relevante interesse coletivo (ambos CF, art. 173, *caput*)[80]

---

[77] Art. 37, XIX, da CF: "somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação".

[78] "(...) sua finalidade básica é possibilitar à Administração Superior fixar metas e prazos de execução a serem cumpridos pela entidade privada ou pelo ente da Administração indireta, a fim de permitir melhor controle de resultados". MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p.261. Ver ainda: PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Parcerias na Administração Pública, concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*, 1999.

[79] Art. 175, *caput*, da CF: "Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos".

[80] CF, art. 173, *caput:* "Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei".

e, ainda, monopólios outorgados à União (exemplo, CF, art. 177)[81]. Diante das alterações já introduzidas na Ordem Econômica da atual Constituição, pode-se dizer que a reserva de atividades econômicas postas à disposição do Estado para exploração direta e monopolizada da União foi de fato bastante alterada e flexibilizada[82]. Não se tratando de monopólio, o Estado deverá atuar de forma direta no domínio econômico segundo as mesmas regras e regime jurídico das empresas privadas.

Estas duas possibilidades de atuação interventiva estatais simultâneas (regulatória e empresarial) não são antagônicas, nem no aspecto doutrinário classificatório, nem no aspecto institucional-político ou jurídico-constitucional. Esta afirmação é possível em qualquer modelo de Estado que seja admissível a sua intervenção na economia, independentemente de suas posições serem bem definidas ou não à luz da experiência histórica já verificada, em termos de intervencionismo.

Como toda e qualquer transição política, seja ela qual for, instaurada no seio das estruturas de um Estado, as mudanças paralelas e correlatas a esta mudança necessitam sofrer certas atualizações, inclusive o novo Direito correspondente (a nova estrutura de direito positivo criada – nova ordem jurídica instaurada). E aqui não se está se referindo simplesmente a criação das novas regras e princípios, mas sim a uma nova cultura institucional frente às novas exigências.

Levando em consideração que as mudanças instituídas no Brasil acerca das reformas econômicas não tiveram debate profundo e tecnicamente completo no seio de sociedade, e nem mesmo do próprio mercado, o fato é que o país não tinha aprendido ainda

---

[81] Exemplos previstos no CF, art. 177: "Constituem monopólio da União: – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos; II – a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III – a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores (...)".

[82] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório. A alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 29-30.

com sua recente democracia a conviver com os vários e novos institutos e lógicas a serem observados nesta nova orientação estatal.

Em que pese, ainda, o fato de que não estava muito claramente demonstrado politicamente ser a escolha de retirada do Estado da economia uma opção plenamente aceitável nos termos em que foi instituída. Havia muitas pendências sociais constitucionais ainda não concretizadas que, certamente, sofreriam com esta alteração.

Nem mesmo o governo que deu efetivo andamento as transformações econômicas em sede constitucional (governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, de 1995 a 2002) teve tempo de implementar todas as variáveis políticas necessárias ao bom funcionamento do Estado Regulador. Ainda existe de forma bem enraizada em nossa cultura política a idéia de que o Estado tudo pode e não iria ficar distante das decisões econômicas tomadas pelas empresas que agora estavam sob os olhares dos entes reguladores.

Problemas de independência e respeito decisório passaram a fazer parte do cotidiano destas novas agências reguladoras em relação às pastas ministeriais as quais estavam vinculadas, pois, obviamente, Governo nenhum iria abrir mão de pôr em prática suas políticas administrativas, para as quais foi, inclusive, democraticamente eleito. Não se pode deixar de lembrar que a desestatização de serviços públicos não significou a mudança da natureza pública dos mesmos.

Continua o Estado responsável e com deveres claros em relação à prestação adequada destes serviços públicos, pois é seu dever, e direito imediato dos cidadãos[83]. Desta forma, tem o Estado todo o direito e dever de estar em permanente contato e fiscalização com as empresas privadas que executam estes serviços, sem que isso possa ser entendido como

---

[83] Vejamos as palavras de Gustavo Binenbojm sobre a questão: "A desestatização de serviços públicos e atividades econômicas de relevante interesse coletivo não importa, todavia, a sua despublicização. Ao contrário, a transferência ou devolução da execução destas tarefas à iniciativa privada exige antes a republicização dos mecanismos de controle do Estado sobre elas". BINENBOJM, Gustavo. *As agências reguladoras e o estatuto jurídico de seus dirigentes – controvérsias constitucionais e procedimentos possíveis. In* Livro de Teses do XXV Congresso Nacional dos Procuradores do Estado, Alagoas, 1999, p. 219.

ingerência administrativa ou interferência do Governo no mercado ou nas agências reguladoras[84].

Tais obrigações decorrem diretamente das novas funções do Estado na economia: as funções de planejamento, regulação e fiscalização. Assim, por força de modificações introduzidas por Emendas à Constituição de 1988, passou a existir, com amparo constitucional, órgãos reguladores para os mais variados setores, aos quais a legislação infraconstitucional deu autonomia e independência.

É preciso, diante e ciente de tais implicações, enxergarmos que, ao mesmo tempo em que o Estado deixou de ocupar uma posição mais ativa como agente econômico, deixando a cargo da iniciativa privada a execução destas atividades e até mesmo dos serviços públicos, ele assumiu encargos outros de extrema relevância visando justamente viabilizar o funcionamento e o desenvolvimento desta nova organização. Tudo segundo os princípios e reclames ideológicos da atual Constituição que, mesmo já alterada, ainda preserva a sua índole social-democrata.

Trata-se de uma relação de validade constitucional. Ou seja, só é possível o Estado sair do contexto econômico como agente de mercado se o espaço agora ocupado pela iniciativa privada for necessariamente regulado e fiscalizado segundo os ditames constitucionais que identificam e caracterizam o Estado e a Sociedade Brasileira como de índole social.

Por mais que se altere a Constituição, jamais o seu núcleo duro principiológico e ideológico poderá ser alterado, pois a escolha política fundamental de um texto constitucional não se altera, apenas se adapta. Somente com outra Constituição, isto seria possível.

---

[84] "Afirmar o objetivo institucional de regulação como forma de promoção do equilíbrio econômico não significa desconsiderar outros objetivos de política econômica. É possível e necessário fazer um esforço de compatibilização". FILHO, Calixto Salomão. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos).* São Paulo: Malheiros, 2001, p. 110.

Desta forma, pode-se dizer que alguns princípios e preceitos fundamentais são de importância especial para esclarecer a questão interpretativa da atuação do Estado na esfera econômica[85]. Os princípios, como se sabe, são normas jurídicas que impõem um dever-ser, não sendo mero indicativo valorativo[86]. Dotados de cogência e imperatividade, não podem ser relegados aos casuísmos de quem quer que seja, posto que são a própria essência e substância da consciência jurídica presente em determinado seio coletivo[87].

O fato de o Estado poder atuar como agente de mercado (empresário) em setores que experimentam concorrência aberta e que sejam fiscalizados por órgãos reguladores é outro ponto que tem chamado a atenção dos debates. Levando em consideração que o Estado tem o direito de, reconhecendo a importância estratégica, atuar diretamente na economia como agente de mercado, por meio, por exemplo, de empresa de economia mista, sua atuação sempre estará pautada, apesar do caráter privado da atividade, por uma finalidade maior de natureza pública.

Ou seja, o Estado não estará atuando naquele setor que experimenta concorrência por mero capricho, mas sim devido a necessidades especiais que assim exigem. Como exemplo próprio e característico no Brasil atual, tem-se a Petrobras.

---

[85] TOLEDO, Gastão Alves de. *O Direito Constitucional Econômico e sua Eficácia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 165.

[86] "Colocar a existência de efetiva concorrência como garantia institucional mínima do sistema econômico tem uma conseqüência muito relevante. A afirmação da concorrência como valor mínimo garante a liberdade de escolha e informação o mais abundante possível para o consumidor. A ele caberá descobrir a solução mais adequada para as suas necessidades. Aplicada genericamente, essa afirmação da força cognitiva do Direito implica uma transformação do próprio Direito. Transformação necessária, pois o Direito tem um importante papel cognitivo. Um sistema jurídico que pretende possibilitar à sociedade corrigir a si mesma precisa necessariamente permitir a essa sociedade conhecer a si própria. Em um sistema jurídico assim idealizado as regras jurídicas mudam necessariamente de natureza. Não é mais possível que prevaleçam as regras mandamentais do antigo Estado Liberal. O ordenamento jurídico passa a ser formado precipuamente de regras institucionais e procedimentais. A mudança institucional é, então, obtida não por um experimentalismo político vazio de valores e de discussão política, mas sim de um bem-estruturado e debatido conjunto de valores e regras institucionais". FILHO, Calixto Salomão. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 125.

[87] LEITE, George Salomão e LEITE, Glauco Salomão. *A abertura da Constituição em face dos princípios constitucionais*. *In* Dos Princípios Constitucionais – Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. George Salomão Leite (org.). São Paulo: Malheiros, 2003, p. 142 e 143.

Depois de operar sozinha como única empresa apta a executar o monopólio da União no setor de petróleo, a Petrobras, hoje uma empresa de economia mista, com capital preponderante da União, atua no mercado de forma concorrencial com outras empresas, segundo regras específicas do setor privado.

A decisão política do Estado de atuar neste setor, de forma direta, além de atuar de forma indireta, exercendo a regulação via órgão especializado (Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP), em nada obstaculariza ou compromete a nova organização das funções estatais no cenário econômico. Pelo contrário. Por reconhecer a importância estratégica de um setor tão delicado como o setor energético e petrolífero, o Estado decidiu ter garantias mais concretas que o mesmo funcionaria segundo interesses mais comprometidos com a estabilidade nacional e com as finalidades públicas que se espera.

Trata-se de uma prerrogativa fundamental dada a um Estado que tem em suas finalidades institucionais a consecução de políticas sociais, o que só é possível realizar tendo ferramentas efetivas de planejamento estatal[88]. Não se trata, obviamente, de controle econômico central ou, muito menos, planificação da economia. A própria natureza ideológica da Constituição permite esta dupla ação, vez que reconheceu e proclamou tanto a liberdade de iniciativa quanto a consecução dos fins sociais do Estado[89].

---

[88] Ver: Paulo Henrique Rocha Scott: "...quanto ao setor econômico privado, o planejamento surge como uma ferramenta que induz, inspira, persuade alguém a realizar algo. Os agentes econômicos atuantes no setor privado aderirão aos propósitos do plano somente se for da sua conveniência ou, no caso de não haver vantagens explícitas e imediatas, se compreenderem a importância de participarem interativamente com o Estado na busca da concretização de algumas metas que trarão, ao final, resultados que justificarão a sua adesão – o que depende muito da qualidade da proposta estatal, da sua seriedade e da sua habilidade na condução do processo de planejamento, uma vez que o particular precisa saber qual a atuação que pode, ou não desenvolver". ROCHA SCOTT, Paulo Henrique. *Direito Constitucional Econômico*. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 134.

[89] A Constituição Federal Brasileira em diversas passagens deixa evidenciar esta dupla identidade ideológica, intrinsecamente interdependente e de existência simultânea. Vejamos, por exemplo, tais vertentes de oposição no art. 170 da CF, que, claramente, traz princípios tanto de ordem liberal quanto social-intervencionista: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das

Exemplo fundamental desta orientação são os princípios gerais das atividades econômicas previstos constitucionalmente que, claramente, impõem uma natureza relativizada a Ordem Econômica, dando-a, ao mesmo tempo, uma conotação liberal e capitalista (liberdade de iniciativa, livre concorrência etc.), mas também uma forte limitação segundo interesse públicos mais amplos e de caráter social (redução das desigualdades sociais e regionais, por exemplo).

Eventuais problemas de influência indevida do Estado no mercado, não sendo caso de monopólio estatal de execução exclusiva, deverá ser resolvido segundo as regras e procedimentos corriqueiros disponíveis e ao alcance dos órgãos reguladores. Para isso é que existe a independência e autonomia de tais agências, que tanto deve atuar com independência dos agentes de mercado, quanto do Governo, quando este for identificado como mais um agente em regime de concorrência.

Não há como deixar de enxergar na Constituição Brasileira uma nítida nuance de constituição dirigente. Neste sentido, compreende-se o alcance de tal classificação doutrinária como de vital importância para a própria consecução dos objetivos constitucionais ali previstos, o que força ao legislador e administrador público a terem de observar a natureza dirigente da mesma e as devidas peculiaridades correspondentes.

Desta forma, a função planejadora evidencia-se como mandamento diretivo para tais agentes públicos no sentido de fazer valer as obrigações sociais e econômicas (bem como as demais) consagradas e prometidas em uma Constituição democrata de cunho dirigente-programático[90]. Tal forma de ação estatal é, portanto, vinculada em termos de finalidade,

---

desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País". Em seguida, o Parágrafo único do referido artigo diz que "É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei".

[90] "Em suma, a Constituição não passará de um pretensioso, ridículo e caro pedaço de papel, se não pudermos contar com uma cidadania alerta e consciente, que possa exigir o respeito aos seus direitos fundamentais. Infelizmente, se a ignorância do direito parece ser a herança que deixaremos para as futuras gerações, não

comprometida com o alcance e execução do programatismo constitucional, e se caracteriza pela previsão de determinados comportamentos econômicos e sociais futuros, pela formulação explícita de objetivos e pela definição de meios de ação coordenadamente dispostos[91].

A questão é, sobretudo, de decisão política. Precisamos saber exatamente o que esperamos do Estado Brasileiro e no nosso futuro enquanto nação. Os valores e os objetivos nacionais precisam estar evidenciados dentro de um projeto claro de nação. De olho, sempre, na Constituição e seus valores e princípios, poderemos fazer a escolha de implementá-la, ou ignorá-la, como até agora se fez. A busca por um Estado mais ágil e mais realizador é importante. Neste sentido, passos fundamentais já foram dados, como o deslocamento do papel do Estado na economia e a instituição de uma estrutura regulatória. Acredita-se ser um caminho válido, porém, nada simples.

O Brasil de hoje não está apto, de forma alguma, a experimentar um sistema de mercado sem controle permanente e próximo do Estado. Não só pelo fato de assim exigir nossa Constituição, que, antes de tudo, é uma Constituição Social, mas também porque não tivemos uma evolução histórica que permitisse um efetivo amadurecimento do setor privado capaz de dar-lhe a independência tão reclamada.

Os investimentos em infra-estrutura continuam a depender do Estado e as novas demandas e necessidades do mercado ainda exigem um Estado atuante e fiscalizador. Não existe qualquer contradição ou impedimento seja institucional ou constitucional para a

---

podemos, honestamente, acreditar que ainda temos futuro, como nação. Será que estamos deixando, para os nossos filhos, os instrumentos necessários para a defesa de sua própria liberdade? Ou será que os estamos condenando à opressão e à miséria? Afinal, a liberdade, para ser conquistada, exige guerras e sofrimentos, mas o arbítrio, a prevalência do poder pessoal, e o exercício autocrático do poder não requerem muito trabalho, nem muita preocupação. Para que sejamos merecedores deles, basta que fechemos os olhos para a realidade". LIMA, Fernando Machado da Silva. *O sistema constitucional brasileiro e sua efetividade*. Jus Navigandi, Teresina, ano 07, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3764>. Acesso em: 12 set. 2006.

[91] GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 8 ed rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

atuação simultânea do Estado no domínio econômico tanto como agente de mercado (empresário), quanto regulador.

O espaço da iniciativa privada no Brasil já está assegurado e foi devidamente ampliado, com regras claras e propiciadoras de um ambiente institucional que deverá permitir a satisfação das necessidades fundamentais da população, seja ela por serviços públicos ou bens econômicos de qualidade e eficientes.

As regras de fiscalização via órgãos regulatórios são perfeitamente necessárias diante das exigências constitucionais que, além de tal controle sobre o mercado, exigem do Estado uma postura ainda atuante e intervencionista, muitas vezes com atuação direta na economia, o que não poderia ser diferente, em razão da Constituição que ainda está em vigência no Brasil.

Esperam-se melhorias e acomodações, sejam legais ou mesmo culturais, que permitam ao Estado atuar neste cenário complexo tanto como ente de direito público interno que é, responsável por planejar e executar políticas públicas sociais, quanto como agente empresarial, sem comprometer a nova orientação hoje posta em prática, para que com isso, a médio e longo prazo, se possa construir um Estado realmente atuante e com funções e dimensões apropriadas às necessidades da sua população, e não simplesmente às necessidades abstratas do cenário internacional ou de alguns poucos.

2 A LIVRE CONCORRÊNCIA E SUA EVOLUÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL. DA DEFESA DE MERCADO AO ESTADO SOCIAL.

2.1 O SURGIMENTO DA LIVRE CONCORRÊNCIA COMO INSTITUTO ECONÔMICO E POSTERIOR FUNDAMENTO DE MERCADO NO ESTADO CLÁSSICO-LIBERAL (RECEPÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL).

A livre concorrência, enquanto fundamento e lógica liberal do sistema capitalista, surge como uma das mais importantes criações teóricas relacionadas ao modo de ser e existir do mercado, pois traz consigo a máxima de que as forças econômicas como um todo, atuando em um dado cenário de mercado, devem existir e atuar livremente de acordo com suas próprias necessidades, regras e possibilidades[92].

A livre concorrência é exatamente o substrato do sistema liberal, pois a partir dos efeitos esperados em um sistema que a experimenta, os consumidores e destinatários dos produtos e serviços oriundos do mercado vêem assegurados os seus direitos a consumir produtos de qualidade a preços justos. Esta é a teoria fundamental justificadora de tal conceito, originário do conhecimento econômico[93] [94].

---

[92] Segundo Celso Ribeiro Bastos, a livre iniciativa "é uma manifestação dos direitos fundamentais e no rol daqueles devia estar incluída. De fato o homem não pode realizar-se plenamente enquanto não lhe for dado o direito de projetar-se através de uma realização transpessoal. Vale dizer, por meio da organização de outros homens com vistas à realização de um objetivo. Aqui a liberdade de iniciativa tem conotação econômica. Equivale ao direito de todos têm de lançarem-se ao mercado da produção de bens e serviços por sua conta e risco. Aliás, os autores reconhecem que a liberdade de iniciar a atividade econômica implica a de gestão e a de empresa". BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil.* Vol. 7, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 16.

[93] "Ademais, a livre concorrência é indispensável para o funcionamento do sistema capitalista. Ela consiste, essencialmente, na existência de diversos produtores ou prestadores de serviços. É através dela que se melhoram as condições de competitividade das empresas, forçando-as a um constante aprimoramento de seus métodos tecnológicos, dos seus custos, enfim, na procura constante de criação de condições mais favoráveis ao consumidor. Traduz-se, portanto, numa das vigas mestras do êxito da economia de mercado". BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito econômico.* São Paulo: Celso Bastos, 2004, p. 145-146.

[94] "Desta forma, salta aos olhos a importância da liberdade de concorrência – entendida como autorização aos agentes econômicos para adentrarem no mercado e agirem livremente na atração de clientela e, também, na faculdade de os consumidores ou clientes escolherem de maneira livre os produtos ou serviços que venham a

A idéia de concorrência, ao contrário do que se possa pensar, já existe no cenário social, enquanto construção humana, há tempos. Desde sempre os homens buscaram agir no âmbito social visando à satisfação de interesses particulares, inclusive com a acumulação de riquezas e vantagens. Sempre existiram também aglomerados primitivos que pregavam a ação coletiva e a não acumulação pessoal. Entretanto, foi a lógica de acumulação que ultrapassou os domínios restritos dos grupos sociais, o que, por conseqüência natural, gerou desde sempre a disputa entre todos aqueles que buscavam os recursos, meios e bens limitados e disponíveis em um dado espaço[95].

---

necessitar – razão pela qual se pretende, com o presente ensaio, investigar os principais aspectos relacionados com o Princípio da Liberdade de Concorrência, eleito por nossa Constituição, em seu artigo 170, inciso IV, como um princípio básico da ordem econômica". CORDEIRO, Rodrigo Aiache. *Breve comentário acerca da liberdade de concorrência*. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 5, nº 197. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/ doutrina/texto.asp?id=1565> Acesso em: 10 jun. 2008.

[95] Visando estabelecer uma sucinta, mas fiel verificação histórica acerca do surgimento e desenvolvimento da idéia de livre concorrência no mundo, Rodrigo Aiache Cordeiro faz uma análise dos principais acontecimentos que marcaram os vários momentos tomados como importantes neste processo. Vejamos: "Assim pode-se afirmar que já na antiga Grécia, podem ser vislumbrados alguns traços do Direito Concorrencial, tais como monopólios estatais com escopo de gerar receitas ao Estado e, também, de impedir escassez de alimentos em épocas de crise. Além do monopólio estatal, também há casos de monopólios privados. Ainda na Grécia, numa região chamada Ática que dependia quase que exclusivamente de produtos importados sobreviver, havia várias leis coibindo os abusos dos importadores e comerciantes, chegando, inclusive, a determinar o preço máximo de venda dos produtos. Em Roma, a prática monopolista também existiu, sendo correto afirmar que o monopólio do sal por parte do Estado foi responsável pela maioria das receitas deste. Através do Édito de Zenão foi regulamentada política de monopólios, evitando com isso os abusos de preços. Neste mesmo sentido também se posicionou o Código de Justiniano, que proibiu determinadas práticas de monopólio. Na passagem da Idade Antiga para a Idade Média os institutos relativos à concorrência evoluíram, apresentando, neste momento, maiores semelhanças com seu estágio atual, principalmente com o aparecimento das chamadas corporações de ofício. De forma geral, é possível asseverar que as corporações de ofício inibiam diferenciações entre os produtos (tanto de preço quanto de qualidade), procurando, deste modo, evitar a concorrência, mantendo um equilíbrio entre a oferta e a procura e, também, um preço justo para as mercadorias. Na Idade Moderna, com a crise do feudalismo e a formação das monarquias nacionais, passa a haver uma progressiva concentração do poder político nas mãos do Rei que – por meio da demarcação de seu território, do estabelecimento de um sistema único de pesos e medidas, da criação de um sistema monetário, bem como da unificação das leis – funda o Estado nacional e, por tabela, constrói uma espécie de mercado nacional, de forma a facilitar o comércio. A criação dos mercados nacionais traz grande benefício à classe burguesa, eis que, em função da unificação de todo o sistema, as mercadorias poderiam circular com maior facilidade e, por conseguinte, o comércio desenvolveria muito mais. Ademais, com a criação dos exércitos por parte do Rei, havia paz e segurança para que os burgueses realizassem suas transações comerciais com mais tranqüilidade. Juntamente com o regime Absolutista tem início o Mercantilismo, que se caracterizada por uma política econômica de constante intervenção governamental na economia e tinha como princípios básicos a balança comercial favorável, o protecionismo alfandegário, o metalismo e, por fim, o pacto colonial. Esta última característica (pacto colonial) gerava a possibilidade do estabelecimento de monopólios entre os Estados e as colônias ou entre estas e particulares que recebiam o privilégio exclusivo do comércio por meio de concessões. No fim do século XVI, inicia-se a contestação da legalidade dos monopólios pelos reis. Para que não se façam interpretações equivocadas desse episódio, convém ressaltar que não havia, à época, a concepção de livre iniciativa ou liberdade de comércio como uma forma de atingirem-se os ideais de liberdade econômica ou eficiência. Mesmo assim, com o escopo de justificar a posição

Assim, pode-se dizer que a livre concorrência indica o ato ou efeito de concorrer, ou seja, traz em si a idéia de luta, de competição entre pessoas na busca do mesmo objetivo ou vantagem. Implica, em condições de igualdade, na disputa por espaços com objetivos lícitos e compatíveis com as aspirações nacionais. Na área econômica, representa a própria disputa

---

que tomavam, os julgadores apontam alguns dos efeitos danosos do monopólio para a economia e, conseqüentemente, para o bem comum. No fim da Idade Moderna ocorrem as Revoluções Burguesas que objetivavam acabar com o Antigo Regime das monarquias absolutistas baseadas em leis divinas, do mercantilismo e dos privilégios de nascimento e, também, criar monarquias constitucionais que caminhassem para parlamentos e implantar o liberalismo econômico, solidificando o modo de produção capitalista. As referidas Revoluções se inspiravam nas idéias do Iluminismo (ou Esclarecimento), que foi um movimento intelectual surgido na segunda metade do século XVIII (o chamado "século das luzes") que enfatizava a razão e a ciência como formas de explicar o universo. Com o pensamento Iluminista – e, principalmente, a partir da idéias de ampla liberdade de iniciativa propugnadas por Adam Smith, isto é, a não-intervenção do Estado na economia, em razão de esta ser capaz de se auto-regular por meio das leis da oferta e da procura – a concorrência passa a ser tratada como a panacéia para os males provenientes dos monopólios, regulando os mercados e propiciando bem-estar aos consumidores, independentemente de intervenção do Estado (...). Outro evento histórico importante na evolução da concorrência foi a Revolução Industrial, principalmente com o desenvolvimento do capitalismo financeiro (após 1860), eis que foi neste momento que surgiram as grandes sociedades anônimas, os grandes conglomerados de empresas (holdings), bem como os acordos para dividir mercados e limitar a concorrência (cartéis). Em função disso, nos Estados Unidos, por exemplo, houve uma grande concentração do poder econômico em poucas agentes e, conseqüentemente, uma diminuição no número de empresas. (...) Por força desta repulsa à concentração do poder econômico, no ano de 1888, os candidatos à presidência dos Estados Unidos da América propugnaram a criação de uma lei apta a conter o poder econômico. Tal posicionamento culminou com a promulgação do "Sherman Act" em 2 de julho de 1890, que protegia os negócios e o comércio contra restrições ilegais e monopólios. Nessa mesma esteira, foi promulgado em 1914 o "Clayton Act", cujo principal papel e aperfeiçoar a Lei Sherman, tipificando condutas potencialmente anticompetitivas. Também em 1914 foi criada a Agência Antitruste norte-americana. Neste mesmo ano, inicia-se a Primeira Grande Guerra (1914-1918) que, em meio a perda de mais de nove milhões de vidas e da destruição da Europa, teve um grande beneficiado que foi os Estados Unidos da América, eis que conseguiram enriquecer com a exportação quase que exclusiva de matérias-primas e produtos industrializados para a Europa, Ásia e América do Sul, em razão de os demais países industrializados terem destinado sua produção ao esforço de guerra. Contudo, o aludido crescimento é brecado principalmente em função da superprodução e da especulação geradas pelo fim da Guerra Mundial. O período de recessão da economia norte-americana culminou com uma das maiores crises da história que foi a quebra da bolsa de Nova Iorque em 24 de outubro de 1929, a chamada "Quinta-feira Negra". A saída encontrada pelos EUA foi a intervenção direta do Estado na esfera econômica por meio de um programa de reformas chamado de "New Deal" (nova distribuição), cujas principais medidas foram: a) no setor agrícola, a indenização dos agricultores pelo Estado, em função de terem reduzido as suas áreas de cultivo para diminuir a produção, e a concessão de créditos para pagamento de dívidas; b) na indústria, a fixação de limites à produção e tabelamento dos preços dos produtos, de modo a evitar-se as crises de 'superprodução"; c) no setor financeiro, a criação de uma legislação para controlar a atividade da Bolsa e do setor bancário; d) no domínio social, o estabelecimento de salário mínimo, a redução do horário de trabalho e a introdução de medidas protetivas aos trabalhadores, tais como subsídio de desemprego, doença, de velhice e de invalidez. A partir de então, embora sempre tenha existido atuação estatal na economia, a quantidade de normas provenientes do Estado aumentou sobremaneira, de forma a ser estabelecida uma interferência não apenas episódica, mas organizada e sistemática. O Estado passa a conduzir o sistema, buscando evitar crises. Tal condução é chamada de intervenção estatal. Por fim, neste contexto, e como ensina Eros Roberto Grau, o instituto da concorrência "por um lado organiza os processos que fluem segundo as regras da economia de mercado, colocando a sua disposição normas e instituições [...] e, por outro, converte-se em instrumento de que lança mão o Estado para influir em tais processos." CORDEIRO, Rodrigo Aiache. *Breve comentário acerca da liberdade de concorrência*. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 5, nº 197. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1565> Acesso em: 10 jun. 2008.

entre todas as empresas para obter maior e melhor espaço no mercado. Livre concorrência significa a possibilidade de os agentes econômicos atuarem, em um dado espaço de mercado, segundo as regras da própria lógica de competição (oferta e procura de bens e serviços, com preços livres), visando à produção, à circulação e ao consumo destes bens e serviços. Ela visa, em última análise, garantir que os agentes econômicos tenham oportunidade de competir de forma justa no mercado[96].

Sendo assim, estaria intimamente relacionada a livre iniciativa, razão de ser do movimento político surgido com o advento da burguesia enquanto classe social que preconizou o capitalismo no mundo, após as revoluções burguesas na Europa. Nesta ótica, a livre concorrência é uma das decorrências lógicas da livre iniciativa.

A livre iniciativa surge com uma conotação basicamente de caráter estritamente econômico, afeto ao espaço do debate das teorias econômicas, pois o que importava e se discutia com o advento do movimento liberal capitalista, ainda na sua fase clássica, era a liberdade econômica enquanto liberdade de contratar, não se visualizando que tais conteúdos pudessem ser regulados pelo Direito de forma direta, e muito menos que as Constituições nacionais pudessem abarcar o cenário econômico em suas disposições.

Esta livre iniciativa original surge no âmbito do constitucionalismo clássico como mecanismo de caráter negativo, ou seja, estava ali justamente prevendo e fundamentando a máxima de que não precisava a Constituição se quer descrever esta livre iniciativa[97], e por

---

[96] Paulo Sandroni conceitua concorrência como a "a situação do regime de iniciativa privada em que as empresas competem entre si, sem que nenhumas delas goze de supremacia em virtude de privilégios jurídicos, força econômica ou posse exclusiva de certos recursos". SANDRONI, Paulo (org.). *Dicionário de economia*. 6. ed. São Paulo: Best-Seller, 1994, p. 61.

[97] "Esta noção de mercado como um elemento que pode ser percebido como "isolado" do restante da sociedade, ainda que em vários contextos de análise possa se revelar um artifício simplificador bastante útil, quando se trata de discutir qualquer tema que envolva as relações entre economia e Estado quase sempre conduz a um reducionismo equivocado, cujo efeito empobrecedor sobre o debate acaba produzindo conclusões que avançam muito pouco além do mero aperfeiçoamento de teses político-partidárias. Em função disto este tipo de abordagem, que privilegia uma dicotomia absoluta entre mercado e sociedade, vem encontrando oposição crescente no meio acadêmico, no que diz respeito ao estudo dos processos de regulação. É na vertente que rejeita esta abordagem como equívoca e empobrecedora que se situa este trabalho. Assim, a discussão será aqui

conseqüência a própria livre concorrência, pois se partia do princípio de não cabia ao Estado nem mesmo analisar em sede constitucional questões de ordem econômica[98].

Tem-se, aqui, a idéia de uma livre iniciativa de fato sem qualquer amarra institucional ou conotação social, mas tão somente a uma livre iniciativa voltada à plena liberdade das forças de mercado que, no âmbito de um Estado clássico-liberal, pressupunha uma livre concorrência de mercado voltada exclusivamente à defesa do próprio mercado em si, uma vez que a sua existência permitia aos agentes econômicos em regime de competição atuarem sem que qualquer força externa, seja ela política, jurídica e até econômica, pudesse interferir nas regras de liberdade econômica.

Assim, as constituições liberais passaram a recepcionar o princípio da livre concorrência de forma indireta, pois se partia do princípio que as regras de funcionamento de mercado, incluindo seus princípios, não precisavam de maior desenvolvimento e tratamento constitucional, nem jurídico de qualquer nível.

Não era competência dos Estados clássico-liberais, nem de suas Constituições, adentrar em tais espaços econômicos, pois se presumia que tal conteúdo era de interesse unicamente das forças de mercado. Tais Constituições reconheciam tais valores liberais como fundamentais, como no caso do reconhecimento do princípio de livre concorrência de mercado, como valor unicamente de defesa do mercado e sua regras, e não visando qualquer

---

desenvolvida tendo como preocupação central a questão da regulação e desregulação do mercado como uma instância social, vale dizer, integrada e condicionada pelos processos de natureza histórica e política que afetam o conjunto da sociedade". FIANI, Ronaldo. *Teoria da Regulação Econômica: Estado Atual e Perspectivas Futuras.* Teoria Política e Instituições de Defesa da Concorrência. Editora da UFRJ (a ser publicado), p. 2. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/grc/publicacoes.php

[98] O Constitucionalismo clássico encontrava-se dentro de duas dimensões aparentemente contrapostas – a organização dos poderes públicos e a declaração dos direitos e garantias individuais –, aspectos orgânico e dogmático, respectivamente. Aspectos que, ideologicamente considerados, desempenham funções muito mais restritas do que as propaladas por constitucionalistas e teóricos do Liberalismo econômico. Destinavam-se mais aos detentores de riquezas, os verdadeiros cidadãos, do que aos trabalhadores que tinham que alienar as suas forças de trabalho em condições aviltantes, sem que o Estado pudesse intervir, pois era preciso garantir, a qualquer preço, a autonomia individual (autonomia privada) e a livre iniciativa e concorrência na economia de mercado – mercado, este, que arrebatava em primeiro plano a força de trabalho como produto abundante e de custo ínfimo". MORAES, José Diniz de. *A função social da propriedade*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 23-24.

resultado social interventivo ou de caráter de controle estatal das atividades econômicas[99]. Esta era a idéia originária do conceito, atrelado unicamente a sua componente econômica.

2.2 A LIVRE CONCORRÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS.

A idéia de efetiva concorrência como garantia institucional, enquanto condição mínima do sistema econômico como um todo, traz, certamente, uma conseqüência bastante importante. Implica reconhecer dentro de todo o sistema jurídico e político vigente, sistema este submetido aos valores supremos de uma Carta Constitucional, a existência da garantia de liberdade de escolha e de informação ampla, decorrências naturais do instituto da livre concorrência[100].

Evidente que a simples compreensão do valor da concorrência como garantia mínima constitucional não pode ser tomada como resposta definitiva à questão econômico-regulatória, pois nem sempre a concorrência verificada em um dado setor de mercado é suficiente e benéfica por si só, sem que outros mecanismos e orientações precisem ser utilizados e postos em prática.

O Direito da Concorrência surge exatamente a partir da máxima de que um mercado efetivamente competitivo está sim relacionado a um crescimento econômico a ele relacionado e, portanto, já superadas as experiências de um sistema de mercado

---

[99] Pontes de Miranda afirma que "concorrer é tentar abrir caminho, ou alargá-lo; quem o alarga demais, crescentemente, tira espaço a quem concorria, ou poderia concorrer. A luta conta os monopólios inspira-se na necessidade de evitar ou de desfazer resultados da intensificação da concorrência, que pode negar o princípio de livre concorrência, ou da própria atividade pré-eliminadora da concorrência." PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 4. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, Tomo XVII (Parte Especial), 1983, p. 179-180.

[100] SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 125.

exageradamente liberal e irresponsável, em que a relação concorrência e desenvolvimento socioeconômico sequer existiam, coube ao Direito produzido por um Estado já mais comprometido com a justiça social e a concretização dos direitos sociais criar um sistema que privilegiasse esta concorrência de mercado como meio de realização de valores e orientações constitucionais, ao invés de somente reconhecer em tal princípio um mero fundamento de mercado[101].

Surge aqui a idéia de que o princípio constitucional da livre concorrência e até mesmo o da livre iniciativa são sim instrumentos postos à disposição de uma Constituição que, claramente, abarca orientações, valores e projetos jurídico-políticos bem mais amplos e caros que a mera idéia de respeito a um dado e específico princípio.

A concorrência não pode, a pretexto de ser um dos princípios mais caros e importantes a própria identificação e defesa de um modelo capitalista de produção, sustentado na máxima de um mercado livre para atuar e existir, suplantar outros princípios e valores igualmente importantes e necessários a correta interpretação e aplicação constitucional[102].

---

[101] Para Eros Roberto Grau, "A afirmação, principiológica, da livre concorrência no texto constitucional é instigante. De uma banda porque a concorrência livre – não liberdade de concorrência, note-se – somente poderia ter lugar em condições de mercado nas quais não se manifestasse o fenômeno do poder econômico. Este, no entanto – o poder econômico – é não apenas um elemento da realidade, porém um dado constitucionalmente institucionalizado, no mesmo texto que consagra o princípio. (...) De outra banda, é ainda instigante a afirmação do princípio porque o próprio texto constitucional fartamente o confronta. A livre concorrência, no sentido que lhe é atribuído – 'livre jogo das forças de mercado, na disputa de clientela' -, supõe desigualdade ao final da competição, a partir, porém, de um quadro de igualdade jurídico-formal. Essa igualdade, contudo, é reiteradamente recusada (...). O que se passa, em verdade, é que é outro, que não aquele lido no preceito por quantos se dispõem a fazer praça do liberalismo econômico, o sentido do princípio da livre concorrência. Deveras, não há oposição entre o princípio da livre concorrência e aquele que se oculta sob a norma do § 4º do art. 173 do texto constitucional, princípio latente, que se expressa como princípio da repressão aos abusos do poder econômico e, em verdade – porque dele é fragmento –compõe-se no primeiro. É que o poder econômico é a regra e não a exceção. Frustra-se, assim, a suposição de que o mercado esteja organizado, naturalmente, em função do consumidor. A ordem privada, que o conforma, é determinada por manifestações que se imaginava fossem patológicas, convertidas porém, na dinâmica de sua realidade, em um elemento próprio a sua constituição natural. (...) Livre concorrência, então – e daí porque não soa estranho nem é instigante a sua consagração como princípio constitucional, embora desnecessária (bastava, nesse sentido, o princípio da livre iniciativa) –, significa liberdade de concorrência, desdobrada em liberdades privadas e liberdade pública". GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 234-236.

[102] Para José Afonso da Silva, a livre iniciativa, "num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que 'liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo'. É legítima, enquanto exercida no interesse da

Aqui surge uma dificuldade, pois, conforme já visto, a Constituição Federal de 1988 contemplou em seu arcabouço jurídico-político ideologias filosoficamente contrárias e antagônicas do ponto de vista histórico, pois estão presentes em tal Carta tanto princípios liberais quanto sociais-interventivos, inclusive de forma expressa, como por exemplo quando da sistematização da ordem econômica e da estipulação dos princípios gerais das atividades econômicas do art. 170.

A própria escolha constitucional por este tipo de orientação política gera a necessidade de compreensão de que não se trata de um problema de adequação ou orientação ideológica, mas sim de opção expressa do constituinte originário que impôs esta solução. Tal orientação é uma determinante incondicional para qualquer um que enfrente o texto constitucional visando interpretá-lo e aplicá-lo. Voltando a idéia acima exposta, é justamente por causa desta junção proposital e sistêmica de valores e princípios aparentemente antagônicos, que se pode concluir ser cada um destes sistemas de valores apenas um dentre vários selecionados e aptos a influir no sistema constitucional como um todo.

Assim, a livre concorrência de mercado surge no âmbito da Constituição Federal de 1988 com um efeito extremamente relativizado, pois não tem mais vida própria e aplicação puramente destinada a proteger os mercados. A partir da análise conjunta com todos os demais princípios gerais aplicáveis à ordem econômica, resulta em mais uma ferramenta (instrumento) principiológica de consecução dos fins e objetivos maiores do Estado Brasileiro que é, por excelência, a consecução de uma sociedade mais justa e igualitária socialmente, com clara orientação social-democrata.

---

justiça social. Será ilegítima, quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário." SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed.., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 760.

É neste aspecto que surge a importância do desenvolvimento socioeconômico como meio jurídico e político de obtenção deste fim que é, por excelência, um direito de todos os cidadãos e um dever do Estado e das forças produtivas como um todo.

A questão concorrencial de fato sofreu várias alterações e adaptações ao instante político-constitucional criado pela Constituição de 1988 que, com as alterações implementadas no cenário econômico a partir da década de 1990, já analisadas neste trabalho, só confirmaram esta nova abordagem concorrencial. Inovações no âmbito do tratamento de tal instituto evidenciaram-se no cenário jurídico e político nacional de forma clara, sejam com as novas realidades de mercado advindas com as privatizações, sejam pelas novas regulamentações setoriais. Tais inovações enfatizaram definitivamente a relevância da função regulatória do Estado e chamou a atenção para a compreensão dos efeitos não-econômicos das políticas nacionais de concorrência.

As práticas anti-concorrenciais, enquanto atitudes e posturas de um dado agente de mercado que visa impedir, dificultar ou onerar o livre acesso de outros competidores no mesmo segmento de mercado, foram por muito tempo vistas como algo apenas prejudicial ao mercado em si (falhas de mercado), como se as estipulações constitucionais ainda estivessem apenas buscando proteger o funcionamento do mercado e suas regras, e não outros valores e princípios mais caros e afetos ao próprio desenvolvimento socioeconômico nacional, enquanto fim maior do Estado contemporâneo brasileiro, de caráter social-democrata.

Trata-se do reconhecimento dos objetivos não-econômicos do direito da concorrência, pois a questão da concorrência interessa não apenas a análise econômica, mas obviamente a todo sistema de conhecimento que tenha reflexos com o cenário econômico como um todo, o que justifica, aqui, a inserção do Direito neste cenário[103].

---

[103] BOHRER MUNHOZ, Carolina Pancotto. *Direito, Livre Concorrência e Desenvolvimento*. São Paulo: Lex Editora, 2006.

O direito da concorrência, aqui já tomado não apenas como um direito de proteção basicamente do mercado, visando apenas corrigir suas falhas, mas sim um direito da concorrência tido como instrumento constitucional visando uma finalidade maior e de caráter social[104], tem relação direta com o processo de desenvolvimento, pois é no espaço da preservação das conseqüências benéficas da produção econômica.

Isto pressupõe necessariamente a existência de mercados maduros e comprometidos com o desenvolvimento socioeconômico de todos os agentes sociais, e não apenas das forças produtivas. De tal compreensão surge a possibilidade do Direito orientar e exigir, a partir de previsões normativas constitucionais, independentemente dos governos considerados, a realização do fim maior do Estado Social, que é a justiça social que pressupõe, em decorrência, uma distribuição mais eqüitativa de renda e riqueza, dentro do contexto nacional.

A participação do Direito nesta questão, em especial do Direito Constitucional e Econômico neste processo, que ora se julga necessariamente desencadeado simplesmente com o advento da atual Constituição, e devidamente consolidado com as alterações constitucionais implementadas com as reformas seguintes, pode ser uma participação positiva ou negativa, ou seja, pode contribuir ou obstacularizar o alcance desta meta, a depender da forma como se utilizará as disposições constitucionais já postas a disposição, sem tirar-lhes a importância e a efetividade pretendida em sede constitucional quando de sua aplicação.

---

[104] Dentro desta mesma linha de raciocínio escreve Mario Luiz Elia Junior, para quem “a *livre iniciativa*, prevista pela Constituição da República tanto no artigo 1º, inc. IV, como fundamento da República Federativa do Brasil, quanto no artigo 170, *caput*, como fundamento da ordem econômica, não se resume apenas à liberdade de desenvolvimento da empresa, sob pena de se vislumbrar a "*livre iniciativa*" apenas e tão-somente como uma afirmação do capitalismo. A "*livre iniciativa*" é não só expressão de liberdade da empresa como também do trabalho, abrangendo todas as formas de produção, individuais ou coletivas, como por exemplo as iniciativas cooperativa, autogestionária e pública – no que diz respeito à iniciativa pública, esclareça-se que a "*livre iniciativa*" não consistirá na livre atuação da empresa privada no serviço público, mas sim que o Estado não deverá opor empecilhos à liberdade humana”. ELIA JUNIOR, Mario Luiz. *O caráter instrumental dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1183, 27 set. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8679>. Acesso em: 02 mar. 2008.

A livre concorrência traz consigo vários resultados benéficos e necessários ao desenvolvimento socioeconômico, como a redução dos preços, otimização dos processos produtivos, maior oferta e variedade de produtos e serviços (maior eficiência), melhoramento e avanço tecnológico e o aumento da qualidade dos produtos no mercado. Desconsiderar ou relativizar esta importância, além de prejudicial ao mercado em si, traz sérias conseqüências ao modelo de desenvolvimento pretendido por uma nação[105].

A prática de infrações à concorrência pode impedir o exercício do direito de empreender por parte de novos investidores ou arruinar de maneira desleal as empresas existentes. Daí a importância da Lei nº 8.884/94[106], editada com objetivo de proteger a livre concorrência no mercado brasileiro[107] [108]. As falhas no mercado e o abuso do poder econômico

---

[105] Carlo Barbieri Filho, ao abordar o princípio da livre concorrência, nos termos previstos na Constituição Brasileira de 1988, passa a observar a importância da concorrência como "elemento fundamental para o democrático desenvolvimento da estrutura econômica. É ela a pedra de toque das liberdades públicas no setor econômico. Concorrência é disputa, em condições de igualdade, de cada espaço com objetivos lícitos e compatíveis com as aspirações nacionais. Consiste, no setor econômico, na disputa entre todas as empresas para conseguir maior e melhor espaço no mercado. O objetivo da legislação antitruste é proteger e amparar aqueles que participam desse jogo". BARBIERI FILHO, Carlo. *Disciplina jurídica da concorrência: abuso do poder econômico*. São Paulo: Resenha Tributária, 1984.

[106] Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que "Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências". O art. 1º da referida Lei, ao dispor da Finalidade da mesma, afirma que "Esta Lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico". Em seguida, no parágrafo único do mesmo artigo de lei, o legislador assim se pronunciou: "A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei".

[107] Assim, as regras da referida Lei "conferem concreção aos princípios da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico, tudo em coerência com a ideologia constitucional adotada pela Constituição de 1988". GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 238.

[108] Ainda no âmbito da Lei n.º 8.884/1994 o art. 20 do referido diploma estabelece de forma expressa as condutas definidas como infração da ordem econômica. Assim resta redigido o referido artigo de lei: "Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II – dominar mercado relevante de bens ou serviços; III – aumentar arbitrariamente os lucros; IV – exercer de forma abusiva posição dominante". No que se refere aos atos de limitação e impedimento da livre concorrência, previstos no inciso I do referido art. 20, e acima transcrito, Fábio Ulhoa Coelho define no que consistem as condutas acima apontadas. Para ele "I - limitar a livre concorrência ou a livre iniciativa é barrar total ou parcialmente, mediante determinadas práticas empresariais, a possibilidade de acesso de outros empreendedores à atividade produtiva em questão. Em geral, a obstaculização do acesso decorre do aumento dos custos para novos estabelecimentos, provocado com vistas a desencorajar eventuais interessados; II - falsear a livre concorrência ou iniciativa significa ocultar a prática restritiva, através de atos e contratos aparentemente compatíveis com as regras de estruturação do livre mercado; e III - prejudicar a livre concorrência ou iniciativa, por fim, significa incorrer em qualquer prática empresarial lesiva às estruturas do mercado, ainda que não limitativas ou falseadoras dessas estruturas. Trata-se de conduta

faz com que haja cada vez mais a necessidade de atuação das agências reguladoras, vez que estas se apresentam como entidades fiscalizadoras dos espaços de mercado sob suas responsabilidades e que, apesar de não serem órgãos de governo mas sim de Estado, situadas dentro de um modelo de atuação estatal que visa a profissionalização e a independência funcional, continuam obrigadas a observarem as políticas públicas do Poder Executivo (sejam elas quais forem, pois somente a este Poder, por meio de seus órgãos, é possível a construção de tais mecanismos de atuação política) e a agirem de acordo com os ditames constitucionais, em especial observando as orientações, os princípios e as normas de cunho econômico.

No âmbito constitucional, não há como fugir desta conseqüência. Tal compreensão interpretativa resta evidenciada na Constituição de 1988, conforme já visto, e não pode ser relativizada ou desconsiderada por qualquer argumento, ideologia externa a Constituição ou finalidade prática de governo. Deve ser respeitada, inclusive, quando da verificação de possíveis reformas constitucionais, pois o núcleo ideológico fundamental, central, jamais poderá ser alterado ou reformado enquanto viger esta Carta Política[109] [110].

---

difícil de se exemplificar em nível conceitual. A previsão normativa se explica como cautela do legislador, tendo em conta as imprevisíveis e variadíssimas possibilidades abertas pelas múltiplas formas de relacionamento entre empresas, de que podem derivar restrições horizontais ou verticais". O mesmo autor lembra, entretanto, no âmbito do acima analisado sobre falsear a livre concorrência, que “pode haver falseamento da concorrência, sem que o negócio jurídico que o viabiliza se caracterize como simulado”. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial.* 3. ed. Vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 206-207.

[109] "O Brasil – República Federativa do Brasil – define-se como entidade política constitucionalmente organizada, tal como a constitui o texto de 1988, enquanto assegurada, ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político, a dignidade da pessoa humana. Por outro, significa que a ordem econômica mencionada pelo art. 170, caput do texto constitucional – isto é, mundo do ser, relações econômicas ou atividade econômica (em sentido amplo) – deve ser dinamizada tendo em vista a promoção da existência digna de que todos devem gozar". GRAU, Eros Roberto *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 222.

[110] Paula Andréa Forgioni, analisando mais especificamente a disciplina da concorrência, lembra que essa surge, no Brasil, "em um contexto de proteção da economia popular (cf. Decreto-lei 869, de 1938, e Decreto-lei 7.666, de 1945), o que, sem sombra de dúvidas, já lhe atribui um caráter instrumental ainda que vinculado à economia popular e ao consumidor. O caráter instrumental da proteção da concorrência permanece na atual Constituição, que manda reprimir o abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados e à eliminação da concorrência (art. 173, §4º), em atenção ao princípio da livre concorrência (art. 170, IV). Manda, também, reprimir o aumento arbitrário de lucros (art. 173, §4º), conforme o princípio da defesa do consumidor (art. 170, inc. V). Essa proteção, entretanto, vai inserta no fim geral e maior, qual seja, "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social". FORGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 170.

A livre concorrência, princípio que de fato complementa o da livre iniciativa, passa, no âmbito da Constituição de 1988, inclusive quando submetido à tutela do consumidor (na medida em que a competitividade leva a uma distribuição de recursos por um preço menor e gera a garantia de oportunidades iguais a todos os agentes do mercado), também a ser encarado, em última análise[111], como princípio assegurador da dignidade da pessoa humana e da justiça social[112].

2.3 O PAPEL DA LIVRE CONCORRÊNCIA NA REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES REGIONAIS E SOCIAIS COMO FINALIDADE COMUM A TODA ATIVIDADE ECONÔMICA.

Dentre as principais matérias de ordem atualmente em questão no âmbito do Direito, está a efetividade dos direitos e garantias constitucionais, sempre se tomando por base a idéia de que, no caso brasileiro, a atual Carta Constituição, do ponto de vista jurídico-

---

[111] A referida autora, ao analisar o alcance das normas antitruste, afirma que "o antitruste já não é visto apenas em sua função de eliminação dos efeitos autodestrutíveis do mercado, mas passa a ser encarado como um dos instrumentos (...) de que dispõe o Estado para conduzir o sistema". FORGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 170-171.

[112] Assim, conforme já explanado, pode-se concluir que a livre iniciativa é complementada pela livre concorrência e ambas têm a finalidade de assegurar a dignidade da pessoa humana, tudo dentro de um processo que passa pela idéia de desenvolvimento socioeconômico como meio de consecução de tal resultado. Nesta mesma linha de raciocínio, escreveu Tércio Sampaio Ferraz Júnior, para quem "A livre concorrência de que fala a atual Constituição como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, IV) não é a do mercado concorrencial oitocentista de estrutura atomística e fluida, isto é, exigência estrita de pluralidade de agentes e influência isolada e dominadora de um ou uns sobre outros. Trata-se, modernamente, de um processo comportamental competitivo que admite gradações tanto de pluralidade quanto de fluidez. É este elemento comportamental – a competitividade – que define a livre concorrência. A competitividade exige, por sua vez, descentralização de coordenação como base da formação dos preços, o que supõe livre iniciativa e apropriação privada dos bens de produção. Neste sentido, a livre concorrência é forma de tutela do consumidor, na medida em que competitividade induz a uma distribuição de recursos a mais baixo preço. De um ponto de vista político, a livre concorrência é garantia de oportunidades iguais a todos os agentes, ou seja, é uma forma de desconcentração de poder. Por fim, de um ângulo social, a competitividade deve gerar extratos intermediários entre grandes e pequenos agentes econômicos, como garantia de uma sociedade mais equilibrada". FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A economia e o controle do Estado*. Parecer publicado *in* Estado de São Paulo, edição de 4.6.1989.

formal, resta plenamente satisfeita no que concerne à previsão textual de tais direitos e garantias (aspecto formal). Ou seja, a questão não é de previsão legal-constitucional, mas sim de efetivação jurídica. O Estado brasileiro, por meio de sua Carta Política maior, reconhece e prescreve vários direitos e garantias, o que significa dizer que a questão não é mais de ordem existencial ou quanto aos efeitos (amplitude) destes direitos e garantias, mas sim sua executoriedade efetiva (concretização), plena realização no seio do sistema já formalmente estabelecido.

No âmbito desta discussão um aspecto não pode fugir ao enfrentamento teórico, por ser da mais alta importância para sua compreensão. Trata-se do fato de que nossa Constituição foi idealizada e confeccionada num momento de resgate democrático e de recuperação de diretrizes sociais, de certa forma em um ambiente de euforia política, o que culminou com a implementação formal de muitos direitos e garantias, bem como diretrizes, concepções e princípios, um tanto quanto "estranhos" ao momento histórico e de amadurecimento institucional e cultural que a sociedade brasileira vivia nos idos de 1988.

Pode-se inferir desta situação que ouve uma incompatibilidade histórica e institucional entre alguns valores, princípios, idéias e programas que foram recepcionados em um texto constitucional extremamente analítico e programático, cujos valores ideológicos tidos como avançados e importantes não se coadunavam ao Estado, as instituições e a sociedade daquela época. Aqui não se refere ao aspecto puramente cronológico, ou seja, não é que aquele texto constitucional era apenas "avançado" para a nossa realidade prática e de organização política.

A questão vai além e atinge a idéia de que nossas experiências sociais e culturais até aquele momento não tinham sofrido a necessária "evolução" e "adaptação natural" aos vários valores e direitos (aqui incluídos as garantias constitucionais) que eram ofertados a nação naquele momento.

Houve, de fato, uma juridicização de conteúdos valorativos e princípios que não tinham até então, em nossa experiência histórica, as necessárias "bases sócio-políticas para florescerem e prosseguirem em sua expansão e aperfeiçoamento"[113]. Deve-se, entretanto, e desde já, neste ponto do trabalho, se fazer à ressalva que tais conclusões/observações acerca da Constituição de 1988 brasileira não significa fazer uma crítica ao seu conteúdo, viabilidade ou pertinência social.

A intenção política instaurada após a promulgação da Carta Republicana de cunho social-democrata (conhecida como Constituição Cidadã) sem dúvida alguma é merecedora dos mais efusivos aplausos e a importância das suas proposições, escolhas e defesas ideológicas representam sim um grande avanço político e jurídico, sob os variados aspectos.

Porém, no âmbito desta pesquisa, para efeito de estudo da efetividade dos princípios constitucionais das atividades econômicas, em especial o princípio da redução das desigualdades regionais e sociais, torna-se importante a análise conjuntural da elaboração do texto constitucional, suas influências ideológicas, suas escolhas e finalidade jurídica e política, e neste aspecto, resta necessário justamente uma verificação de compatibilidade e viabilidade histórica entre a Constituição posta e as características reais da sociedade que a recebera, das instituições públicas e do próprio Estado.

Neste estudo, parte-se da premissa de que do ponto de vista jurídico-formal a implementação efetiva e a obediência dos princípios constitucionais em geral, bem como os específicos das atividades econômicas, não precisam de qualquer outro avanço de ordem legal ou regulamentar. Precisam, tão somente, de vontade política e adaptação sócio-cultural tanto no âmbito do Estado quanto da sociedade, no sentido de definitivamente "receber" os avanços constitucionais, mesmo que tardiamente, sob pena de novamente perdermos os aspectos

---

[113] TOLEDO, Gastão Alves de. *O Direito Constitucional Econômico e sua Eficácia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 160.

benéficos de cada momento constitucional e mais uma vez esperamos por uma nova fase de soluções.

Em que pese ainda a necessidade fundamental de se reconhecer a força normativa da Constituição, dando-lhe a importância devida e não atribuindo aos princípios e diretrizes programáticas nelas inseridas a idéia de meros valores secundários[114]. Tem-se, sim, uma ampla e funcional rede de proteção principiológica constitucional que não exige, para sua realização, qualquer lei ou ato jurídico posterior ou complementar.

É neste sentido que resta inserido na Constituição Federal de 1988, já em seu art. 3º, os chamados Objetivos da República Federativa do Brasil, denominados de "objetivos fundamentais" de nossa república, onde se verifica tanto orientações de ordem político-ideológico, quanto de cunho econômico. Têm-se, deste modo, os seguintes objetivos: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Não há que se reclamar nenhuma outra abordagem legal, de qualquer nível hierárquico, nem mesmo outras orientações constitucionais, para se verificar que a Carta Republicana de 1988 estabelece claramente, e de forma impositiva, quais são expressamente os objetivos da República Brasileira. E não há como fugir da idéia de que princípios e objetivos exigem uma compreensão concomitante e não excludente, ou seja, precisam ser interpretados ao mesmo tempo. Pode-se dizer assim que existe, portanto, estreita relação entre os princípios de natureza política que disciplinam o Estado brasileiro, e os objetivos de cunho eminentemente econômico. Assim, pode-se dizer que alguns princípios e preceitos

[114] As normas programáticas têm um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição. Não existe, desta maneira, razão para se falar de simples eficácia programática, pois qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do Poder Público.

fundamentais são de importância especial para esclarecer a questão interpretativa da atuação do Estado na esfera econômica[115].

Pelo exposto, além da diferença existente entre a situação histórica vivida pelo Brasil na época da constituinte de 1988 e as previsões trazidas pelo texto constitucional, tem-se ainda o fato de que nossa Constituição albergou conteúdos e matérias que poderiam perfeitamente ser objeto de legislações ordinárias. Disto decorre em grande parte a necessidade corriqueira de emendas constitucionais que visam absorver a realidade posta no mundo fático, no sentido de se evitar uma completa desarticulação institucional, provocada por um largo descompasso entre o que foi produzido em 1988 e os acontecimentos, já naquela época, prenunciadores de um mundo com novo perfil de comportamento, especialmente no âmbito econômico.

Como se sabe, os princípios gerais das atividades econômicas apontados no art. 170 da Constituição Federal servem, enquanto princípios que são, e já dentro da acepção de que princípios são normas com todas as suas peculiaridades inerentes, como orientadores do intérprete constitucional no âmbito da apreciação da ordem econômica adotada na própria Constituição. Por conseqüência natural de tal orientação fundamental conclui-se que qualquer atividade econômica realizada no Brasil (incluindo as desempenhadas pelo Setor Público no âmbito das atividades estatais) está submetida aos fins e aos fundamentos instituídos naturalmente no texto constitucional. Neste sentido, pode-se dizer que os princípios servem de parâmetros normativos-valorativos para a consecução destes referidos fins e fundamentos.

Alguns destes princípios exarados no art. 170 são, inclusive, princípios de todo o sistema jurídico-constitucional em si, e não somente vinculados à ordem econômica e financeira. Tal conseqüência é resultado de serem tais princípios valores superiores ao

---

[115] TOLEDO, Gastão Alves de. *O Direito Constitucional Econômico e sua Eficácia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 165.

ordenamento, sendo por isso tomados como preceitos fundamentais, estando alguns deles, neste sentido, presentes tanto no rol do referido art. 170 da CF, quanto no rol dos fundamentos da República, já vistos.

Assim se pode lembrar a soberania nacional (arts. 1º, II e 170, I) e a redução das desigualdades regionais e sociais (arts. 3º, III e 170, VII), da mesma forma que o da livre concorrência que decorre da livre iniciativa (arts. 1º, IV e 170, *caput*). Desta feita têm-se que tais princípios são tomados como valores superiores ou, na visão de alguns doutrinadores, "valores axiológicos fundamentais"[116]. Estes valores de ordem superior são parâmetros valorativos (axiológicos fundamentais) pretendidos pelo Estado, dentro de uma dada ordem jurídica[117].

Não existe, de forma alguma, dentro desta compreensão, qualquer atentado à concepção de unicidade e integração da Constituição, pois o fato de se reconhecer que certa categoria de normas constitucionais se destacam em relevância sistêmica que desempenham em relação ao texto como um todo, em nada prejudica a idéia fundamental de que toda disposição constitucional tem a mesma importância hierárquica e jurídica em relação as demais.

De tudo isto decorre a máxima de que a Constituição, em sua totalidade, é por si mesma o fundamento teórico-político, de natureza jurídica, em que se encontra toda uma ordem inescusável de valores afetos ao Estado e cuja observação, respeito e implementação cabe a este mesmo Estado concretizar, o que evidencia sua importância informadora de todo o sistema considerado.

---

[116] TAVARES, André Ramos. *Tratado de Argüição de Preceito Fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 121.

[117] "Os princípios – frise-se – são normas jurídicas que impõem um dever-ser. Dotados de cogência e imperatividade, não podem ser relegados aos casuísmos de quem quer que seja, posto que são a própria essência e substância da consciência jurídica presente em determinado seio coletivo". LEITE, George Salomão e LEITE, Glauco Salomão. *A abertura da Constituição em face dos princípios constitucionais. In* Dos Princípios Constitucionais – Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. George Salomão Leite (org.). São Paulo: Malheiros, 2003, p. 142 e 143.

Além das tradicionais funções normatizadoras e reguladoras do Estado, também lhe incumbe fiscalizar, incentivar e planejar as atividades sob seu controle, sempre na forma da lei. Pode-se dizer que no que tange ao planejamento o mesmo apresenta uma orientação indicativa para o setor privado, mas uma orientação impositiva e determinante para o setor público. No que concerne à atividade normativa e regulatória estatal, a própria Constituição Federal de 1988 estabelece regras e orientações para sua consecução. Esta atividade estatal está expressamente consignada. Neste sentido está expresso o art. 174 da CF, que reza sobre a atividade estatal[118].

Como se pode ver, não restam dúvidas quanto à obrigatoriedade do Poder Público de fazer valer os regramentos constitucionais que obrigam o Estado a interagir e até intervir na economia visando a implementação das diretrizes, dos valores, fundamentos, objetivos e princípios almejados e determinados pelo texto constitucional, no âmbito da ideologia política abraçada pela referida Constituição. Ou seja, dentro da ordem econômica prevista constitucionalmente tem-se que as estipulações do art. 174 da CF, acima identificado e transcrito, tem fundamental importância, no que tange principalmente a identificação e tratamento do papel do Estado no contexto das atividades econômicas.

De forma geral, então, e primeiramente, tem-se uma ampla atividade normatizadora e reguladora do Estado. No âmbito de nossa Constituição, conclui-se que estas funções afetam diretamente toda e qualquer atividade econômica, seja ela pública ou privada. Tal raciocínio se insere dentro da ótica de que a atividade estatal terá o direito-dever (prerrogativa concernente ao poder de império estatal) de expedir normas a respeito do

[118] Conforme já visto, o art. 174 da CF assim resta redigido: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”. Continuando, o § 1º do referido artigo assim reza: “A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento”.

funcionamento do cenário econômico, tudo isto independentemente da visão política que se use para "aceitar" ou não a atuação do Estado na economia nacional.

Assim, verifica-se que sempre existirá, também, uma prevalência da função normatizadora sobre a função reguladora, pois aquela apresenta as regras gerais de toda atividade tida como econômica, e já estas últimas, buscam apresentar e estabelecer as formas e modos sob as quais essa atividade será desempenhada[119].

É justamente por compreender um *modus* jurídico-político mais amplo de tratamento do fenômeno fático-econômico que a função normatizadora se destaca em importância fundamental e tem caráter mais valorativo-principiológico, que meramente regulador. A função normatizadora estabelece o âmbito e o espaço de atuação da atividade econômica, enquanto a função regulatória diz como esta atividade (e seus agentes econômicos), já levando em consideração as premissas fundamentais normatizadoras, deve existir e se comportar em detalhes no dia-a-dia (tudo sempre amparado na idéia do mínimo necessário).

Estas funções estão dramaticamente vinculadas e submetidas aos princípios gerais das atividades econômicas (art. 170 da CF), juntamente aos seus fundamentos e objetivos, e ainda aos preceitos fundamentais (regras e princípios – art. 1º e 3º e parágrafo único do art. 4º da CF). Isto tudo faz lembrar a compreensão básica de que o texto constitucional como um todo é um sistema só, completamente sistêmico e interdependente em funcionalidade jurídica, sem contradições ou letras normativas mortas.

Esta realidade implica dizer que não resta ao Estado e seus agentes políticos qualquer espaço para agir fora destes parâmetros e regramentos (aqui já se considerando a margem de discricionariedade praticável), pois no exercício de suas competências normativa e

---

[119] TOLEDO, Gastão Alves de. *O Direito Constitucional Econômico e sua Eficácia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 228

reguladora, não pode, sob pena de inconstitucionalidade, editar regras que não se submetam e se orientem aos pressupostos fundamentais mencionados.

Deve-se buscar, necessariamente, uma plena observância de correspondência entre o texto constitucional formal e as orientações constitucionais materiais, dentro da teoria de unicidade funcional da Constituição, visando a correspondência entre a ideologia constitucional, captada dos aspectos valorativos e teleológicos imanentes à Constituição formal, bem como os condicionamentos e realidades decorrentes da constituição material.

Neste contexto convém lembrar que a Carta Constitucional Brasileira de 1988 apresenta em sua essência política (fora uma concepção liberal objetiva) feições tanto de ordem dirigente, quanto garantística. Têm-se estas duas orientações, pois nela encontram-se regras e princípios justificadores tanto da idéia de dirigismo, quanto do garantismo constitucional. Pode-se dizer ser ela dirigente quando apresenta inúmeras normas programáticas apontando para um específico destino a ser buscado pelo legislador comum, mas onde também se constata valores garantistas, ao se mostrar bastante receptiva no que concerne ao elenco de Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, e dos Direitos Sociais.

Não se pode negar que as várias e por vezes profundas reformas constitucionais experimentadas após a promulgação da Constituição de 1988, em especial as verificadas na década de 1990, foram realizadas no sentido de adaptar o texto formal constitucional a realidade fática do universo econômico brasileiro (sob forte influência internacional, dentro de uma economia globalizada). Tratou-se, na verdade, portanto, de adaptações no âmbito das necessidades fundamentais e nas expectativas da economia do país, dentro de uma idéia sistêmica de mercado, diante das “barreiras” e “incongruências” verificadas originalmente no texto constitucional, tão necessário de uma atualização aos novos tempos econômicos.

Em que pese tais mudanças e reacomodações regulatórias, pouco se viu de alteração no que concerne aos valores ideológicos e principiológicos econômicos defendidos

pela Constituição, o que só vem a reforçar a sua importância como pano de fundo fundamental da ordem econômica como um todo. Isto porque este conteúdo é pouco afeto a mudanças circunstanciais e meramente regulatórias de momento, pois é parte incontestável da essência ideológica da própria constituição, o que só poderia efetivamente sofrer mudanças com uma nova Constituição.

Neste contexto tem-se que ao prescrever as bases sob as quais o Estado deverá por em prática sua atividade normatizadora e reguladora da economia, a Constituição Federal assim faz por meio de uma regra principiológica que estipula parâmetros para edição de novas regras, ou seja, de uma regra sobre regras ou de direito sobre direitos. Da mesma forma, e por conseqüência lógico-sistemática e técnico-jurídica, ao dizer esta mesma Constituição que o Estado ao realizar tais funções corriqueiras, também diz precisar desempenhar outras funções correspondentes à realização das primeiras, qual sejam, as funções de fiscalização, incentivo e plenejamento. E ainda restou estabelecido por meio de indicações expressas alguns campos ou situações materiais de atuação destas atividades-funções, dentre elas, a atividade econômica.

Disto decorre a natural conseqüência de que a este mesmo Estado que tem por obrigação normatizar e regular a atividade econômica como um todo, também existe a obrigação constitucional de realizar a fiscalização destas atividades, incentivar a mesma e planejá-la *a priori*. Todas estas funções estão intimamente interligadas e algumas delas são conseqüências naturais de outras. Assim, a fiscalização compreenderia a verificação e o controle permanente do cumprimento dos dispositivos por ele (o Estado) normatizados e regulados.

Esta função diz respeito a atuação do Estado no sentido de averiguar o alcance do cumprimento dos preceitos por ele mesmo instituídos, dentro de uma conotação de comparação e mensuração dos fatos e conseqüências práticas ocorridas na esfera fática e institucional. Diz-se, assim, se tratar de uma atuação inerente ao cumprimento de sua missão,

missão esta, no caso, de estipular e fiscalizar as regras e premissas da ordem econômica nacional devidamente instituída na própria Constituição.

Continuando o estudo das funções estatais, tem-se também a função de incentivo a determinado fim previsto e almejado constitucionalmente. Incentivar a atividade econômica, por exemplo, é também uma atividade estatal de natureza promocional, característica do chamado Estado moderno, e de diversas formas. O Estado pode interagir na ordem econômica e incentivá-la, também, por exemplo, por meio dos incentivos de natureza financeira ou fiscal. Tal exemplo tem bastante utilização no Brasil em políticas destinadas a promover o desenvolvimento de áreas consideradas menos desenvolvidas, ainda que sua forma de realização possa ser discutida e questionada. Vejamos com mais detalhes esta função estatal.

Não se pode negar a importância que tem a função promocional estatal dentro das atividades econômicas, no âmbito da Ordem Econômica instituída pela Constituição, como elemento de efetivo incentivo a tais atividades. Muitos são os benefícios de uma conduta incentivadora estatal em dado segmento ou setor de uma economia nacional que apresenta certas distorções negativas ou deficiências estruturais. Eventuais empecilhos ou desajustes de mercado que impedem o crescimento econômico podem, com o auxílio de atitudes promocionais implementadas pelo Estado, sejam elas quais forem, resultar em solução para o problema.

Assim se terá uma outra função estatal em funcionamento, mas também com a finalidade deste mesmo Estado de alcançar seus objetivos e fazer valer seus fundamentos e princípios, constitucionalmente instituídos. Tem-se, neste sentido, uma outra faceta do Direito, que se percebe conjuntamente com esta nova função estatal, que não somente a protetora ou repressiva.

A idéia de função planejadora estatal está relacionada à compreensão de que o Estado pode e deve selecionar dentre as várias opções e faculdades possíveis, mecanismos e

diretrizes de ações públicas destinadas a um dado objetivo pretendido. Desta "seleção" de idéias e atitudes decorre a máxima de que existirá previamente uma identificação do que fazer e como fazer. A isto se chama planejamento. Planejar significa "detalhar" ou, melhor ainda, estabelecer o que fazer, quando fazer e como fazer. É da própria compreensão de eficiência pública a idéia de planejamento.

Já se superou há algum tempo a idéia de que o planejamento estatal não seria compatível com uma economia de mercado, pois, como se viu, pode até mesmo muitas vezes agir como complementar a este mercado. Isto no sentido de que pode acentuar a necessidade de investimentos públicos em determinadas áreas onde o capital particular não decida empenhar-se, o que, por conseqüência, propiciará uma melhoria nas condições materiais e estruturais para a realização do próprio investimento privado.

Deve-se lembrar que o planejamento estatal volta-se para o setor público, não se tornando compulsório para o setor privado, sendo para este último meramente indicativo (art. 174 da CF, *caput*). Surge aqui, por conseqüência, uma questão que traz consigo algumas dúvidas sérias quanto à inteira liberdade de ação das empresas governamentais, submetidas ao regime jurídico próprio das empresas privadas. "Não se vê muito bem como uma empresa governamental pode simultaneamente submeter-se às regras de um planejamento determinante e ao mesmo tempo beneficiar-se da liberdade das leis de mercado, faculdade esta própria da empresa privada"[120].

Diante de tal situação pode-se dizer que ao impor as empresas governamentais orientar-se segundo as regras do planejamento centralizado, quis a Constituição Brasileira de 1988 facultar ao Poder Público o exercício de uma aptidão que não é estranha ao setor privado, pelo contrário. Ou seja, da mesma forma que as empresas privadas se autoplanejam segundo suas liberdades e características, quis também a Constituição que o Estado planejasse

[120] BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito Econômico Brasileiro*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, p. 235.

as ações de suas empresas, sem com isso obrigar tecnicamente o setor privado ao mesmo planejamento.

Porém, como se sabe, se pode esperar de forma natural que o setor privado se beneficie ou aproveite de alguma forma das decisões de planejamento realizadas pelo setor público, seja pelo simples fato de aproveitar os benefícios do incremento econômico surgido em uma determinada área ou setor da economia, ou mesmo pelos processos positivos oriundos da atuação estatal como agente realizador de consumo de bens e serviços.

Importa aqui lembrar que levando em consideração que o planejamento estatal somente se apresentar para o setor privado como indicativo de atuação, deve-se ter em mente que, se existe alguma intenção de um dado governo que seu planejamento surta efeito no meio privado, deve tal intenção ter "trânsito" efetivo nos projetos privados, ou seja, recepção de finalidades e interesses produtivos.

Precisaria então haver correspondência entre o interesse público-estatal (consubstanciado no planejamento definido pelo Estado como elemento de atuação) e o privado. Este planejamento estatal deve atuar como um incentivo de mérito a atuação do setor privado, um pioneiro que daria os primeiros passos em uma dada caminhada, influenciando a atuação paralela do outro setor, "convencendo-o" da viabilidade econômica e operacional de uma determinada atividade ou empreitada[121].

Pode-se concluir, desta forma, que uma vez sendo possível ao Estado (obrigado necessariamente a atuar tanto no âmbito do planejamento quanto da execução de suas atividades), como agente realizador de desenvolvimento sócio-econômico, implementar

---

[121] "...quanto ao setor econômico privado, o planejamento surge como uma ferramenta que induz, inspira, persuade alguém a realizar algo. Os agentes econômicos atuantes no setor privado aderirão aos propósitos do plano somente se for da sua conveniência ou, no caso de não haver vantagens explícitas e imediatas, se compreenderem a importância de participarem interativamente com o Estado na busca da concretização de algumas metas que trarão, ao final, resultados que justificarão a sua adesão – o que depende muito da qualidade da proposta estatal, da sua seriedade e da sua habilidade na condução do processo de planejamento, uma vez que o particular precisa saber qual a atuação que pode, ou não desenvolver". ROCHA SCOTT, Paulo Henrique. *Direito Constitucional Econômico*. Porto alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 134.

estratégias que permitam a captação operacional da atividade privada como complementar ou parceira dentro do empreendimento considerado. Assim deve agir, com base nos preceitos constitucionais principiológicos da eficiência administrativa e visando otimizar o alcance dos princípios constitucionais gerais das atividades econômicas, em especial o da redução das desigualdades regionais e sociais.

Não há como deixar de enxergar na atual Constituição Brasileira uma nítida nuance de constituição dirigente. Neste sentido, compreende-se o alcance de tal classificação doutrinária como de vital importância para a própria consecução dos objetivos constitucionais ali previstos, o que força ao legislador e administrador público a terem de observar a natureza dirigente da mesma e as devidas peculiaridades correspondentes.

A função planejadora resta como mandamento diretivo para tais agentes públicos no sentido de fazer valer as obrigações sociais e econômicas (bem como as demais) consagradas e prometidas em uma Constituição democrata de cunho dirigente-programático.

Tal forma de ação estatal é, portanto, vinculada em termos de finalidade, comprometida com o alcance e execução do programatismo constitucional, e se caracteriza pela previsão de determinados comportamentos econômicos e sociais futuros, pela formulação explícita de objetivos e pela definição de meios de ação coordenadamente dispostos[122].

De tal compreensão, decorre que todos aqueles valores principiológicos e orientadores das funções estatais normatizadora e reguladora, também são naturalmente extensíveis e aplicáveis às funções fiscalizadora, incentivadora e planejadora, o que, por conseqüência, impõe ao Estado irrestrita obediência aos vários preceitos e princípios que fundamentam a atuação deste Estado no âmbito econômico.

---

[122] GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 8 ed rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

Além da atuação estatal no âmbito econômico precisar observar todos os princípios e elementos orientadores das suas funções aqui já tratadas, visando atingir de forma mais extensa e eficiente possível os ditames constitucionais previstos em toda a Ordem Econômica e demais regramentos aplicáveis, observando-se, para tanto, o fato de que o Estado precisa estabelecer uma relação de parceria e confiança com o setor privado no que concerne à execução de suas diretrizes de planejamento e incentivo econômico, torna-se necessário, ainda, que tais orientações de planejamento esteja em sintonia com as políticas estaduais e regionais.

Não há como não compreender que as diretrizes e bases do planejamento nacional, que serão formalizadas em lei, não estejam em sintonia e integração técnica, econômica e jurídica com os chamados planos regionais de desenvolvimento, como bem orienta e determina o art. 174, § 1º da CF.

Isto significa dizer que caberá a União, sempre ao editar e implementar suas políticas de desenvolvimento, dentro de sua função planejadora, observar que tais diretrizes precisarão estar em perfeito compasso operacional com os demais planos regionais (planos estes também criados pela União), pois a idéia é a de dar eficiência de resultados, com o menor tempo possível e os menores entraves. Espera-se, com isso, haver um certo equilíbrio entre as metas nacionais e as regionais, sem que nenhuma delas suplante a outra (porque numa abordagem de redução de desigualdades ambas são igualmente importantes) ou inviabilize sua consecução.

A existência de um expresso dever de planejamento econômico constitucional a ser implementado pelo Estado no Brasil não inviabiliza, de forma alguma, o pleno desenvolvimento das liberdades capitalistas e de mercado, pois os princípios constitucionais

da livre iniciativa[123] e da livre concorrência devem coexistir em mesmo grau de importância e justificativa que os demais de ordem sócio-interventiva. Isto porque nitidamente a Constituição Federal de 1988 albergou em sua essência política e econômica tanto as ideologias de mercado liberais, quanto às de ordem social-democrata e de planejamento econômico.

Tudo isto numa estrutura diretiva e programática evidente, com claro dirigismo estatal. Tais orientações sofreram com as reformas constitucionais implementadas em especial da década de 1990 muitas adaptações e mudanças, mas sem que perdessem sua índole ou identidade e, por conseqüência, sua obrigatoriedade e eficácia.

A idéia de planejamento surge de uma visão centralizadora da atuação econômica do Estado, muito comum nas chamadas economias planificadas (socialistas, e até comunistas), mas também perfeitamente existentes (com outras configurações e abrangências, obviamente) em economias de mercado em que co-existem critérios e valores tanto liberais quanto interventivos, ao mesmo tempo (caso do Brasil).

O princípio constitucional econômico da redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, inciso VII, da CF), que também é um expresso objetivo fundamental da República (art. 3º, III da CF), é conseqüência direta e necessária justamente desta “harmonia” ideológica existentes na Constituição. Isto porque o legislador originário deixou claro que somente poderá existir um mercado regido pela livre iniciativa e livre concorrência se, ao mesmo tempo, for observado nesta realização liberal uma obediência à idéia de que só interessa ao Estado Brasileiro que sua economia nacional cresça como um todo, e não

---

[123] Sobre a relação entre a livre concorrência e a livre iniciativa, José Afonso da Silva afirma que "os dois dispositivos se complementam no mesmo objetivo. Visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência, contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista. A Constituição reconhece a existência do poder econômico. Este não é, pois, condenado pelo regime constitucional. Não raro esse poder econômico é exercido de maneira anti-social. Cabe, então, ao Estado intervir para coibir o abuso". SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 761.

somente em algumas regiões ou setores (não aceitando a tese de que o próprio mercado seria capaz de viabilizar, através de suas forças, o crescimento homogêneo de todas as regiões).

Tal estipulação decorre de forma natural da própria estrutura constitucional, não cabendo soluções questionáveis e até perigosas que visem relativizar esta orientação ideológica, que não está apta a ser ignorada ou modificada nem mesmo pelo constituinte derivado, mas somente em uma outra constituição. No atual estágio constitucional e diante dos fundamentos pétreos ideológicos da Carta de 1988, nenhuma postura extrema seria possível.

Não caberia, assim, uma planificação econômica implementada pelo Estado ou intervenções no domínio econômico de forma autoritária e permanente, mas também não seria possível, de igual modo, uma apatia planejadora e fiscalizadora do elo econômico por este mesmo Estado, sem eventuais intervenções e regramentos garantidores do equilíbrio de mercado e alcance de resultados sociais homogêneos satisfatórios.

A pouco se disse que não é condizente com a atual Constituição Brasileira que se identifique como suficiente e oportuno um processo de desenvolvimento nacional que implique qualquer tipo de desenvolvimento social e econômico, onde não se dê importância ao aspecto de localização e abrangência geográfica.

É objetivo constitucional da República Federativa do Brasil a redução das desigualdades regionais e sociais, o que implica dizer que toda e qualquer atividade econômica no Brasil, implementada pelo Estado, precisa necessariamente levar em conta as peculiaridades regionais e locais de cada área economicamente considerada, visando o equilíbrio econômico dentro de todo território brasileiro.

Tal implementação se realizará seja por ações públicas executivas de planejamento estratégico (realizadas diretamente pelo Estado como agente incentivador e fomentador), seja pela ação interventiva do Estado no âmbito econômico, já no seio da atividade privada,

visando incentivar a participação deste setor em regiões e áreas necessitadas de tal política pública[124].

A Constituição Federal claramente deixou aberta a possibilidade do Estado direcionar seus esforços de forma heterogênea visando justamente implementar políticas públicas capazes de reduzir as desigualdades regionais e o desenvolvimento localizado, e assim efetivamente implementar um desenvolvimento nacional o mais uniforme possível (enquanto direito da sociedade de reivindicar a realização de políticas públicas)[125], implementando um dos principais objetivos republicanos.

Neste sentido assim restou redigido o *caput* do art. 43 da CF, expressamente[126], que trata exatamente do desenvolvimento e da redução das desigualdades regionais, facultando e dando respaldo, à União, articular e desenvolver sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, sempre para efeitos administrativos[127]. Políticas públicas estas que precisam ter sua fundamentação na Constituição e visar necessariamente ao fornecimento de prestações positivas e realizadoras de soluções práticas à sociedade (o fim deve ser evidenciado)[128].

---

[124] "O planejamento tem sido tratado constitucionalmente no Brasil de modo evasivo e disperso, apesar da sua importância e, de certo modo, até mesmo de sua prática, pelo menos em termos setoriais... O texto de 1988 considerou o Planejamento de modo mais incisivo, apesar de apresentá-lo em meio a outras funções do Estado intervencionista como se viu anteriormente. Por isto mesmo, merece tratamento em destaque, em virtude dos próprios detalhes ali oferecidos. Justamente no art. 174, fica definida a função de planejamento do estado enquanto 'agente normativo e regulador da atividade econômica'. Em seguida é feita remessa à lei, o que devemos entender como o comando de que fica determinado que dela devam constar as 'diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento'". SOUZA, Washington Peluso Albino de. *A experiência Brasileira de Constituição Econômica. Brasília*. Revista de Informação Legislativa, ano 26, nº 102 – abril a junho de 1989, p. 37 e 38.

[125] COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 53.

[126] Art. 43 da CF, *caput*: "Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais".

[127] § 1º do art. 43 da CF: "lei complementar disporá sobre: I – as condições para integração de regiões em desenvolvimento; II – a composição dos organismos regionais que executarão, na forma da lei, os planos regionais, integrantes dos planos nacionais de desenvolvimento econômico e social, aprovados juntamente com estes". O § 2º do mesmo artigo cuida dos incentivos regionais especificamente.

[128] GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 21.

Não se pode esquecer que o referido art. 43 da CF está inserido no âmbito constitucional da Seção IV (Das Regiões), do Capítulo VII (Da Administração Pública) que, por sua vez, resta inserido no Título III da Carta Política que reza sobre a Organização do Estado. Ou seja, tais disposições são de ordem imperativa, pois correspondem em sentido meritório ao cerne de estipulações formais da própria organização estatal, elemento extremamente importante dentro da concepção política de estruturação do Estado Brasileiro, não cabendo a ninguém, ou órgão público (aqui incluindo os três poderes republicanos), dar-lhe outra interpretação que não seja a mais estrita possível.

A Administração Pública, dentro da concepção organização estatal, está obrigada constitucionalmente a observar as diretrizes impostas no Capítulo VII do Título III, diretrizes estas que se iniciam no art 37 da CF, e vão adiante.

Não se tratam de diretrizes apenas indicativas ou puramente programáticas, como possa transparecer para alguns, vez que a Organização do Estado Brasileiro e as regras de atuação da Administração Pública visando à concretização dos objetivos da República e demais disposições principiológicas e de regramento constantes na Constituição não existem para serem relativizadas, mas sim para justamente controlar o exercício do Poder do Estado e deixar claro as diretrizes de atuação deste Estado no âmbito tanto político, quanto social e econômico.

Querer relegar tais normas (princípios e regras) a um conjunto de disposições de simples pano de fundo ou de caráter subjetivista de segunda ordem, é afrontar diretamente os pilares de sustentação do regime democrático de direito tão claramente estabelecido na Constituição de 1988. A constitucionalização administrativa das Regiões na CF de 1988 representou um grande avanço dentro da criação federativa tripartite brasileira e deu maior margem de atuação estatal no âmbito da consecução dos interesses regionais.

Note que o art. 37 da CF estabelece expressamente que a Administração Pública, tanto a direta quanto a indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deverá obedecer a todos os princípios constitucionais a ela prescritos e impostos. São estes princípios os da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, sem se falar dos demais implícitos e difusos dentro da sistematicidade constitucional.

Disto decorre que o princípio da eficiência e da legalidade informam, diretamente, toda e qualquer iniciativa ou realização estatal, em especial a consecução das chamadas políticas públicas de desenvolvimento, que ensejam a participação do Estado no seio da economia, atuando (das mais variadas formas), como agente fomentador.

Não há como não concluir que da realidade do texto constitucional de 1988 seja preciso harmonizar e compatibilizar sistemicamente as vertentes aparentemente divergentes de pensamento político-econômico, completamente juridicizadas e recepcionadas pela Constituição. Disto decorre a máxima de que a atividade do Estado está condicionada, como já se disse, a tais orientações simultâneas.

Ou seja, a ordem econômica precisa estar sustentada em todos os preceitos fundamentais já apresentados (fundamentos e objetivos republicanos), bem como nos princípios constitucionais que regem a existência desta mesma ordem econômica (art. 170 da CF). Ao mesmo tempo, buscá-los incessantemente (numa relação de retro-alimentação), pois como idéias passíveis de concreção material (efetividade), convertem-se, simultaneamente, em princípios e fins da mesma ordem (valores e objetivos).

Teria-se, deste modo, no art. 170 da CF, justamente as orientações disciplinadoras impostas pelo Estado ao setor econômico como um todo, em forma de princípios gerais das atividades econômicas, disciplinamento este da plena competência estatal, como bem apregoa o próprio art. 174 da CF.

Ao mesmo tempo em que dá os parâmetros de atuação das atividades econômicas no Brasil (através dos princípios e fundamentos aplicáveis), o mesmo art 170 da CF estipula o limite de atuação do Estado como ente interventor no setor econômico, dando-lhe os limites de atuação e a extensão das normas a serem editadas e de seus objetivos. A idéia de competência por si só já tem esta natureza dúbia, sendo ao mesmo tempo direito de realização e dever de observação restrita.

Eis, em mais uma passagem da Constituição Federal, a prova da plena possibilidade de convivência funcional entre ideologias e valores políticos opostos o que, em razão disso, exige do intérprete um esforço natural de compatibilização das normas constitucionais, dentro da concepção de um conjunto sistêmico e interdependente, sem contradições ou choques irremediáveis. Tem-se, sim, na Constituição de 1988, uma construção jurídico-política claramente compatível com o Estado Social[129].

Como se sabe, a participação do Estado no domínio econômico, como agente protagonista, pode-se dar de duas maneiras: pode atuar em pé de igualdade com o setor privado (dividindo com este a exploração do espaço da exploração econômica), ou como único agente realizador de determinada atividade, neste caso, quando expressamente permitida pela Constituição. Esta é, ao menos, a divisão teórica verificada na sistemática constitucional brasileira, atualmente em vigência.

Pode-se dizer que no primeiro tipo de participação, o Estado é um agente econômico que passa a se submeter às mesmas regras e regimes jurídicos das empresas do setor privado, competindo em igualdade de condições, nos exatos termos do art. 173, §§ 1º e

[129] "A Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado social. Portanto, os problemas constitucionais referentes a relações de poderes e exercício de direitos subjetivos têm que ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados daquela modalidade de ordenamento. Uma coisa é a Constituição do Estado liberal, outra a Constituição do Estado Social. A primeira é uma Constituição antigoverno e anti-Estado; a segunda uma Constituição de valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder". BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 371.

2º. Já na outra possibilidade verifica-se a existência do monopólio estatal de algumas atividades setoriais, com todas as suas nuances características. Diz-se, assim, existir a atividade participativa do Estado na economia pela via competitiva ou monopolista.

A participação competitiva, como visto, passa a existir quando o Estado atua no domínio econômico realmente como coadjuvante do segmento produtivo, ou melhor, no cenário econômico privado propriamente dito, como identifica a CF no *caput* do art. 173 que conclui ser esta atuação como exploração direta da atividade econômica[130]. Pesa como elemento caracterizador deste tipo de participação a idéia da existência da concorrência entre o Estado e os demais agentes do setor econômico em questão, dentro daquele mercado considerado.

Tal possibilidade constitucional só pode existir se pelo menos uma das duas condições relevantes passarem a existir no cenário nacional: os chamados "imperativos da segurança nacional" ou "relevante interesse coletivo". Segurança nacional não pode ser aqui identificado apenas como questão de ordem puramente externa ou militar, numa acepção de defesa da soberania nacional em relação a outros Estados soberanos, mas também numa compreensão interna e de mesmo modo urgente, mas com agentes internos que causam da mesma forma graves problemas de segurança nacional.

Esta interpretação decorre da própria lógica de que o conceito ora em debate (segurança nacional) resta evidenciado na Ordem Econômica e Financeira da CF de 1988, o que denota uma abrangência mais extensa do conceito, e não apenas externa e bélica. Disto decorre a idéia de uma segurança econômica e, por conseqüência, a possibilidade desta segurança sofrer tanto enfrentamentos graves de ordem interna, quanto externa.

---

[130] Art. 173 da CF: "Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei".

No âmbito interno, pode-se falar, portanto, de uma segurança interna assolada por problemas ou desordens econômicas que clamam pela imediata e rigorosa atuação estatal (questões de desabastecimento grave, por exemplo). Obviamente, tanto podem existir problemas apenas de segurança nacional (interna e externa), como relativos a relevantes interesses coletivos. Ou mesmo os dois, ao mesmo tempo. A solução, entretanto, exigirá de igual modo a participação estatal no âmago do problema econômico.

Diante da generalidade e abrangência destes dois requisitos elementares (segurança nacional e relevantes interesses coletivos) tem-se que na verdade sua utilização encontra mais dificuldades que facilidades ao legislador, e o administrador público responsável pela execução de tais implementações. Não se poderia exigir do legislador originário que elencasse causidicamente os tipos e circunstâncias de sua implementação, por questões evidentes.

Definir as ocasiões materiais e situações próprias desta participação estatal não deveria, certamente, ser de fácil consecução (apesar de preferível). Em decorrência, deixou o legislador o texto aberto, com larga margem de atuação, que deverá ser interpretado sempre à luz do momento político e econômico verificado no País e “enxergado” por determinada idéia de governo e administração (política econômica diferenciada). Tudo isto, claro, dentro das premissas fundamentais da ordem econômica, estatuídas na própria Constituição (art. 170 da CF).

Tal realidade jurídico-constitucional não encontra problemas de ordem principiológica, pois se está diante de uma Carta Política que albergou duas posições ideológicas tecnicamente opostas e tem estrutura de constituição programática e de índole interventiva (Estado social). Note-se que qualquer discussão neste sentido envolve diretamente o Poder legislativo que deverá analisar, antes de definir os limites e a oportunidade de participação do Estado na economia, por meio de lei, quais serão os

mecanismos de tal atuação e sua abrangência (e isso, por si só, já é um elemento seletivo do alcance político e ideológico em questão).

Falou-se acima das principais características da participação do Estado na economia na modalidade competitiva. No que tange a modalidade monopolista (art. 177 da CF), já identificada como modalidade, pode-se dizer que a mesma pode ser verificada nos monopólios da União, atualmente consubstanciados no âmbito do petróleo e dos minerais nucleares.

O monopólio do petróleo teve sua constitucionalização efetivada ainda na Carta Política de 1967/1969 (art. 169), realidade esta que permaneceu imutável em suas características fundamentais até a Emenda Constitucional nº 09/1995, momento este em que tal monopólio foi relativizado, passando a União a ter permissão para "contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I e IV deste artigo observados as condições estabelecidas em lei", nos exatos termos do art. 177, § 1º, da CF, redação esta surgida a partir da referida Emenda Constitucional.

Como se sabe, não houve quebra deste monopólio estatal, mas apenas uma remodelação de sua execução, através de reformas que permitiram ao Estado "aceitar" a participação de outras empresas no cenário da execução do referido monopólio. O monopólio estende-se as várias atividades da cadeia produtiva (art. 177, e incisos I, II, III e IV).

Ainda permanecem algumas discussões acerca da nova natureza deste monopólio estatal do petróleo, após a abertura de participação privada na sua execução. A grande questão situa-se na idéia de que o termo monopólio sempre traz consigo uma conotação restrita do agente operador do monopólio, não aceitando qualquer outra participação concorrencial[131].

---

[131] "Quando se menciona que essa Emenda veio "flexibilizar" o monopólio, na verdade se está diante de um eufemismo para justificar uma situação que não mais subsiste. Um monopólio não compactua com a idéia de permitir e incentivar a concorrência, no mesmo setor em que opera. Ora, se a referida emenda constitucional teve por fim proporcionar o advento de outros atores (empresas privadas ou estatais) nesse campo específico, está ela a indicar a impossibilidade de permanência da situação monopolista, por acarretar uma verdadeira contradição

Entretanto, não se pode deixar de verificar que a Constituição aceita a possibilidade de emenda a ela própria como mecanismo de atualização e adaptação às novas diretrizes materiais ainda não contempladas na sua estrutura, sem que isso altere completamente sua essência ideológica.

Não se pode negar a necessidade da constituição formal ter de encontrar correspondência, pelo menos em certa medida, com a dinâmica realidade material do substrato econômico em marcha, que ela normatiza, pois a busca pela implementação da força normativa do texto constitucional deve ser a todo custo defendido e valorizado. E no que concerne à visão doutrinária acerca do termo monopólio, nada impede que a Constituição lhe dê nova compreensão, mais relativizada, e abrangendo outros valores e esquemas. Assim, pode-se dizer que a Constituição de 1988 continua sim a manter o monopólio do petróleo no âmbito estatal, mas com novas características próprias das novas abordagens econômicas por ela recepcionadas.

Ou seja, não se pode admitir absoluta discrepância entre tais dimensões materiais e formais da Constituição, bem como entre ela (a Constituição) e a situação histórica vivenciada efetivamente pelo País, sob pena de sua fragilização e relativização normativa. Se no aspecto puramente regratório isto é perigoso e inaceitável, o que dizer do aspecto principiológico e fundamental, no que tange aos objetivos republicanos, princípios e diretrizes expressas do texto magno?

Não se está aqui, absolutamente, justificando a teoria da "reserva do possível" como barreira a implementação dos direitos previstos constitucionalmente, argumento este que busca limitar a força normativa no âmbito da concretude dos direitos sob o manto da possibilidade material das realizações e limitações orçamentárias.

---

entre as duas situações, tanto sob o ponto de vista jurídico quanto fático". TOLEDO, Gastão Alves de. *Aspectos do Contrato de Concessão para Exploração, Desenvolvimento e Produção de Petróleo e Gás Natural celebrado com a Agência Nacional do Petróleo – ANP*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Ano 07, nº 28, julho/setembro de 1999, p. 188.

Em relação ao outro monopólio constitucional expresso, tem-se a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados que, até então, nada sofreu de alteração nas reformas do texto constitucional.

A Constituição de um País precisa ser enxergada como uma conquista histórica do povo em relação ao Estado, cujo conteúdo material é resultado direto de uma luta ideológica certamente travada em sua formatação, resultando em opções e resultados de uma pauta política que restou vencedora. O momento das discussões teóricas sobre o conteúdo a ser recepcionado no texto constitucional, as ponderações sobre as teorias e ideologias a serem adotadas e a delimitação do alcance e da razoabilidade dos direitos e garantias defendidas na estrutura constitucional, precisam ser deixados onde de direito: no momento da criação ou da reforma constituinte.

A busca, na fase seguinte, é a da implementação e efetivação dos direitos e garantias ali enunciados. Deve-se buscar necessariamente por em prática as diretrizes programáticas (no caso das constituições deste tipo), sempre observando-se os princípios orientadores, sejam gerais, ou específicos a uma dada situação.

Se a constituição formal já não está em sintonia com a realidade material ou com os desdobramentos históricos vivenciados pela sociedade a ela afeta, ou ainda, se existir descompasso entre as diretrizes, definições e valores albergados na Constituição em relação aos novos conceitos e interesses da mesma sociedade (que já passou a adotar novas idéias e interesses para o futuro), restará chegado o momento de sua reforma parcial, ou mesmo novo pacto constitucional[132].

---

[132] "A concreção ou eficácia das normas constitucionais de natureza econômica deve guardar simetria com as possibilidades respectivas e, sobretudo, com as necessidades reveladas pela dinâmica da economia, sem o que, a despeito da força normativa das mesmas, não se alcançarão os objetivos propostos pela constituição formal, especialmente aqueles postos no art. 3º da Carta Magna (objetivos fundamentais da República Federativa do

Disto decorre a necessidade permanente de uma verificação e avaliação da dimensão material de uma Constituição, mas isto para dar-lhe garantia de efetivação e correspondência com os anseios sociais, jamais para tirar-lhe o alcance da concretude. Jamais se pode compreender a Constituição como mera estrutura jurídico-política de transição e adaptação apta a aceitar a sua relativização normativa em qualquer circunstância, capaz de suportar o descompasso entre o praticado-vivenciado, e o por ela estipulado. Nada está por acaso na Constituição e, deste modo, nada pode ser relegado a segundo plano.

Não é possível admitir as justificativas das dificuldades operacionais e políticas e econômicas como sendo suficientes para frear a concretude constitucional no plano fático, pois sob tal ponto de vista qualquer interesse ideológico pode ser defendido e implementado, de forma contrária ao texto magno. A Constituição já é o reflexo do possível dentro do plano ideológico-dialético, e este reflexo material só é enxergado como importante e central para uma sociedade justamente por ter seguido e obedecido todas as exigências formais para sua construção, sendo, portanto, conseqüência natural das expectativas de um povo em um dado momento histórico e dentro de uma determinada visão de mundo[133].

Não pode haver contingenciamento de expectativas fundamentais e legitimamente albergadas em uma Carta Política, ou limitação a efetivação de princípios constitucionais que contribuem decisivamente a consecução dos fins e objetivos previstos na própria Constituição[134].

Brasil) e no art. 170 e incisos". TOLEDO, Gastão Alves de. *O Direito Constitucional Econômico e sua Eficácia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 257.

[133] SOUZA, Washington Peluso Albino de. *A experiência Brasileira de Constituição Econômica*. Brasília. Revista de Informação Legislativa, ano 26, nº 102 – abril a junho de 1989, p. 39.

[134] "É que, de um lado, não se pode visualizar a ordem econômica constitucional como produto de imposições circunstanciais ou meros caprichos dos constituintes, porém, como resultado do confronto de posturas e texturas ideológicas e de interesses que, de uma ou de outra forma, foram compostos, para como peculiar estrutura ideológica aninhar-se co texto constitucional". GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 173.

Conforme já se analisou neste trabalho, ao se constatar a dualidade ideológica da Constituição Federal de 1988 e suas implicações correlatas, eventuais choques de convivência entre os princípios e diretrizes de fundamentos filosóficos diversos precisam ser superados por um processo hermenêutico que privilegie e respeite esta escolha constitucional. Neste sentido, e levando em consideração a unicidade e sistematicidade da Constituição como pilar desta compreensão que ora se adota, diz-se que através de permanente ponderação axiológica dos princípios existentes pode-se atingir a co-existência de parâmetros aparentemente opostos e assim dar viabilidade ao sistema como um todo.

Assim, tem-se que a ordem econômica não é contraditória, compondo na verdade um todo sistemático que ao intérprete determina-se a tarefa de lhe conferir coerência e continuidade. Existindo contradições, as mesmas, entretanto, não maculam a coerência constitucional. Ao contrário, acabam por ser solução para a necessária interpretação construtiva que se deva dar. Trata-se da busca por uma técnica de hermenêutica que se submeta à realidade constitucional e suas escolhas ideológicas fundamentais, sem querer com este esforço interpretativo subverter a finalidade e o alcance das normas constitucionais, mas pelo contrário, submetendo-se a ela.

Não se busca com esta compreensão aplicar uma ponderação axiológica que simplesmente ignore e deixe de lado um dado valor ou princípio igualmente importante dentro sistema, em detrimento de outro, pura e simplesmente, sob o argumento da preponderância ou prevalência relativa. Não, não somente isso. Não se trata de uma obrigação natural irremediável de escolha forçada.

Tem-se aqui a idéia da polissemia dos princípios. Desta forma quando duas ou mais estruturas valorativas antagônicas (abstratamente falando) parecerem aplicáveis à mesma situação concreta, se buscará tratá-las com ponderação suficiente e respeito simultâneo a

ponto de reconhecer que ambos complexos de valores causam influência significativa na compreensão e alcance do outro.

É óbvio que nesta situação um deles irá prevalecer, mas não por mera exclusão do outro, mas sim por sobreposição do conteúdo (peso relativamente maior) de um deles sobre o outro, na circunstância fática em questão[135]. É como se cada situação realmente conclamasse um específico pacote de valores dentro do arcabouço constitucional genérico, que precisa tomar forma antes de sofrer aplicação ao caso considerado[136].

As reformas implementadas na CF de 1988, em especial no âmbito do cenário econômico, serviram sim para readequar os meios e os fins da Constituição, de modo a permitir que os mecanismos (meios) de existência do Estado e a sua forma de atuação dentro do contexto social, segundo valores e premissas fundamentais, permitissem a consecução dos fins fundamentais previstos na própria Carta, que não poderiam ser ignoradas.

Em nada comprometeu a essência política dos valores ideológicos recepcionados no texto e escolhidos como pano de fundo para a existência do Estado Brasileiro. Na verdade, reforçou a atuação deste Estado, pois não deixou-lhe mais totalmente submisso ao descompasso existente entre o momento constitucional, e o momento histórico-político da sociedade brasileira. A Constituição permitiu a recuperação do Estado como agente realizador

---

[135] MÁRTIRES COELHO, Inocêncio. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 49.

[136] "Imagine-se uma hipótese em que mais de uma norma possa incidir sobre o mesmo conjunto de fatos – várias premissas maiores, portanto, para apenas uma premissa menor –, como no caso clássico da oposição entre liberdade de imprensa e de expressão, de um lado, e os direitos à honra, à intimidade e à vida privada, de outro. Como se constata singelamente, as normas envolvidas tutelam valores distintos e apontam soluções diversas e contraditórias para a questão. Na sua lógica unidirecional (premissa maior – premissa menor), a solução subsuntiva para esse problema somente poderia trabalhar com uma das normas, o que importaria a escolha de uma única premissa maior, descartando-se as demais. Tal fórmula, todavia, não seria constitucionalmente adequada: por força do princípio instrumental da unidade da Constituição (v. infra), o intérprete não pode simplesmente optar por uma norma e desprezar outra em tese também aplicável, como se houvesse hierarquia entre elas. Como conseqüência, a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de lidar com o fato de que a Constituição é um documento dialético – que tutela valores e interesses potencialmente conflitantes – e que princípios nela consagrados freqüentemente entram em rota de colisão." BARROSO, Luiz Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. *A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios*. *In* Dos Princípios Constitucionais – Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. George Salomão Leite (org.). São Paulo: Malheiros, 2003, p. 116.

dentro de um contexto que o tinha limitado, o que comprometia tanto a Carta Política em si como o próprio Estado.

Estas reformas, de forma alguma isentas de críticas no que tange a sua forma de realização e a pouca prevalência do público sobre o privado em algumas criações contratuais, deram fôlego ao Estado brasileiro para exercer o papel que lhe cabe, visando: "I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos, de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação", nos exatos termos do art. 3º da Carta de 1988, quando estipula os objetivos fundamentais da República, e ainda quando identifica a existência digna como parâmetro, presente no *caput* do art. 170.

A atividade interpretativa da Constituição, portanto, visa compatibilizar os meios aos fins nela identificados, meios estes compatíveis com o sistema econômico adotado, sobretudo com seus preceitos fundamentais e princípios maiores. Deve-se enxergar como necessário um balanceamento entre tais elementos (meios e fins), pois, do contrário (aqui se excluindo as idéias radicais de "negação" de certas teses e disposições constitucionais - como se isso fosse possível), não se conseguirá atingir a verdadeira eficácia social e material das normas fins (objetivos e princípios fundamentais) que fundamentam a estrutura da ordem econômica constitucional.

A eficácia social seria, na compreensão de José Afonso da Silva, a correspondência direta entre as disposições das normas e a conduta dos destinatários (no que concerne à obediência e a aplicação), dentro da idéia de que a norma seria efetivamente a ordem dos fatos[137].

---

[137] SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 55.

Conforme já se falou acerca da correlação estratégica entre os fins e os meios trabalhados pela Constituição, enquanto atividade estatal, infere-se que a eficácia material ou efetividade de uma norma deve realizar-se no âmbito da implementação de uma dada política econômica estatal que visualize aqueles propósitos e fundamentos do art. 3º da CF, e demais cominações aplicáveis, mesmo que para isso seja necessário mudanças constitucionais, através de reformas via emendas constitucionais, e assim permitir que a Constituição possa harmonizar-se com ela própria e com a realidade social[138].

Como se sabe, o princípio constitucional da redução das desigualdades regionais e sociais é um princípio informador de toda atividade econômica no Brasil. Ou seja, deve qualquer atividade econômica atuar no sentido de ajudar na redução das desigualdades tanto regionais quanto sociais em nosso País, devendo contribuir das mais diversas formas para que sua atuação econômica em uma dada região seja efetivamente elemento de ajuda no combate a pobreza e as disparidades entre áreas mais ricas e desenvolvidas, e as demais que não o são.

Assim, a atuação tanto do Estado quando das empresas particulares precisa estar em exato compasso com as políticas públicas de redução de tais desigualdades (políticas estas que precisam existir de fato para o alcance dos preceitos constitucionais).

Neste sentido toda e qualquer atividade econômica, independente de quem esteja no papel de agente realizador desta atividade tida como econômica (seja o próprio Estado quando atuante de forma direta ou indireta, sejam organismos privados propriamente ditos), precisaria estar adequada às regras principiológicas exaradas do texto constitucional. Isto

---

[138] "A Ordem Econômica da Constituição está impregnada de princípios e soluções contraditórias. Ora, inflete no rumo do capitalismo neoliberal, consagrando os valores fundamentais desse sistema, ora avança no sentido do intervencionismo sistemático e do dirigismo planificador, com elementos socializadores. As cláusulas dotadas de função transformadora, que se difundem na Ordem Econômica, poderão unilateralizar os caminhos da Constituição e conduzir a soluções não expressamente contempladas no seu texto". MACHADO HORTA, Raul. *A Ordem Econômica na Nova Constituição. A Constituição Brasileira de 1988 – Interpretações*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, p. 392.

porque, assim, estará em consonância com as regras maiores do arcabouço jurídico aplicáveis à matéria.

No caso da iniciativa privada esta obrigação estaria atrelada a uma idéia de conformidade indicativa, pois o princípio da livre iniciativa daria a estes agentes uma liberdade a *priori* que poderia, porém, ser perfeitamente limitada e condicionada a políticas públicas específicas de atuação estatal no cenário econômico.

Como tais regramentos principiológicos surgem expressamente de texto Constitucional de ordem imperativa e impositiva de caráter auto-aplicável (com aplicabilidade imediata e direta), devendo ser obedecidos e observados sem qualquer outra formalidade legal, sua observância deve ser garantida pelos órgãos reguladores e fiscalizadores do Estado que estão obrigados a assim agir.

Convém lembrar que o art. 3º da Constituição Federal, inciso III, que apresenta os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, também prevê a redução das desigualdades regionais e sociais como tal, o que dá a tal estipulação impositiva uma importância ainda maior, e não apenas orientadora de qualquer atividade econômica, pura e simplesmente.

O princípio constitucional geral das atividades econômicas que impõe a redução das desigualdades regionais e sociais retoma uma idéia subjacente no estudo da ordem econômica, qual seja, a de que a economia não pode ser posta a serviço tão-somente de um desenvolvimento obtido a qualquer preço, isto é, com o sacrifício inclusive de uma justa retribuição dos benefícios desse processo.

Impedir ou não exigir o pleno desenvolvimento dos efeitos sociais do processo econômico enquanto atividade que precisa gerar conseqüências benéficas no lado social, é negar desenvolvimento pleno e equânime (corrigindo as distorções e disparidades regionais) de um País e de suas regiões. E esta obrigação é conseqüência imediata de um sistema

federativo que passa a existir e se justificar dentro da idéia da co-responsabilidade social e econômica.

Tais conclusões, portanto, tem sua motivação na necessidade de se verificar a concretização das exigências teóricas do resultado econômico e social esperado e os que realmente se alcançou até agora, pois, conforme se falou, não existe qualquer impedimento de ordem ideológica ou jurídica, pelo contrário, para tais concretizações. A constituição de 1988 traz em sua essência os elementos necessários (meios) a consecução de tais fins (objetivos). Trata-se, enfim, de questão de ordem política (uma cultura de realização social) e efetivação jurídica.

3 A LIVRE CONCORRÊNCIA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE CONSECUÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO.

3.1 O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO COMO NOVA DISCIPLINA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO ESTADO CONTEMPORÂNEO.

Com o advento da estrutura regulatória implementada a partir das reformas estatais da década de 1990, e já diante das novas funções que o Estado passou a desempenhar no âmbito da economia, de regulação e fiscalização, visualizou-se uma necessidade clara neste novo projeto político-institucional que é a compatibilização entre as duas visões ideológicas teoricamente divergentes já identificadas neste trabalho. Tais visões decorrem dos princípios e orientações tanto intervencionistas e sociais, quanto liberais, presentes na Constituição Federal que, mesmo com as reformas atuais, conforme já visto, continua a ser uma Carta Social.

Diante desta nova orientação constitucional-estatal tem-se que novos institutos e valores passaram a fazer parte do cenário de relações entre o Estado Brasileiro e o mercado. Despontando como um dos principais aspectos desta mudança surge a regulação econômica de setores, serviços e atividades antes exercidas pelo próprio Estado, executando monopólios constitucionais ou não, e agora entregues a iniciativa privada[139]. O Estado Empresário de

[139] "Os princípios básicos que nortearam as iniciativas no campo da regulação econômica até os anos setenta se fundamentaram na análise tradicional do bem estar, razão pela qual será feita agora uma breve digressão sobre este tema. Com efeito, é a partir da teoria do bem estar que se tornou efetivamente possível para a teoria econômica tratar de uma maneira formalizada a intervenção do Estado na economia, uma vez que a própria análise econômica é fundada, a partir do surgimento d'A Riqueza das Nações de A. Smith, negando a necessidade desta intervenção. Como é sabido, uma das principais preocupações de Smith, além das causas do crescimento econômico, era demonstrar que a busca do interesse individual através da atividade econômica, produzindo e trocando bens, conduziria necessariamente ao bem comum. Esta demonstração, caso tivesse sucesso, fatalmente teria como corolário o caráter desnecessário e até mesmo nocivo de qualquer interferência nesta busca, pelos indivíduos, de seu interesse privado na esfera econômica. Obviamente, a atividade regulatória do Estado, ao estabelecer preços, quantidades, padrões de qualidade ou metas de investimento seria um exemplo típico de uma interferência inútil ou nociva na busca do auto-interesse. Isto, a menos que existissem

antes, presente em muitos ou quase todos os setores importantes e estratégicos do País, no âmbito tanto dos chamados serviços públicos, quanto das atividades econômicas[140], agora retraído e não mais atuante em vários destes espaços originários, tem de cumprir novas tarefas e atribuições funcionais, principalmente por meio da regulação.

Esta regulação pressupõe, entretanto, um Estado que continua a ter importantes e largas responsabilidades no âmbito da economia, porém não mais via intervenção direta como agente econômico (como via de regra), na forma de agente de mercado, mas com nítidas obrigações decorrentes de um modelo que também não aceita a livre manifestação do

---

circunstâncias específicas em que a busca do interesse privado não conduzisse, necessariamente, ao bem comum. Em termos muito gerais (e de forma pouco rigorosa), pode-se afirmar que a análise do bem estar busca definir sob que condições a busca do auto-interesse na atividade econômica conduz ao bem comum e sob que condições ela não o faz. Convencionou-se estabelecer como marco inicial da análise do bem estar a publicação do The Economics of Welfare de A. C. Pigou. A esta obra seguiu-se uma série de desenvolvimentos teóricos, que condicionaram de forma significativa a análise da regulação econômica, além de outras formas de atuação econômica do Estado, tais como tributação, oferta de bens públicos etc. Partindo de uma visão dominada pelo chamado “individualismo metodológico”, são investigadas as condições sob as quais o mercado, isto é, a livre interação entre ofertantes e demandantes atua no sentido de promover o bem comum. Para uma adequada compreensão do sentido do conceito de falhas de mercado, e como ele afeta a solução regulatória, é interessante rever o chamado "primeiro teorema fundamental do bem estar social". O primeiro teorema fundamental do bem estar social afirma que: (a) se existir um número suficiente de mercados, (b) se todos os consumidores e produtores se comportam competitivamente e (c) se existir um equilíbrio, então a alocação de recursos no equilíbrio é ótima no sentido de Pareto. A existência ou não de equilíbrio (condição (c)) muitas vezes está associada a comportamentos não competitivos, razão pela qual ela não será tratada isoladamente, apenas as condições (a) e (b). A existência de mercados "em número suficiente" diz respeito diretamente ao problema das externalidades. De forma geral, há uma externalidade sempre que uma atividade de natureza econômica de um agente gerar um custo ou um benefício, sem que o agente em questão tenha que arcar com este custo ou possa ser remunerado pelo benefício. Assim, externalidades surgem em função da ausência de um mercado que determine a alocação deste custo ou benefício. Quando isto ocorre, custos e benefícios que poderiam ser minimizados ou maximizados socialmente deixam de sê-lo, e o mercado "falha" na sua tarefa de gerar um ótimo paretiano. A solução advogada então seria a interferência econômica do Estado através de impostos, subsídios, regulação de quantidades, etc., de forma a promover um nível superior de bem estar social”. FIANI, Ronaldo. *Teoria da Regulação Econômica: Estado Atual e Perspectivas Futuras*. Teoria Política e Instituições de Defesa da Concorrência. Editora da UFRJ (a ser publicado), p. 10-11. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/grc/publicacoes.php

[140] “Do final da II Guerra ao final dos anos sessenta: É a este período que mais propriamente a literatura se refere quando menciona uma Era Dourada no desenvolvimento capitalista (...). Neste período temos o aperfeiçoamento das instituições regulatórias, com a difusão das práticas regulacionistas não apenas entre os países capitalistas avançados mas também naqueles em desenvolvimento, tendência que se verificou paralelamente aos movimentos de emancipação nacional. Os enfoques, todavia, diferiram radicalmente de acordo com o grau de desenvolvimento industrial dos países (...). No caso dos países em desenvolvimento, o enfoque da regulação se norteou por objetivos desenvolvimentistas, privilegiando a industrialização através de investimentos realizados ou regulados pelo Estado, notadamente através de empresas estatais e de programas de investimento no setor público. É também característico deste bloco de países a intensa atividade regulatória ligada ao comércio exterior, com a meta de proteger indústrias nascentes e estimular o desenvolvimento de tecnologia nacional”. FIANI, Ronaldo. *Teoria da Regulação Econômica: Estado Atual e Perspectivas Futuras*. Teoria Política e Instituições de Defesa da Concorrência. Editora da UFRJ (a ser publicado), p. 7-8. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/grc/publicacoes.php

mercado sem o controle estatal, conforme já visto. Não se pode admitir que as inúmeras funções estatais originárias, ainda plenamente previstas constitucionalmente, possam simplesmente ser transplantadas às agências, pois tal solução não resta possível e abarcaria inúmeros problemas[141].

Ou seja, diante de tais reformas constitucionais, não se pode falar em diminuição do poder do Estado no cenário econômico, mas somente em uma readequação de seus fins segundo a nova orientação ideológica estabelecida constitucionalmente[142]. Não houve diminuição de importância de suas funções gerais, nem muito menos diminuição do próprio Estado, pois suas estruturas institucionais se mantiveram, e em alguns casos até cresceram (como a produção legislativa destinada aos setores econômicos), com suas atribuições e responsabilidades constitucionais continuando a existir[143].

---

[141] "A febre das agências por que passa o país e a aparente crença no poder dessas agências de corretamente organizar as relações econômicas nesses setores invocam a concepção econômica mais liberal da função da teoria da regulação. Suas conseqüências e seus perigos devem ser convenientemente avaliados e sopesados". FILHO, Calixto Salomão. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos).* São Paulo: Malheiros, 2001, p. 15.

[142] Neste sentido afirma Diogo de Figueiredo Moreira Neto, para quem "A redução expressiva das estruturas públicas de intervenção direta na ordem econômica não produziu um modelo que possa ser identificado com o de Estado mínimo. Pelo contrário, apenas se deslocou a atuação estatal do campo empresarial para o domínio da disciplina jurídica, com a ampliação de seu papel na regulação e fiscalização dos serviços públicos e atividades econômicas. O Estado, portanto, não deixou de ser um agente econômico decisivo. Para demonstrar a tese, basta examinar a profusão de textos normativos editados nos últimos anos". MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório. A alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 25.

[143] Inicialmente, no bojo de tais mudanças, extinguiram-se vários obstáculos que impediam ou limitavam a participação do capital estrangeiro no Brasil, em vários setores e destinos do mercado nacional. A Emenda Constitucional nº 06, de 15.08.95, ao suprimir o art. 171 da Constituição Federal, permitiu as empresas estrangeiras direitos e facilidades praticamente idênticas as oferecidas as empresas nacionais. Esta mesma Emenda Constitucional alterou o art. 176, *caput*, da Constituição, permitindo que a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia elétrica fossem concedidos ou autorizados a empresas constituídas sob as leis brasileiras, dispensada a exigência do controle do capital nacional. Neste mesmo sentido, a Emenda Constitucional nº 07, de 15.05.02, também agiu, ao alterar o art. 178, e a Emenda Constitucional nº 36, de 28.05.02. Paralelamente, ainda como requisito necessário a implementação desta nova orientação estatal, a segunda vertente das reformas buscou modificar o ambiente dos monopólios estatais, flexibilizando-os. Assim vislumbrou-se a Emenda Constitucional nº 05, também de 15.08.95, que ao alterar o § 2º do art. 25 da Constituição, permitiu a possibilidade de os Estados-membros concederem as empresas privadas a exploração dos chamados serviços públicos locais de distribuição de gás canalizado, antes executados por empresas sob controle acionário estatal. Do mesmo modo também ocorreu com os setores de telecomunicações, radiodifusão sonora e imagens. A Emenda Constitucional nº 09, de 09.11.95, flexibilizou o monopólio estatal do petróleo, permitindo que a União Federal, facultativamente, contrata-se com empresas privadas as atividades de pesquisa e lavra de jazidas de petróleo, gás natural, outros hidrocarbonetos fluidos, a refinação do petróleo, a importação, a exportação e o transporte dos produtos e derivados básicos de petróleo, antes vedado. Por fim, verificou-se um

No âmbito das regras e dos princípios de mercado que orientam e fundamentam o sistema de produção capitalista encontrado no Brasil, a livre iniciativa e a livre concorrência são expressões basilares que muito informam sobre as escolhas políticas e econômicas feitas pelo Brasil, e, por conseqüência, esclarecem a estrutura juríco-constitucional construída para justificar e proteger tais modelos.

Neste sentido, convém novamente lembrar que a Carta Política Brasileira atual, em seu art. 170, claramente esclarece quais são os princípios gerais das atividades econômicas, dentro da Ordem Econômica e Financeira reconhecida. Tais princípios devem orientar e fundamentar todas as ações e abordagens relacionadas ao fenômeno econômico seja quando endereçadas ao Poder Público (vinculando-o), seja orientando a iniciativa privada em suas operações ordinárias[144].

Assim, a questão da regulação econômica surge como um novo marco de atuação estatal na economia, tudo isto apoiado sobre o pilar da concorrência de mercado como algo a ser defendido e incentivado, não só por ser fundamento de uma economia que busca um modelo equilibrado e funcional, mas como algo naturalmente necessário ao desenvolvimento

---

outro tipo de transformação econômica, também muito importante. Tratou-se das privatizações, assim denominadas. Fora possível, pela via legislativa ordinária (Lei nº 8.031, de 12.04.90, depois substituída pela Lei nº 9.491, de 09.09.97), sem emendas constitucionais, a criação do Programa Nacional de Privatização, que instituiu alguns objetivos fundamentais como a reordenação da posição do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades exploradas pelo setor público e trazendo certas contribuições para a modernização do parque industrial do País, via ampliação de sua competitividade e reforçando a sua capacidade empresarial nos diversos setores da economia. A efetivação deste programa de desestatização tem ocorrido efetivamente por meio da alienação, via leilão em bolsas de valores, do controle acionário das entidades estatais, sejam as que exploram atividades econômicas como as que prestam serviços públicos. Neste sentido, ver VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 16 e ss.

[144] O art. 170 da CF diz: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País". Em seguida, o Parágrafo único do referido artigo diz que "É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei".

socioeconômico do país. Tudo isto segundo as orientações constitucionais que impõe a existência simultânea de um Estado Social ao mesmo tempo atuante na economia, mas que se fundamenta na premissa de uma economia de livre mercado.

Independentemente de tais mudanças, continuou a existir um tratamento constitucional específico e profundo acerca dos enlaces econômicos que envolviam o Estado brasileiro, no âmbito da Constituição Federal. Não se fugiu, portanto, da idéia de constituição econômica[145], conceito componente do chamado constitucionalismo pós-guerra do século XX, já estudado neste trabalho. Continuou a existir uma estrutura formal e material na Constituição dispondo expressamente sobre os fundamentos da ordem econômica brasileira e os princípios que informam a atuação do Estado na economia. Neste sentido, nada mudou. Assim, resta evidenciar, à luz de tais mudanças constitucionais, a importância da defesa da concorrência de mercado para o Brasil.

Direito este pós-positivista, fundamentado em uma estrutura política e jurídica que abraçou o Estado Democrático de Direito e baseado na hegemonia axiológica dos princípios, e que deve ter preocupações no sentido da concretização dos direitos constitucionais, em especial os direitos sociais e a busca pelo desenvolvimento socioeconômico enquanto meio de realização da justiça social[146].

---

[145] Para um debate sobre as várias concepções de Constituição Econômica, vide: GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, 8 ed, São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 68-76.

[146] "O século XX estabeleceu o regime democrático e participativo como o modelo preeminente de organização política. Os conceitos de direitos humanos e liberdade política hoje são parte da retórica prevalecente. As pessoas vivem em média muito mais tempo do que no passado. Além disso, as diferentes regiões do globo estão agora mais estreitamente ligadas do que jamais estiveram, não só nos campos da troca, do comércio e das comunicações, mas também quanto a idéias e ideais interativos. Entretanto, vivemos igualmente em um mundo de privação, destituição e opressão extraordinárias. Existem problemas novos convivendo com antigos – a persistência da pobreza e de necessidades essenciais não satisfeitas, fomes coletivas e fome crônica muito disseminadas, violação de liberdades políticas elementares e de liberdades formais básicas, ampla negligência diante dos interesses e da condição de agente das mulheres e ameaças cada vez mais graves ao nosso meio ambiente e à sustentabilidade de nossa vida econômica e social. Muitas dessas privações podem ser encontradas, sob uma outra forma, tanto em países ricos como em países pobres. Superar esses problemas é uma parte central do processo de desenvolvimento (...). Para combater os problemas que enfrentamos, temos de considerar a liberdade individual um comprometimento social (...). A expansão da liberdade é vista, por essa abordagem, como o principal fim e o principal meio do desenvolvimento. O desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua

A partir de tais considerações tem-se que este Estado contemporâneo de forte viés democrático, representativo, multipartidário, com atuação social, implementador de regulação econômica e incentivador da livre concorrência enquanto ferramenta de realização dos fins constitucionais, está apto sim, institucionalmente, a implementar mecanismos que visam exatamente favorecer e efetivar uma política nacional de desenvolvimento socioeconômico.

Isto porque reconhece em tal providência a solução natural para a consecução dos objetivos pretendidos constitucionalmente em termos de justiça social. Busca-se, basicamente, identificar e eliminar os obstáculos e complicadores a uma postura estatal, e também governamental, capaz de efetivar tais mecanismos.

A noção de liberdade individual, considerada de forma relativizada e em função de cada condição pessoal considerada, é de fato uma idéia fundamental para a correta interpretação do fenômeno do desenvolvimento socioeconômico enquanto alavanca necessária ao alcance de uma sociedade mais justa e igual. Tudo nos exatos termos dos valores, fundamentos e objetivos constitucionais dos Estados social-democratas. Lembra, neste sentido, Amartya Sem, que "a eliminação de privações de liberdades substanciais (...) é constitutiva do desenvolvimento"[147].

A idéia de desenvolvimento socioeconômico ultrapassa em muito a simples conotação economicista que enxerga na renda per capta e Produto Nacional Bruto (PNB) de um País como elemento fundamental na análise da situação considerada. Ao abordar-se a idéia de desenvolvimento socioeconômico amplia-se esta visão e atingi-se uma idéia que tem um alcance mais efetivamente relacionado à justiça social prevista constitucionalmente.

A simples busca pelo desenvolvimento econômico continuará a gerar apenas acúmulo de capital entre limitados setores da economia formal, sem qualquer correspondência

---

condição de agente". SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. 4ª Reimpressão. Tradução: Laura Teixeira Motta. Revisão Técnica: Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 09-10.

[147] SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. 4ª Reimpressão. Tradução: Laura Teixeira Motta. Revisão Técnica: Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 10.

aos mandamentos e previsões constitucionais que pregam uma sociedade mais justa e solidária, de valores nitidamente social-democratas.

O alcance de um padrão de desenvolvimento socioeconômico capaz de gerar efeitos efetivos no âmbito social pressupõe uma verificação do fenômeno concorrencial como fundamental, pois somente sob esta premissa econômica se conseguirá orientar o espaço econômico de modo a se conseguir o respeito a todos os valores, princípios e regras relacionados às atividades econômicas, e a própria Ordem Econômica.

3.2 RELAÇÕES FUNDAMENTAIS ENTRE O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO E A LIVRE CONCORRÊNCIA DE MERCADO EM UM AMBIENTE ECONOMICAMENTE REGULADO.

Conforme visto, o desafio teórico neste começo de século é redefinir a idéia de desenvolvimento, de forma a transcender as limitações teóricas de sua vinculação ao poder estatal ou ao crescimento econômico em si. Em outras palavras, é preciso alcançar um conceito possível de desenvolvimento, que abranja, mas, ao mesmo tempo, não se limite à análise econômica. Isto não implica dizer que a economia, ou o crescimento econômico, não sejam componentes importantes do processo de desenvolvimento, mas sim que esse processo é mais abrangente, pois não se limita a estes fatores apenas[148].

---

[148] "O crescimento do PNB ou das rendas individuais obviamente pode ser muito importante como um meio de expandir as liberdades desfrutadas pelos membros da sociedade. Mas as liberdades dependem também de outros determinantes, como as disposições sociais e econômicas (por exemplo, os serviços de educação e saúde) e os direitos civis (por exemplo, a liberdade de participar de discussões e averiguações públicas). De forma análoga, a industrialização, o progresso tecnológico ou a modernização social podem contribuir substancialmente para expandir a liberdade humana, mas ela depende também de outras influências. Se a liberdade é o que o desenvolvimento promove, então existe um argumento fundamental em favor da concentração nesse objetivo abrangente, e não em algum meio específico ou em alguma lista de instrumentos especialmente escolhida". SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. 4ª Reimpressão. Tradução: Laura Teixeira Motta. Revisão Técnica: Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 17.

Os debates em torno do conceito de desenvolvimento foram reavivados pela constatação de que o crescimento econômico não necessariamente se traduz na melhoria de vida das populações, como historicamente restou demonstrado. A dimensão do desenvolvimento voltou a ser introduzida nas análises e negociações dos mais diversos setores e áreas do conhecimento, fora do alcance exclusivo da ciência econômica. E o direito é uma das áreas de conhecimento que tem se voltado para a dimensão do desenvolvimento, buscando determinar de que forma a ordem jurídica, especificamente, pode auxiliar na promoção do desenvolvimento.

A questão do desenvolvimento, no cenário jurídico, voltou a ser discutida na academia quando da análise do papel do direito como instrumento de transformação social e também econômica, e procurando compreender o sistema jurídico como um arranjo complexo de normas, que produz impactos diferentes sobre o desenvolvimento. É verdade que o direito pode ir contra o processo de desenvolvimento, quando a ordem jurídica coloca empecilhos, seja na ordem econômica, política ou social.

Por outro lado, o direito pode ser favorável ao desenvolvimento, quando as regras jurídicas atuam no sentido de promovê-lo. De qualquer maneira, seja como substrato formal do desenvolvimento - criando e defendendo liberdade e instituições importantes para este processo - seja como efetivo catalisador deste processo, facilitando seu alcance material, o direito se apresentará como ferramenta importante no âmbito do desenvolvimento[149].

---

[149] "O tema do desenvolvimento vem despertando interesse há muitas gerações. A definição do que constitui desenvolvimento evoluiu, ao longo da história. Partiu da preocupação com o poder político-militar do monarca, vinculando-se depois ao poder econômico, para ser identificado, principalmente no decorrer do século XX, com o crescimento econômico. Esta identificação com o crescimento econômico, todavia, mostra-se insuficiente para atender às demandas sociais, políticas, econômicas e mesmo culturais que vicejam hoje principalmente nos países em desenvolvimento (PEDs). O final do século XX testemunhou uma grande expansão do crescimento econômico. entretanto, constatou-se que os efeitos deste crescimento não implicavam necessariamente a melhoria de vida da maioria da população mundial. Se o indicativo do nível de renda aumentou em muitos PEDs, o mesmo não pode ser dito sobre a maioria dos outros indicativos do nível de vida, como acesso à educação e à saúde básicas, índice de mortalidade infantil e déficit democrático, por exemplo". BOHRER MUNHOZ, Carolina Pancotto. *Direito, Livre Concorrência e Desenvolvimento*. São Paulo: Lex Editora, 2006, p. 17-18.

Buscando fazer o conseqüente encontro entre o direito ao desenvolvimento socioeconômico e a livre concorrência num espaço político constitucional amparado em um modelo de Estado social-democrata regulador das atividades econômicas, lembramos mais uma vez que regulação econômica compreende na verdade um conjunto de atuações estatais no âmbito da economia que ultrapassa a simples conotação de agências reguladoras atuando em determinado setor econômico ou serviço público.

Abrange toda e qualquer atuação estatal interventiva na economia, de forma indireta, de modo fiscalizá-la e orientá-la em determinados aspectos, englobando vários aspectos de organização da atividade econômica ou do serviço público em si[150].

Por não ser objetivo deste estudo em particular não se fará uma abordagem analítica sobre a trajetória histórica do pensamento regulatório, importando aqui apenas o modelo recepcionado e posto em prática no Brasil, como conseqüência das novas opções institucionais adotadas pelo Estado brasileiro a partir das reformas constitucionais econômicas recentemente implementadas.

Com tais reformas, que basicamente alteraram a forma como o Estado passou a interagir com o espaço econômico a partir das novas funções que lhes foram dadas, criou-se um cenário constitucional que, ao mesmo tempo, teria de respaldar esta nova forma de relacionamento estatal com a economia, com menor atuação direta daquele no mercado como agente econômico, mas também teria de garantir a concretização dos direitos sociais e de caráter interventivo ainda presentes na Constituição.

Esta situação de aparente conflito ideológico não procede, vez que na verdade sempre que se tem um formato constitucional que alberga uma posição intermediária dentre as

---

[150] SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos).* São Paulo: Malheiros, 2001.

posições tradicionalmente tidas como contrapostas ideologicamente e já experimentadas na história do constitucionalismo moderno, esta questão volta à tona como questão de ordem.

Esta visão é preocupante, e precisa ser relativizada, uma vez que pressupõe existir inviabilidade de concretude em uma Constituição que busca Justiça Social ao mesmo tempo em que reconhece a livre iniciativa de mercado como valores a serem defendidos[151]. Não se pode esquecer de tal abordagem constitucional, em plena vigência[152].

Nada mais absurdo sob o ponto de vista jurídico, sendo tal idéia mero reducionismo do arcabouço constitucional a uma compreensão política, o que não se coaduna com a própria natureza de uma Constituição. Não há, no aspecto jurídico-constitucional, qualquer barreira formal ou material a existência de um Estado e de uma Carta Fundamental de valores ideológicos intermediários, pelo contrário, pois o Direito é, antes de tudo, uma ferramenta de realização social capaz de albergar os mais variados processos e visões, em razão dos objetivos pretendidos.

Na verdade, verificou-se na história recente das constituições escritas, por meio das inúmeras construções e variações do século XX implementadas, que os modelos essencialmente liberais que não impuseram controles estatais sobre o conjunto econômico não se viabilizaram, do mesmo modo que, na outra visão ideológica, os modelos socialistas-comunistas essencialmente interventivos e com exagerado crescimento estatal não conseguiram se manter e promover o desenvolvimento socioeconômico esperado.

---

[151] GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 21.

[152] "Por óbvio que as mudanças e alterações legislativas no corpo constitucional são necessárias, mas com equilíbrio e cuidado que o assunto demanda. As normas que disciplinam nosso sistema capitalista e nosso modelo econômico devem refletir os anseios da sociedade, ao regular e garantir a existência digna e a justiça social. Conforme, inclusive, preceitua nossa Constituição. Caso os princípios do modelo neoliberal seja realmente restabelecido, sem delineamento de quaisquer limites ao poder econômico, por certo a sociedade sofrerá graves conseqüências". GURGEL, José Marcello Monteiro. *O desenvolvimento da constituição econômica no Brasil e o impacto das reformas constitucionais no modelo econômico*. Cadernos de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Mackenzie. São Paulo, v. 4, n. 1, p. 33-44, 2004, p. 41.

Deste modo, pode-se concluir ser a regulação econômica um cenário intermediário de opção estatal que serve bastante ao grande espaço (intervalo teórico) criado entre estas duas visões antagônicas e radicalmente opostas, permitindo transitar em vários modelos e circunstâncias específicas, a exemplo do Brasil.

Aqui se presume a existência e a validade de elementos tanto da visão liberal-capitalista quanto da visão interventiva-social, situação esta que permite o uso dos institutos, valores e ferramentas institucionais destas duas visões políticas que, historicamente, conseguiram, ambas, apresentar suas vantagens e soluções. Ao se falar em constituição econômica ou ordem econômica, bem como intervenção estatal na economia, não se quer afirmar de forma alguma existir ausência de uma estrutura capitalista e de mercado em pleno funcionamento[153].

A regulação se justifica, assim, no âmbito econômico, por dois motivos: em primeiro lugar, a redução da intervenção direta do Estado na economia (porém, sem retirá-lo definitivamente desta esfera de atuação), e em segundo, devido ao crescimento do movimento de concentração econômica (que é essencialmente prejudicial ao funcionamento da própria idéia de livre mercado e livre concorrência).

Parte-se da premissa de que a auto-regulação, enquanto livre manifestação das forças de mercado sem qualquer controle externo estatal, não serve ou não se justifica enquanto opção, pois se as forças de mercado passam a atuar de forma livre, segundo regras próprias do mercado e sem qualquer compromisso fora dos interesses corporativos da própria

---

[153] "Isso não quer dizer que, nessa disciplina, se colhe necessariamente um "sopro de socialização". Não, aqui, como no mundo ocidental em geral, a ordem econômica consubstanciada na Constituição não é senão uma forma econômica capitalista, porque ela se apóia inteiramente na apropriação privada dos meios de produção e na iniciativa privada (art. 170). Isso caracteriza o modo de produção capitalista, que não deixa de ser tal por eventual ingerência do Estado na economia nem por circunstancial exploração direta de atividade econômica pelo Estado e possível monopolização de alguma área econômica, porque essa atuação estatal ainda se insere no princípio básico do capitalismo que é a apropriação exclusiva por uma classe dos meios de produção, e, como é essa mesma classe que domina o aparelho estatal, a participação deste na economia atende a interesses da classe dominante. A atuação do Estado, assim, não é nada menos do que uma tentativa de pôr ordem na vida econômica e social, de arrumar a desordem que provinha do liberalismo". SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 786.

empresa (como foi na fase liberal)[154], não se atingirá nem mesmo um eficaz funcionamento do mercado, garantindo sua existência.

A questão se situa no âmbito argumentativo de que a Constituição não mais irá tão somente se limitar a abarcar e justificar os fatos já existentes no domínio econômico e social, mas sim estipular orientações, programas e políticas aptas a interagir e até alterar este espaço originalmente livre de controle e fiscalização corretiva. Tem-se, assim, uma Constituição dirigente que faz planos para o futuro e estabelece, inclusive, os meios para o alcance de tais planos[155]. A forma, entretanto, desta atuação interventiva, pode ser mais ou menos ampla, de acordo com a postura política assumida pelo Estado em relação à ordem econômica e social[156].

Lembramos que não é possível se compreender uma Constituição sob o manto do sectarismo de conteúdo, ou seja, dividi-la em espaços especializados e estanques, ignorando os demais espaços também especializados. É por meio do conjunto que se promoverá sua interpretação e aplicação. Uma Constituição precisa ser visualizada como um todo sistêmico e interdependente, em que todos os espaços por ela compreendidos estão orientados segundo as premissas ideológicas e de fundo que dão sustentação à própria Constituição.

Nesta lógica de entendimento seria errôneo, do mesmo modo, se analisar de forma separada do restante da constituição o tratamento que a mesma dá aos componentes

---

[154] Tal afirmação decorre do fato de que as constituições econômicas liberais existiam para sancionar e justificar o já existente, criando os pressupostos teóricos que fundamentavam o sistema econômico liberal posto em prática, prevendo dispositivos que preservavam a liberdade de comércio e contratual e, fundamentalmente, o direito de propriedade. MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição: Para o Conceito de Constituição Econômica*. 2 ed., Coimbra, Coimbra Ed., 1979, pp. 60-63.

[155] Para o conceito de constituição dirigente, definindo fins e objetivos para o Estado e a sociedade, vide GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2. ed, Coimbra, Coimbra Ed., 1994.

[156] "A Constituição Econômica que conhecemos surge quando a estrutura econômica se revela problemática, quando cai a crença na harmonia pré-estabelecida do mercado. A Constituição Econômica quer uma nova ordem econômica, quer alterar a ordem econômica existente, rejeitando o mito da auto-regulação do mercado. As Constituições Econômicas do século XX buscam a configuração política do econômico pelo Estado. Deste modo, a característica essencial da atual Constituição Econômica, dado que as disposições econômicas sempre existiram nas Constituições, é a previsão de uma ordem econômica programática, estabelecendo uma Constituição Econômica diretiva, no bojo de uma Constituição Dirigente". BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. Disponível em: <http://www.fbde.org.br/artigos/Constituicao_Economica_e_Desenvolvimento.pdf>. Acesso em: 30 de março de 2007, p. 05.

econômicos. É preciso entender que a Constituição Econômica é parte integrante da Constituição como um todo, não autônoma ou estanque[157].

As constituições econômicas, deste modo, caracterizam-se pela presença do econômico no contexto constitucional, integrado na ideologia constitucional, e não separada desta. E seria a partir desta presença do econômico no texto constitucional e da ideologia constitucionalmente adotada que se elaboraria a política econômica do Estado, o que demonstra mais ainda a estreita ligação de conteúdos e orientações entre os vários espaços de núcleos da constituição[158].

Diante de tais observações, que explicam a necessidade de se interpretar a Constituição de forma sistêmica, e que não existe conteúdo constitucional sem utilidade ou inferior e, ainda, que a nova estrutura interventiva estatal na economia só reorientou suas funções, não lhe retirando do cenário econômico, pode-se compreender o alcance destas mudanças e suas implicações nos vários setores envolvidos.

O Estado, ao limitar sua atuação de forma direta no cenário econômico, como agente de mercado (empresário), tanto no âmbito de serviços públicos quanto de atividades econômicas, deixando inclusive de executar monopólios constitucionais, ampliando a participação da iniciativa privada em setores e espaços outrora ocupados pelo próprio Estado, muda seu enfoque no cenário econômico. Retrai-se em algumas funções e amplia-se em outras, o que, por conseqüência, conforme já dito, não permite falar em diminuição do Estado, mas tão somente de uma reorientação de suas finalidades e funções.

A regulação econômica surge, deste modo, como conseqüência do redirecionamento das funções do Estado no âmbito da economia, limitando as funções

---

[157] BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. Disponível em: <http://www.fbde.org.br/artigos/Constituicao_Economica_e_Desenvolvimento.pdf>. Acesso em: 30 de março de 2007, p. 03.

[158] SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pp. 22-24.

interventivas empresariais estatais e ampliando as funções fiscalizatórias e regulatórias, dando espaço para o surgimento de um novo espaço de atuação estatal menos executor, porém mais incentivador e orientador das atividades econômicas, o que denota dizer uma ampliação da produção normativa destinada a organizar tais espaços econômicos.

A necessidade de se efetivamente implementar os princípios basilares que informam a orientam a atividade empresarial em uma economia de mercado fiscalizada, via regulação, e que precisa se orientar segundo as premissas constitucionais que englobam valores outros também importantes, em especial as oriundas da ordem econômica e social, traz a tona o elemento da concorrência como questão de extrema importância.

Não se admite falar em livre mercado e mesmo economia de mercado sem se falar em concorrência de mercado, pois é ela que irá permitir o surgimento dos benefícios sociais e econômicos deste modelo de produção. Isto porque se precisa dividir o poder de mercado (e seus benefícios financeiros e operacionais) entre os vários agentes de um mesmo setor e assim trazer soluções benéficas para o próprio mercado e para os consumidores.

Esta é uma visão de mercado que engloba valores mais amplos (do ponto de vista democrático) e eticamente aceitos sob o ponto de vista social, pois rechaça o discurso puramente liberal da prevalência do mais forte a qualquer custo. Também se contrapõe a desnecessidade de haver uma preocupação redistributiva no contexto econômico, de modo a impedir privilégios permanentes e exagerados a pequenos grupos empresariais.

A concorrência pressupõe uma igualdade funcional entre os agentes de mercado que, submetidos ao confronto permanente dentro de um dado setor de mercado, disputarão espaços na cadeia produtiva oferecendo bens e serviços a uma clientela comum. Assim, se de fato não existir condições satisfatórias de concorrência entre as empresas competidoras, de nada adiantará uma situação apenas formalmente de competição, pois os resultados sociais e econômicos não serão alcançados.

Esta idéia precisa ser compreendida de forma vital para própria sustentação do modelo capitalista, justificando inclusive a criação de ferramentas e meios de defesa da concorrência, pois somente com esta realidade o mercado poderá trazer os benefícios que dele se espera para todas as partes envolvidas no processo, e até se manter.

A igualdade material, e não somente formal, em termos de concorrência, só pode ocorrer com a disseminação forçada e ampla do conhecimento econômico (compreensão dos mecanismos e circunstâncias de toda ordem relativas à atividade econômica considerada) entre todas as partes envolvidas (empresas competidoras, governos, consumidores, fornecedores etc.). Por sua vez, isto só pode ser assegurado através de uma garantia firme de existência de concorrência[159].

Admitir a existência de um setor econômico controlado unicamente por uma empresa (enquanto agente de mercado) ou por um pequeno grupo de empresas formalmente operando em regime de competição, e funcionando segundo acertos anticompetitivos visando o controle do mercado, por si só traria a baila uma questão fundamental que seria a ausência do valor da justiça redistributiva das riquezas e potencialidades econômicas de uma sociedade.

Fora este aspecto de cunho ético o trajeto histórico percorrido pelas forças capitalistas quando encontraram liberdade plena e agindo sob regras próprias não demonstrou qualquer vantagem para o desenvolvimento do próprio sistema, pelo contrário. Daí surgir, gradativamente, dentro do cenário jurídico que reconhece o modo de produção capitalista, os meios de controle das forças de mercado visando impedir a concorrência desleal e a concentração de mercado, como a legislação antitruste e a própria regulação[160].

---

[159] Sobre a questão e a criação de uma teoria jurídica da regulação econômica, ver SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. São Paulo: Malheiros, 2001.

[160] "É preciso, diante desta constatação de que a regulação é uma forma de garantia de um processo de integração econômica equilibrada, saber como e em que ela se diferencia da aplicação pura e simples do direito antitruste. A importância da diferenciação parte da premissa de que a regulação só será utilizada em situações e setores

Como se disse, a própria experiência histórica demonstrou ser necessária a defesa do elemento "concorrência" como fundamento a ser perseguido em um cenário econômico regulado, pois, sem esta espécie de base de equilíbrio, as forças privadas mais fortes fatalmente levariam as demais forças menos poderosas economicamente a sucumbirem e a saírem do mercado. Isto resultaria, conforme farta experiência histórica, em resultados maléficos como descontrole de preços, oferta controlada artificialmente de bens e serviços, falta de opções de consumo, desajuste na construção dos padrões de qualidade etc.

A concorrência, aqui tida antes de tudo como valor a ser perseguido, influencia diretamente e de modo diferenciado a realidade fática, primeiro modelando-a e, em seguida, permitido o seu conhecimento por todos os envolvidos. A possibilidade de efetiva competição é, portanto, um valor fundamental da regulação. Nesta busca de realização regulatória deve o Estado agir com energia, profissionalismo e eficiência, garantindo uma diluição forçada do poder econômico nos mais variados setores econômicos que experimentam a regulação.

Obviamente que aqui estão excluídos os setores que, por sua natureza ou condições especiais, não são capazes de vivenciar a forma tradicional da concorrência de mercado (com vários competidores ao mesmo tempo), como aqueles ligados aos monopólios naturais (que exigem um tratamento regulatório específico).

A grande vantagem da existência de uma concorrência efetiva está no fato de que a transmissão de informações acerca do processo econômico entre as partes envolvidas estará garantida, ao mesmo tempo em que a existência de liberdade de escolha permitirá a descoberta das melhores opções existentes, dentre as oferecidas pelo mercado de produtos e

---

econômicos que não tiverem êxito com a simples utilização da legislação antitruste. A diferença é basicamente a forma de intervenção. A atuação do direito antitruste é essencialmente passiva (sem agente regulador atuante), controlando formação de estruturas e sancionando condutas (atos de controle e de fiscalização). Já a regulação, vai além. É uma intervenção ativa que não pára no controle e fiscalização, preocupando-se com a verdadeira criação da utilidade pública (nos setores reguláveis, consiste na criação de um sistema de concorrência) através da regulação". SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. São Paulo: Malheiros, 2001.

serviços considerado. É a própria disputa entre os agentes de mercado que, em regime de competição, produzirá uma pressão natural sobre os produtos e serviços oferecidos, em termos de qualidade e características, que resultará em melhorias para os consumidores e para o próprio mercado.

Trata-se, portanto, de uma busca permanente de melhoramento das condições de concorrência, em setores sob seu regime, regulados ou não, pois somente tal condição propiciará o desenvolvimento geral do cenário socioeconômico envolvido no setor em questão. Surge, então, a necessidade fundamental que é, sem dúvida, a proteção da concorrência em si, independentemente do setor considerado e dos aspectos meramente econômicos. Tem-se, assim, um fator jurídico (aqui compreendido sem a necessidade de se fazer uso dos valores e institutos de caráter puramente econômico) fundamental a ser respeitado e defendido[161].

Não se pode compreender as mudanças do cenário econômico constitucional brasileiro somente por uma de suas vertentes. Se de um lado houve uma reorientação das funções estatais na economia e limitação das intervenções diretas deste mesmo Estado como agente econômico em vários setores e serviços, também houve uma valorização direta e real das novas funções estatais agora evidenciadas.

Se o Estado agora é chamado a fiscalizar e regular as atividades econômicas e serviços públicos que antes realizava e executava, precisa assim fazer no mesmo grau de importância das funções anteriores (função empresarial), por questões óbvias. Mudaram-se

---

[161] Como bem lembra Calixto Salomão Filho, "Conseqüentemente, a concorrência e não o mercado é o valor institucional a ser protegido. A possibilidade de escolha tem um valor social, que não pode ser negado, devendo ser necessariamente reconhecido pelo Direito. O mercado, por outro lado, não necessariamente leva a esse resultado. É aí que o Estado deve intervir, garantindo a primeira, e não o segundo. O raciocínio faz, então, círculo completo e retorna ao seu ponto de partida. Visto dessa forma, como instrumento de concorrência e não do mercado, o Direito reassume aquele papel redistributivo ou garantidor da igualdade de condições nas relações econômicas, que sempre lhe incumbiu". SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. São Paulo: Malheiros, 2001, p 38 e 39.

apenas os meios de consecução estatal dos múltiplos e complexos objetivos da República Federativa do Brasil, mas não os fins em si, que continuam a informar e a garantir a execução de políticas públicas estatais atinentes a um Estado Social que ainda existe, nos termos da Constituição.

Não existe função mais importante ou menos importante neste sentido. Todas as funções e ações estatais são importantes e de obrigatoriedade suprema, pois ao Estado não é dado a possibilidade de fugir de suas obrigações constitucionais, de maneira alguma. Ora, reconhecendo-se este raciocínio precisa-se compreender que a existência de um Estado Regulador pressupõe a existência de uma atividade econômica ou serviço público que precisa ser fiscalizada diretamente pelo Estado sob pena de se desnaturar a própria concepção do fenômeno regulatório.

Regular pressupõe poder do Estado de impor regras, regulamentos, diretrizes e resultados a serem alcançados por aqueles que operam e executam as atividades sob uma estrutura regulada. Caso contrário estaríamos diante da auto-regulação de mercado, o que não é o caso de forma alguma, até mesmo porque não seria possível à luz da Constituição Federal Brasileira atual.

Levando-se em conta que este espaço regulatório é por excelência um espaço de criação normativa, cuja produção de regras e parâmetros legais é da própria índole dos mercados regulados, em contraposição aos mercados sem controle específico ou que são operados pelo Estado segundo fundamentos próprios, pode-se verificar sem muito esforço a nova faceta institucional que o Estado passa a assumir neste novo cenário.

Diante da importância que os espaços econômicos e de serviços regulados geram para a sociedade e para o País, seja por serem estratégicos, seja por serem fundamentais e básicos, eles necessariamente se apresentam como questões da maior importância nacional, e

por isso tão ligados a compreensão que o desenvolvimento socioeconômico não pode ser alcançado sem que tais atividades estejam plenamente satisfeitas e bem executadas.

Neste momento surge uma questão de ordem fundamental. Partindo-se da idéia de que o Brasil adotou a partir das reformas constitucionais econômicas recentes um modelo de Estado Regulador que sobrevive paralelamente a um Estado com obrigações sociais claras, e que esta regulação econômica pressupõe uma atuação fiscalizadora bastante eficiente e segundo premissas concorrenciais diretas e objetivas, tem-se que a busca por soluções que levem a economia a promover o desenvolvimento socioeconômico (finalidade ampla da economia) nacional, passa necessariamente por uma abordagem reconhecedora da concorrência regulada como fator fundamental neste processo.

Regulação econômica (exercida indiretamente pelo Estado) não é, em hipótese alguma, auto-regulação de mercado, muito menos regulação sem compromisso com os ditames constitucionais e com as políticas de governo[162].

Não é possível uma concorrência eficiente se não for possível uma estrutura regulatória que mantenha consigo o poder de atuação estatal no âmbito da orientação econômica, pois, no caso brasileiro, tem-se um Estado que não só deve incentivar os setores econômicos, mas também ser agente catalizador de processos econômicos, sem que com isso se esteja diante de uma planificação econômica.

Cabe, a regulação, garantir a isonomia econômica e assim permitir que o processo de decisão dos interessados nos produtos e serviços do mercado possa, realmente, exercer seu poder de escolha individual e, assim, dentro de uma visão contínua e massificada, permitir a tais destinatários impor decisões e escolhas maiores que certamente contribuirão para o

---

[162] "(...) O Direito Econômico tem como objeto o estudo da base da organização jurídico-econômico. Pode-se afirmar que o Direito Econômico é um ramo do Direito Público. Ele, como já foi dito, diz respeito também à intervenção do Estado na economia, é dizer, às normas que regem a Política Econômica estatal". [grifo nosso] BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito Econômico brasileiro.* São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, p. 58.

desenvolvimento do mercado como um todo. E isto de forma salutar e natural, sem interferências e acertos prévios realizados pelas próprias empresas[163].

E ao se falar em estrutura regulatória não se está falando em agências reguladoras completamente dissociadas da estrutura estatal e muito menos com atuações desvinculadas das políticas públicas governamentais, o que seria um contra-senso democrático e institucional, sem se falar numa séria abertura de espaços as interferências do setor privado nas decisões e atuações de tais agências.

Falar em independência e autonomia funcional, administrativa e financeira das agências reguladoras não significa falar em liberdade absoluta de tais órgãos diante do cenário em que atuam, primeiro porque isto não é possível nem legítimo diante da estrutura democrática constitucional brasileira, segundo porque a as funções de regulação e fiscalização também pressupõem controle governamental, o que, definitivamente, não se inserem nas atribuições de tais órgãos.

Concorrência regulada, portanto, implica em clara aplicação de um princípio redistributivo no âmbito do tratamento que se dá à ordem econômica constitucional, pois pressupõe a intervenção estatal na economia para fazer valer, mesmo que indiretamente, os ditames de uma atuação social que se justifica exatamente para impedir os desdobramentos econômicos prejudiciais reproduzidos em situações de mercado livre e sem controle. Diante das preocupações e diretrizes de uma constituição social, isto corresponde a sua própria razão de ser[164].

---

[163] SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos).* São Paulo: Malheiros, 2001, p 39.

[164] Parte-se do princípio que o processo competitivo pode desempenhar funções tanto econômicas como sociais, conforme já dito. O fenômeno da concorrência regulada, ou melhor, da promoção de um ambiente concorrencial sob os fundamentos da regulação econômica numa dada economia, pode auxiliar, por exemplo, no processo de desenvolvimento de um país em desenvolvimento, pois possibilitará a absorção dos efeitos positivos decorrentes do processo de maneira mais ampla, e não somente para o próprio mercado em si. Vários outros valores e diretrizes estarão inseridos nesta visão institucional, e não apenas as meramente técnicas e econômicas do setor. A construção e aplicação num país em desenvolvimento de estruturas de defesa da concorrência e legislações correlatas devem ter início na opção por um modelo teórico que se coadune com a abordagem da concorrência

Esta visão teórica passa a experimentar resultados práticos quando aptas a desempenharem uma atuação fiscalizadora no sentido de proteger a todo custo a concorrência como fator de desenvolvimento socioeconômico. Ou seja, não mais se buscará os efeitos meramente otimizadores do mercado regulado e sua ampliação econômica em si (visão interna e fechada), mas também os efeitos sociais que este mercado regulado e em franco funcionamento pode trazer (visão externa e aberta), desde que submetido a obrigações mais amplas e comprometidas com os ditames constitucionais expressamente previstos para serem observados por todos aqueles que desempenham atividades econômicas ou prestam serviços públicos via concessão. Enfim, a concorrência desempenha um papel importante na promoção do desenvolvimento, pois valoriza uma série de liberdades gerais, e não apenas o incremento econômico[165].

É, portanto, uma visão institucional que precisa ser posta em prática por quem tem o dever de colocar os ditames constitucionais do desenvolvimento socioeconômico na ordem do dia, a partir dos fundamentos constitucionais já existentes. Isto necessariamente exige uma participação estatal forte e atuante, envolvendo tanto as instituições governamentais (com atuação direta sobre o cenário social e econômico), quanto às instituições reguladoras criadas para tal fim (com atuações indiretas na persecução dos fins e objetivos constitucionais e governamentais).

A Constituição Brasileira, em sua índole e ideologia, propugna claramente uma orientação social-democrata e se estrutura segundo um modelo de constituição dirigente bastante evidente. Nem mesmo as reformas econômicas implementadas foram capazes de

---

voltada para o desenvolvimento nacional. É necessário confrontar as premissas de cada uma e ver as necessidades de cada mercado nacional com o modelo dado, avaliando o que pode ser efetivamente aproveitado para a criação de um modelo de concorrência que possa atingir os objetivos propostos. Cf. BOHRER MUNHOZ, Carolina Pancotto. *Desenvolvimento e Concorrência*. *In*: BARRAL, Welber (Org). Direito e Desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005, p. 193 e ss.

[165] BOHRER MUNHOZ, Carolina Pancotto. *Desenvolvimento e Concorrência*. In: BARRAL, Welber (Org). Direito e Desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005, p. 193 e ss.

relativizar tais abordagens, pois são decorrentes das escolhas fundamentais dos constituintes originários e não poderão ser esquecidas enquanto existir a mesma Constituição.

Dentro da concepção de Constituição dirigente, a Constituição não é só garantia do existente, mas também um programa para o futuro. Ou seja, pressupõe uma atuação estatal voltada para o futuro e para a concretização de premissas e valores tidos como necessários dentro de um processo histórico a ser respeitado, e comprometido com a construção dos espaços e circunstâncias necessárias a sua própria implementação. A Constituição passa a ser meio e fim dos seus próprios objetivos.

Esta constituição dirigente, ao fornecer linhas de atuação para a política, sem substituí-la, destaca a interdependência entre Estado e sociedade[166]. Pode-se compreender, ainda, que, no fundo, a concepção de constituição dirigente está ligada à defesa da mudança da realidade pelo próprio direito. Estaria a constituição dirigente apta e disposta a dar força e substrato jurídico para a mudança social.

Estaria, mais uma vez, reforçada a idéia de que o Direito tem função e atuação própria no cenário em que está inserido, não sendo mero sistema de controle social a disposição do aparato político e econômico. Ele teria, então, razão de ser e existir dentro do próprio arcabouço jurídico-constitucional. A constituição dirigente seria, então, um programa de ação para a alteração da sociedade, diante dos valores e fins impressos ideologicamente em sua estrutura[167].

Diante destas características não há como não caracterizar a Constituição brasileira como uma constituição dirigente. Não faltam provas desta conclusão, tendo a Constituição Brasileira vários exemplos de seu dirigismo, como quando traça os objetivos da República no

---

[166] GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2 ed, Coimbra: Coimbra Ed., 1994, pp. 150-153, 166-169, 453-456.

[167] GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas.* 2 ed, Coimbra: Coimbra Ed., 1994, pp. 455-459.

seu artigo 3º[168]. Levando-se em conta que se está diante dos princípios constitucionais fundamentais, arrolados expressamente no texto constitucional, conclui-se que estes objetivos do art. 3º têm a função, dentre outras, de dar identidade e importância ao regime constitucional vigente.

Tais objetivos fundamentais claramente estabelecem, por conseqüência, uma forma de atuação política do Estado na consecução destes objetivos constitucionalmente estabelecidos[169]. O desrespeito a tais orientações políticas reconhecidas e proclamadas como fundamentais pela Constituição nos seus princípios fundamentais significa um ataque direto a fórmula política consagrada no texto constitucional o que, por conseqüência, afetaria diretamente a razão de ser da própria Constituição, o que é inadmissível.

Deve-se, pois, ter em mente que a preocupação de defesa do substrato ideológico social da Constituição Brasileira é dever de todos, cuja atenção se torna ainda mais necessária nos dias atuais diante do nítido movimento de desconstrução da rede de proteção social e econômica elaborada pela Constituição de 1988. Ao recepcionar as reformas econômicas implementadas, a atual Carta Magna não perdeu sua orientação fundamental de ser uma Carta dirigente e com nítidos valores interventivos e sociais.

É justamente por reconhecer a realidade injusta e desequilibrada com que a sociedade brasileira se estabelece que a Constituição passa a intervir neste cenário fático,

---

[168] Diz o art. 3º da CF: "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

[169] Lembra Gilberto Bercovici que estes objetivos têm importância ainda maior, pois apresentam a natureza, as diretrizes e os fins políticos do Estado, o que, por conseqüência, orienta a interpretação e aplicação constitucional e condiciona a própria atuação governamental. Vejamos: "A fórmula política individualiza o Estado, pois diz respeito ao tipo de Estado, regime político, valores inspiradores do ordenamento, fins do Estado, etc. Também define e delimita a identidade da Constituição perante seus cidadãos e a comunidade internacional. Em suma, a fórmula política é a síntese jurídico política dos princípios ideológicos manifestados na Constituição". BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. Disponível em: <http://www.fbde.org.br/artigos/Constituicao_Economica_e_Desenvolvimento.pdf>. Acesso em: 30 de março de 2007, p. 07.

visando transformar tal realidade. Percebe-se que os objetivos do art. 3º deixam evidenciados de forma explícita o contraste entre a realidade social injusta e a necessidade de eliminá-la.

Ao reconhecer esta realidade e se comprometer em solucioná-la, via objetivos a serem alcançados, a Constituição vincula e obriga o Estado a promover a transformação da estrutura econômico-social, e não mais em apenas reconhecer tal realidade e deixar-lhe a mercê de suas próprias transformações. É, sem dúvida alguma, a busca da igualdade material através da lei (e, por conseqüência, pelo Estado e seus governos), vinculando o Estado a promover os meios necessários à consecução dos fins e objetivos amparados.

Diante do reconhecimento de tal característica dirigente não se pode admitir o argumento de que os preceitos transformadores e programáticos constitucionais, de atuação econômica e social, não têm aplicação imediata e possível nos dias atuais e, por isso, precisariam ser relativizados ou mesmo alterados por outros mais possíveis e concretos.

Sabe-se que o trajeto de realização dos ditames e das diretrizes constitucionais dirigentes, não se apresentam de forma acabada e pronta em seu tempo, não podendo sua concretização significar a imediata exigência de prestação estatal concreta, mas sim uma atitude positiva e de escolha anunciada, constante e diligente do Estado na sua consecução.

Daí a compreensão de que tais dispositivos têm uma natureza transformadora e correspondem, em última análise, a opção de um povo por um futuro ideal a ser conquistado pela via constitucional, independentemente dos meios e dos governos que serão utilizados em tal empreendimento.

Disto decorre a máxima de que tais fins constitucionais, e os alcances socioeconômicos elegidos neste sentido, precisam ser compreendidos como algo rígido o bastante para serem respeitados e mantidos sob a mesma ótica ideológica de quando foram criados e albergados em um plano dirigente e programático. São imutáveis por natureza, daí estarem respaldados no contexto dos princípios fundamentais.

Os fins estão estabelecidos e definidos, não sendo passíveis de alteração sensível, podendo apenas se admitir variações ou alterações somente no que pertine aos meios de sua consecução. Se a Constituição definiu como fundamento uma ordem social específica a ser conquistada, dentro também de uma conotação econômica específica (o que não significa dizer em planificação econômica, de forma alguma), dentro de um projeto dirigente, tal característica precisa ser reconhecida e protegida, a todo custo[170].

A superação do subdesenvolvimento nacional teve destaque real e nítido na Constituição Brasileira de 1988. O reconhecimento expresso das graves e amplas diferenças sociais e econômicas existentes no País demonstrou uma clara preocupação com um desenvolvimento nacional amplo, que privilegiasse tanto o aspecto social quanto econômico, mas segundo um trabalho de diminuição permanente das desigualdades sociais e regionais. A questão do desenvolvimento é tema de ordem fundamental em qualquer economia nacional, sempre atrelada a seus aspectos históricos próprios[171], porém, nem sempre encontra guarida analítica ou orientações políticas e econômicas nas Constituições, sendo mais comum nas Cartas que reconhecem e proclamam o intervencionismo estatal no cenário econômico e social.

Não mais se compreende o subdesenvolvimento (que é algo amplo, tanto de caráter social quanto econômico) como algo natural ou ligado a um processo evolutivo ordinário de desenvolvimento. O subdesenvolvimento não é, em hipótese alguma, apenas uma fase ou instante de um processo que, necessariamente, terminará em um desenvolvimento

---

[170] "(...) pode-se afirmar que o direito econômico, plasmado no texto constitucional, é que molda toda a vida econômica do país, independentemente da política econômica que venha a ser implementada pelas diversas administrações, que não poderá ultrapassar as linhas demarcatórias da extensão material constitucionalmente estabelecidas". GURGEL, José Marcello Monteiro. *O desenvolvimento da constituição econômica no Brasil e o impacto das reformas constitucionais no modelo econômico*. Cadernos de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Mackenzie. São Paulo, v. 4, n. 1, p. 33-44, 2004, p. 36.

[171] FURTADO, Celso. *Teoria e Política do Desenvolvimento Econômico*. 10 ed, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000, p. 18 e FURTADO, Celso. *Brasil: A Construção Interrompida*. 2 ed, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 38.

pleno e integral. É, portanto, uma condição periférica especial, e não uma etapa necessária de uma evolução econômica[172].

Em decorrência de tal constatação, exige para sua superação um processo de rompimento com a ordem fática estabelecida (mundo do ser), o que pressupõe uma atuação direta, eficiente e forte do Estado como principal responsável pela consecução dos planos de desenvolvimento socioeconômico. Planos estes presentes em uma Constituição interventiva e social como a brasileira (que reconhece os problemas e se propõe a solucioná-los).

A atual Carta Política oferece os meios e procedimentos necessários à consecução dos fins sociais por ela apresentados, sem ficar na espera permanente de uma solução natural ou decorrente do próprio mercado.

E diante das características dirigentes e programáticas desta mesma constituição, ainda se percebe o seu compromisso com um futuro por ela mesmo visualizado, o que significa uma vinculação ainda maior em termos de objetivos e fins que, só poderão ser alcançados, se suas bases ideológicas e jurídicas fundamentais permanecerem e forem respeitadas por todos, sem exceção. A vigilância a esta condição não implica dizer uma reação plena e inescrupulosa acerca de qualquer alteração constitucional. Mudanças são naturais em qualquer processo social e demonstram a mutabilidade da realidade fática.

Entretanto, o que importa aqui é a defesa de um projeto de nação que já está anunciado em uma constituição que, apesar dos problemas, conseguiu transpor as amarras de um texto vazio e sem compromissos com o desenvolvimento socioeconômico. É hora de se fiscalizar e limitar as alterações constitucionais, impedindo que os fins sociais sejam alterados ou excluídos do arcabouço constitucional, somente aceitando-se as alterações realmente

---

[172] FURTADO, Celso. *Teoria e Política do Desenvolvimento Econômico*. 10 ed, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000, pp. 147-154, 197, 203 e 207.

necessárias nos meios nela previstos, por se tratarem de ferramentas e procedimentos, portanto, mutáveis.

3.3 O DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO COMO OBJETIVO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL E SUAS FERRAMENTAS DE CONCRETIZAÇÃO.

A questão do desenvolvimento perpassa hoje o estudo das mais diversas áreas, inclusive o direito, conforme já visto. A noção de que o sistema jurídico como um todo influencia – de maneira tanto positiva como negativa – o processo de desenvolvimento, existe já há algum tempo, e constitui um dos componentes principais dos debates sobre o tema. A questão, aqui desenvolvida, e defendida, é que o direito da concorrência tem importância direta sobre a questão do desenvolvimento e a discussão sobre o modelo de direito da concorrência mais adequado para a realidade de um país em desenvolvimento. As dimensões sociais, humanas e institucionais do conceito de desenvolvimento precisam ser necessariamente analisadas, pois são decorrências imediatas do conceito de desenvolvimento socioeconômico.

O debate sobre estes novos problemas voltou a tornar central o conceito de desenvolvimento, como uma interface conceitual necessária para objetivos socioeconômicos (e jurídicos e institucionais, para ser coerente com o conceito abrangente de Amartya Sen) que transcendem a perspectiva de mero funcionamento dos mercados[173]. Na atividade econômica

[173] "Esta interface intelectual passa a ser necessária num tema que começa a ultrapassar a influência da Escola de Chicago, que dominou muito dos estudos sobre concorrência, desde a década de 70. com efeito, a premissa central dos autores de Chicago, a de que a eficiência dos mercados deveria ser o único objetivo do direito concorrencial, é quebrantada pelo reconhecimento, duas décadas depois, de que os interesses, como os dos

em sentido estrito ou impera a competição – mesmo que o Estado seja um dos participantes da competição – ou o monopólio. A Constituição Federal Brasileira adotou o discurso normativo do capitalismo econômico-social. O plano normativo constitucional brasileiro é um programa aberto, não finalístico, de bem-estar e justiça social, com várias modalidades de ações estatais na economia.

As modalidades de ações estatais na economia estão rigidamente definidas na Constituição (delimitando seu campo e extensão). A intervenção, como sujeito, é ação estatal sobre o domínio econômico que originariamente é de titularidade da iniciativa privada. No plano constitucional o campo da atuação do Estado está apartado do campo da intervenção (como sujeito) estatal. A constituição Federal contemplou duas modalidades de monopólio: sobre atividades nucleares e sobre o petróleo – art. 177 – e os monopólios que podem ser criados por lei – art. 173.

A existência de monopólios estatais é característico do Estado Econômico com fins Sociais. Na transição do capitalismo econômico-social ao capitalismo da desregulação, a iniciativa privada busca novas áreas de atividades econômicas. As alterações na Ordem Econômica e Financeira procuram atingir a área de organização da economia da Constituição. Buscam adequar o plano normativo ao momento da desregulação.

Tem-se, assim, de fato uma situação heterodoxa em sua concepção teórica com uma preocupante concentração de mercado estratégico nas mãos de um único agente empresarial com atuação privada cuja performance comercial hoje impede a entrada de outros agentes no mesmo setor, e que ora compromete significativamente o alcance dos princípios orientadores das atividades econômicas previstas na Carta Republicana Brasileira. Assim, os princípios da livre concorrência e da redução das desigualdades regionais e sociais são

---

consumidores e das instituições, são afetados pela ineficácia da proteção do mercado". BOHRER MUNHOZ, Carolina Pancotto. *Direito, Livre Concorrência e Desenvolvimento*. São Paulo: Lex Editora, 2006, p. 12.

princípios de extrema importância enquanto elementos justificadores desta atividade, assim como qualquer outra.

Ou seja, no art. 173 da Constituição, § 1º, está claro que a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que exploram atividade econômica sujeitam-se ao regime próprio das empresas privadas. O constituinte, principalmente o reformador, procurou evitar que a intervenção como sujeito na atividade econômica fosse realizada em situação de favorecimento ao Estado.

Se este intenta incursionar no campo da iniciativa privada, que o faça da maneira mais parecida com os agentes privados do mercado. Ou se dá os meios desta competição realmente existir (e neste sentido é dever do Estado assim proceder enquanto fiscalizador e regulador destas atividades dentro da ordem econômica), ou se retoma a exclusividade formal e legal da execução do monopólio do refino.

Ao contrário do que o senso comum possa concluir num primeiro momento, decisões tomadas nesta seara sob o manto do tecnicismo industrial enfeixado em si mesmo sob a bênção oficial de órgãos e entes políticos, não garantem qualquer respeito aos princípios constitucionais da ordem econômica e da própria atividade econômica em si. Precisam tais decisões precederem de discussões mais amplas e atreladas a questões de ordem também social, ainda que tais decisões fujam um pouco dos preceitos puramente comerciais e passem, sim, a fazerem parte do “custeio” estatal na implementação das políticas públicas de integração nacional.

A competitividade exige, por sua vez, descentralização de coordenação como base da formação dos preços, o que supõe livre iniciativa e apropriação privada dos bens de produção. Neste sentido, a livre concorrência é forma de tutela do consumidor, na medida em que competitividade induz a uma distribuição de recursos a preço mais baixo. De um ponto de vista político, a livre iniciativa é garantia de oportunidades iguais a todos os agentes, ou seja,

é uma forma de desconcentração de poder. Por fim, de um ângulo social, a competitividade deve gerar extratos intermediários entre grandes e pequenos agentes econômicos, como garantia de uma sociedade mais equilibrada.

Entretanto, estas supostas vantagens de política estratégica e controle da situação não estão se verificando na prática econômica e comercial e, pior ainda, não estão levando o Estado a efetivar com mais facilidade os princípios constitucionais tanto da livre iniciativa como da redução nas desigualdades regionais e sociais no âmbito desta indústria. Trata-se, portanto, de se interpretar e aplicar os mandamentos constitucionais e legais concernentes ao direito econômico de forma a possibilitar uma viável adequação dos interesses públicos (soberania nacional e desenvolvimento social) e privados (livre iniciativa e liberdade de mercado), sem retrocessos protecionistas que impeçam o desenvolvimento dos setores econômicos e das indústrias estratégicas.

A questão fica complexa, entretanto, quando se analisam as questões decorrentes da concentração de mercados tidos como estratégicos e relevantes que, conseqüentemente, são regulados de forma especial pelo Estado, através do controle de órgãos reguladores especializados destinados a equalizar as visões públicas e privadas. A exploração direta de atividades econômicas pelo Estado se faz em regime de competição com a iniciativa privada, ou em regime de monopólio (arts. 173 e 177).

As modalidades de intervenção como sujeito em regime de monopólio não estão reduzidas ao art. 177. Excluindo as hipóteses previstas no próprio texto constitucional, o Estado só poderá intervir (em regime de competição ou monopólio) em caso de interesse coletivo ou segurança nacional.

O raciocínio aqui explanado não teria razão de existir no âmbito jurídico se não partisse da premissa de que os princípios constitucionais, enquanto princípios jurídicos que são, existem e devem ser tomados como valores fundamentais a serem observados e

respeitados dentro do sistema jurídico, sempre dentro de uma compreensão normativa de seus conteúdos e de concretização dos direitos por eles albergados.

Ou seja, não são e não devem ser tomados como tradicionalmente o foram desde a compreensão jusnaturalista do direito, que pregava os princípios jurídicos como sendo meros valores orientativos, ou intenções defendidas, mas sem caráter normativo ou de importância fundamental para todo o sistema jurídico considerado.

Aqui, portanto, nitidamente se compreende os princípios jurídicos, dentre eles os constitucionais, dentro da nova ótica analítica sustentada pelo pós-positivismo jurídico, ótica esta implementada pelos grandes movimentos constituintes das ultimas décadas do século XX, cuja característica central é a hegemonia axiológica dos princípios, colocados normativamente acima das regras comuns, embasando todo o edifício jurídico. Diante desta premissa, não se admite conteúdos vazios e sem propósito prático dentro dos princípios, que, sendo espécies de normas jurídicas, foram construídos e admitidos juridicamente para serem implementados e concretizados.

Neste estudo, parte-se da premissa de que do ponto de vista jurídico-formal a implementação efetiva e a obediência aos princípios constitucionais em geral não precisam de qualquer outro avanço de ordem legal ou regulamentar, mas tão somente de seriedade institucional e adequação cultural tanto no âmbito do Estado quanto da sociedade. Isto no sentido de definitivamente “receber” os avanços constitucionais, mesmo que tardiamente, sob pena de novamente perdermos os aspectos benéficos de cada momento constitucional e mais uma vez esperamos por uma nova fase de soluções.

Em que pese ainda a necessidade fundamental e vigilante de se reconhecer, diariamente, a força normativa da Constituição, dando-lhe a importância devida e não atribuindo aos princípios e diretrizes programáticas, inseridos na Constituição, a idéia de meros valores secundários e destinados para o futuro.

Tem-se, assim, que os princípios constitucionais devem ser tomados como valores superiores ou, na visão de alguns doutrinadores, "valores axiológicos fundamentais"[174], verdadeiros parâmetros valorativos pretendidos pelo Estado dentro de uma dada ordem jurídica e que necessariamente tem importância em todo o sistema, influenciando-o e orientando-o[175].

No âmbito dos valores e princípios constitucionais ligados ao conteúdo econômico e social, tem-se que são abordagens extremamente importantes dentro do arcabouço constitucional, pois não se limitam a meros enunciados genéricos e simplesmente morais (sem conotação normativa ou finalidade prática). Visam, sim, orientar o funcionamento das ordens (econômica e social) constitucionalmente estabelecidas e a prever e instituir meios de atuação estatal, aptos a fazerem valer as escolhas constitucionais previstas[176].

---

[174] TAVARES, André Ramos. *Tratado de Argüição de Preceito Fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 121.

[175] "Os princípios – frise-se – são normas jurídicas que impõem um dever-ser. Dotados de cogência e imperatividade, não podem ser relegados aos casuísmos de quem quer que seja, posto que são a própria essência e substância da consciência jurídica presente em determinado seio coletivo". LEITE, George Salomão e LEITE, Glauco Salomão. *A abertura da Constituição em face dos princípios constitucionais. In* Dos Princípios Constitucionais – Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. George Salomão Leite (org.). São Paulo: Malheiros, 2003, p. 142 e 143.

[176] "São, apesar disso, normas de grande importância, porque procuram dizer *para onde* e *como* se vai, buscando atribuir *fins* ao Estado, esvaziado pelo liberalismo econômico.... Essa característica teleológica confere-lhes relevância e função de princípios gerais de toda a ordem jurídica, como bem assinala Natoli, tendente a instaurar um regime de democracia substancial (mas ainda distante de uma democracia socialista), ao determinarem a realização de fins sociais, através da atuação de programas de intervenção na ordem econômica, com vistas à realização da justiça social.". SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 787-788.

4 CONCLUSÕES.

Não se pode mais compreender a livre concorrência como um princípio de base constitucional que exige ser efetivado e obedecido de forma independente e desconexa com os demais valores e princípios desta mesma constituição. Restou demonstrada a necessidade de se ter como ponto de partida, quando da análise de tal instituto, não as meras orientações econômicas impressas no texto constitucional, mas sim seu arcabouço ideológico de fundo, os princípios políticos gerais que fundamentam e explicam a razão de ser desta constituição como estatuto jurídico maior.

Ou seja, antes de se buscar valorizar uma dada conotação econômica acerca do conceito e aplicabilidade da livre concorrência de mercado, trazendo aos dias de hoje a idéia original que justificou o surgimento de tal instituto, precisa-se analisá-lo sob a ótica constitucional em que está inserido.

No caso da Constituição Brasileira de 1988 não se pode olvidar da máxima de que se trata claramente de uma construção constitucional social-democrata com nítidas orientações interventivas tanto no cenário econômico quanto social, com expressas estipulações direcionadas ao Estado visando a implementação de soluções e mecanismos, tanto programáticos quanto de imediata solução, que objetivam uma sociedade politicamente concebida segundo valores coletivos e solidários. Diante do estudo realizado na Constituição Brasileira atual, dentro de uma verificação racional dos componentes econômicos e sociais, vislumbra-se um modelo de Estado não mais direcionado a nenhum extremo político.

A mesma Constituição que decididamente reconhece um Estado fundado na livre iniciativa e na livre concorrência de mercado, fundado na apropriação privada dos meios de produção e do capital, também passa a reconhecer, em mesmo estágio de igualdade e tratamento, inclusive quando trabalha paralelamente princípios correlatos a cada postura

ideológica, os direitos sociais e coletivos dentro de um sistema de igualdade material que condiciona o próprio Estado a atuar de forma interventiva sempre que for necessário a consecução deste fim.

A utilização do termo interventivo aqui não faz referência diretamente a atuação direta no Estado na economia tão somente, mas sim a uma postura estatal prevista constitucionalmente com atuação permanente segundo os fins e objetivos visualizados pela própria constituição social-democrata.

Conforme explanado, mesmo após as várias reformas econômicas implementadas na Constituição de 1988 a partir da década de 1990, ainda sim não se pode afirmar que houve qualquer alteração no seio da referida constituição que alterasse seu sentido político e ideológico, capaz de retirar de sua estrutura fundamental as diretrizes primárias de orientação social e interventiva. Continuou o Estado brasileiro a ter por fundamento uma Carta Constitucional que impõe a este mesmo Estado novas funções estatais (regulatórias e fiscalizatórias) que passam a se somar às funções originárias.

Se originalmente, em uma época em que o capitalismo experimentava sua fase de plena liberdade, com pleno reconhecimento ao trânsito de mercado e suas próprias regras, com quase nenhum tipo de controle ou atuação estatal no cenário econômico, era possível falar em livre concorrência como conseqüência direta da livre iniciativa, sem qualquer relação com outros valores, sendo na verdade tal idéia um fim em si mesma, já não se pode mais, nos dias de hoje, no seio de constituições sociais e democráticas, manter-se tal entendimento.

A postura estatal negativa e não interventiva de outrora cedeu espaço a valores não meramente formais e comprometidos com a concretização constitucional, num espaço de criação do direito a partir de ideários principiológicos, e não simplesmente oriundos de regras, plenamente passíveis de alteração. Têm, os Estados sociais interventivos, total comprometimento com as exigências constitucionais que os institui e molda, pois, diante de

uma Carta Política que proclama a atuação positiva e ativa de um Estado realizador e implementador de soluções visando à justiça social material (e não mais meramente formal), não resta outra solução, sob pena de descumprimento objetivo e direito de preceitos constitucionais fundamentais (em sua maioria preceitos principiológicos).

A livre concorrência, em uma Constituição que se organiza e se estrutura segundo princípios gerais bastante claros, evidencia-se como apenas mais um princípio a se considerar de forma orgânica dentro do sistema constitucional, sendo, por conseqüência lógica, um instrumento a disposição desta mesma Constituição visando à consecução dos objetivos maiores a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade brasileira.

Tal conclusão é conseqüência natural ao se analisar a função que um princípio desempenha dentro de um sistema jurídico que alberga e reconhece vários outros princípios, inclusive opostos, ideologicamente contrários. Neste sentido, tem-se o art. 170 da Constituição, que alberga em seu bojo, de forma equilibrada e com mesmo peso, tanto princípios liberais (propriedade privada e livre concorrência), quanto sociais-interventivos (soberania nacional e função social da propriedade), dispostos incondicionalmente no mesmo espaço normativo e visando agregar valores que, em última análise, servirá ao modelo econômico e político adotado pela Constituição.

Desta forma, a conseqüência jurídica direta do reconhecimento na natureza instrumental do princípio da livre concorrência, assim como de qualquer outro princípio, é a de que não se pode querer dar-lhe uma importância finalística que não tem, e que, no âmbito do atual constitucionalismo, figuraria equivocado e perigoso.

Não há regra, valor ou mesmo princípio plenamente soberano ou ilimitado, o que dizer então quando tal análise tem por base uma constituição programática e que se situa num espaço de transição ideológica clara? Eventual carga interpretativa acerca do referido princípio da livre concorrência ainda decorrente de uma época em que sua finalidade e razão

de ser era a defesa do mercado e das suas próprias regras de funcionamento, não mais encontra guarida nem possibilidade jurídica.

Não há como sustentar o discurso inconstitucional da necessidade de afastamento do Estado do cenário econômico em virtude da existência expressa no texto constitucional do princípio da livre concorrência, pois tal princípio está necessariamente atrelado e submetido a um conjunto de outros princípios igualmente pertinentes e importantes.

Conforme visto neste trabalho, o esforço da ponderação é de fundamental importância neste sentido, visando dar a efetiva importância de cada um destes princípios em cada situação considerada, sem que se tenha de recorrer a um esforço que culmine com a exclusão ou exagerada relativização de um dado princípio, em detrimento de outro. Contradições e incompatibilidades entre os mesmos não são admissíveis, dentro do sistema. Isto não é possível à luz do atual constitucionalismo principiológico pós-positivista, do qual claramente nossa Carta Política se afiliou.

Conforme visto, todo este conjunto de princípios, desta forma, há de ser ponderado, na sua globalidade, se de alguma forma se pretende discernir, no texto constitucional, a definição de um sistema e de um modelo econômico expressamente híbrido. Assim, sendo a Constituição um sistema dotado de coerência e sistematicidade, não se aceita contradição entre suas normas internas.

A Ordem Econômica nacional instituída de forma detalhada na Constituição Brasileira mostra-se profundamente ligada aos princípios da democracia econômica e social, e a subordinação do poder econômico ao poder político democrático, impondo irrenunciáveis tarefas ao Estado na busca de uma efetiva transformação e modernização das estruturas econômicas e sociais. O que, em tese, deverá ser alcançado pelo Estado em toda sua amplitude, por meio de todas as suas funções, inclusive pela via regulatória. Qualquer Constituição preocupada com a realização da justiça social, como a brasileira, baseia-se na

máxima de que os fins justificam os meios, imputando de forma definitiva aos princípios e demais regras uma natureza claramente instrumental.

O desenvolvimento socioeconômico surge como conseqüência desta visão instrumental do princípio da livre concorrência justamente em razão de ser tal prerrogativa desenvolvimentista (enquanto satisfação das necessidades básicas dos cidadãos e do país) um direito inalienável de todos e um dever estatal. Este desenvolvimento só será possível de ser alcançado, em uma sociedade capitalista, quando suceder uma economia nacional que experimente uma efetiva concorrência de mercado diretamente condicionada a idéia de distribuição de riqueza, a redução das desigualdades regionais e sociais e a uma justiça social material que possa alcançar a todos, pelos menos como meta institucional.

Não é o mercado que precisa ser protegido a qualquer custo, mas sim os efeitos de um mercado comprometido com a justiça social, nos termos constitucionais, e, neste cenário, não existe mercado com tais características sem uma atuação decisiva do Estado, seja de forma direta ou indireta, inclusive regulando os novos espaços conferidos a iniciativa privada. Não há que se falar em diminuição do tamanho do Estado nem de suas funções, mas sim, e tão somente, em uma nova orientação de atuação deste mesmo Estado, visando alcançar, por meio de instrumentos a sua disposição, os fins pretendidos institucionalmente no seio de uma constituição social-democrata e solidária.

Evidente que a valorização do trabalho humano (e não a mera propriedade privada ou o mercado em si não comprometido), trabalho humano este aqui tomado também como princípio constitucional, devidamente acompanhado da livre iniciativa, são condições para que se assegure a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, e art. 170, *caput*, da CF). A livre concorrência, dessa mesma forma, servirá a este mesmo fim. O desenvolvimento socioeconômico, aqui tomado como conjunto de liberdades individuais, mas com nítidos resultados coletivos e socialmente abrangentes, apresenta-se como conseqüência natural desta

livre concorrência instrumental posta à disposição das intenções constitucionais, pois aglutina em si mesmo todo o conjunto de possibilidades econômicas e sociais capaz de viabilizar a esperada justiça social.

5 REFERÊNCIAS.

Livros:

ALEXY. Robert. *On the Structure of Legal Principles*. Ratio Juris, vol. 13, n° 3, Set. 2000.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1996.

BARBIERI FILHO, Carlo. *Disciplina jurídica da concorrência: abuso do poder econômico*. São Paulo: Resenha Tributária, 1984.

BARROSO, Luiz Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. *A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios*. *In* Dos Princípios Constitucionais – Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. George Salomão Leite (org.). São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luiz Roberto. *A crise econômica e o direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

_____ (org.). *A Nova Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 8 ed. São Paulo: Renovar, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito Econômico Brasileiro*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

_____. *Comentários à Constituição do Brasil.* Vol. 7, São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Curso de direito econômico.* São Paulo: Celso Bastos, 2004.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995.

BOHRER MUNHOZ, Carolina Pancotto. *Direito, Livre Concorrência e Desenvolvimento*. São Paulo: Lex Editora, 2006.

_____. *Desenvolvimento e Concorrência*. *In* BARRAL, Welber (org). Direito e Desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7 ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

BUENO DE ALMEIDA, Dean Fábio. *Direito Constitucional Econômico. Elementos para um Direito Econômico Brasileiro da alteridade*. Curitiba: Juruá, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial.* 3. ed. Vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad.: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva. 3 ed., revista e atualizada, 2004.

FORGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FURTADO, Celso. *Teoria e Política do Desenvolvimento Econômico*. 10 ed, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

_____. *Brasil: A Construção Interrompida*. 2 ed, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica).* 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica).* 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação crítica).* 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação / Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2005.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997.

_____. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2 ed, Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Trad. Pedro Cruz Villalón. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HORTA, José Luiz Borges. *Horizontes Jusfilosóficos do Estado de Direito*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2002.

LEITE, George Salomão (org.) e LEITE, Glauco Salomão. *A abertura da Constituição em face dos princípios constitucionais*. *In* Dos Princípios Constitucionais – Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.

MACHADO HORTA, Raul. *A Ordem Econômica na Nova Constituição. A Constituição Brasileira de 1988 – Interpretações*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

MÁRTIRES COELHO, Inocêncio. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

MORAES, José Diniz de. *A função social da propriedade*. São Paulo: Malheiros, 1999.

MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição: para o conceito de Constituição econômica*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1979.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório. A alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *O Futuro da Constituição*. *In* GRAU, Eros Roberto e FILHO, Willis Santiago Guerra. Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

PETER DA SILVA, Christine Oliveira. *Hermenêutica de direitos fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, Tomo XVII (Parte Especial), 1983.

ROCHA SCOTT, Paulo Henrique. *Direito Constitucional Econômico*. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SARMENTO, Daniel. *Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada*. *In* Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. George Salomão Leite (org.). São Paulo: Malheiros, 2003.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. 4ª Reimpressão. Tradução: Laura Teixeira Motta; Revisão Técnica: Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TAVARES, André Ramos. *Elementos para uma teoria geral dos princípios*. *In* Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. George Salomão Leite (org.). São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Tratado de Argüição de Preceito Fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Método, 2003.

TOLEDO, Gastão Alves de. *O Direito Constitucional Econômico e sua Eficácia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

Periódicos:

BINENBOJM, Gustavo. *As agências reguladoras e o estatuto jurídico de seus dirigentes – controvérsias constitucionais e procedimentos possíveis*. *In* Livro de Teses do XXV Congresso Nacional dos Procuradores do Estado. Alagoas, 1999.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A economia e o controle do Estado*. Parecer publicado *in* Estado de São Paulo, edição de 4.6.1989.

GURGEL, José Marcello Monteiro. *O desenvolvimento da constituição econômica no Brasil e o impacto das reformas constitucionais no modelo econômico*. Cadernos de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Mackenzie. São Paulo, v. 4, n. 1, p. 33-44, 2004.

HARO, Ricardo. *La Razonabilidad y las Funciones de Control*. Ratio Juris, vol. 7, n° 2, 2001.

HORTA, José Luiz Borges. *Epistemologia e Vigor da Teoria do Estado. O Sino do Samuel*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, a. III, nº 24, junho de 1997.

MUÑIZ, Joaquín R. Toubes. *Legal Principles and Legal Theory*. Ratio Juris, vol. 10, n° 3, Set. 1997.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *A experiência Brasileira de Constituição Econômica*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, ano 26, nº 102 – abril a junho de 1989.

TOLEDO, Gastão Alves de. *Aspectos do Contrato de Concessão para Exploração, Desenvolvimento e Produção de Petróleo e Gás Natural celebrado com a Agência Nacional do Petróleo – ANP*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Ano 07, nº 28, julho/setembro de 1999.

Referências de Internet:

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. Disponível em: <http://www.fbde.org.br/artigos/Constituicao_Economica_e_Desenvolvimento.pdf>. Acesso em: 30 de março de 2007.

CORDEIRO, Rodrigo Aiache. *Breve comentário acerca da liberdade de concorrência*. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 5, nº 197. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/ doutrina/texto.asp?id=1565> Acesso em: 10 jun. 2008.

ELIA JUNIOR, Mario Luiz. *O caráter instrumental dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1183, 27 set. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8679>. Acesso em: 02 mar. 2008.

FIANI, Ronaldo. *Teoria da Regulação Econômica: Estado Atual e Perspectivas Futuras.* Teoria Política e Instituições de Defesa da Concorrência. Editora da UFRJ (a ser publicado). Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/grc/publicacoes.php

GUERRA, Gustavo Rabay. *A concretização judicial dos direitos sociais, seus abismos gnoseológicos e a reserva do possível: por uma dinâmica teórico-dogmática do constitucionalismo social*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1047, 14 maio 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8355>. Acesso em: 12 set. 2006.

LIMA, Fernando Machado da Silva. *O sistema constitucional brasileiro e sua efetividade*. Jus Navigandi, Teresina, ano 07, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3764>. Acesso em: 12 set. 2006.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Democracia e crise: alternativas estruturais para o Brasil*. Jus Navigandi, n. 58. [Internet] http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3157 [Capturado 15. Set.2002].

Outros:

SANDRONI, Paulo (org.). *Dicionário de economia*. 6. ed. São Paulo: Best-Seller, 1994.

Livros Grátis

(http://www.livrosgratis.com.br)

Milhares de Livros para Download:

Baixar livros de Administração
Baixar livros de Agronomia
Baixar livros de Arquitetura
Baixar livros de Artes
Baixar livros de Astronomia
Baixar livros de Biologia Geral
Baixar livros de Ciência da Computação
Baixar livros de Ciência da Informação
Baixar livros de Ciência Política
Baixar livros de Ciências da Saúde
Baixar livros de Comunicação
Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE
Baixar livros de Defesa civil
Baixar livros de Direito
Baixar livros de Direitos humanos
Baixar livros de Economia
Baixar livros de Economia Doméstica
Baixar livros de Educação
Baixar livros de Educação - Trânsito
Baixar livros de Educação Física
Baixar livros de Engenharia Aeroespacial
Baixar livros de Farmácia
Baixar livros de Filosofia
Baixar livros de Física
Baixar livros de Geociências
Baixar livros de Geografia
Baixar livros de História
Baixar livros de Línguas

Baixar livros de Literatura
Baixar livros de Literatura de Cordel
Baixar livros de Literatura Infantil
Baixar livros de Matemática
Baixar livros de Medicina
Baixar livros de Medicina Veterinária
Baixar livros de Meio Ambiente
Baixar livros de Meteorologia
Baixar Monografias e TCC
Baixar livros Multidisciplinar
Baixar livros de Música
Baixar livros de Psicologia
Baixar livros de Química
Baixar livros de Saúde Coletiva
Baixar livros de Serviço Social
Baixar livros de Sociologia
Baixar livros de Teologia
Baixar livros de Trabalho
Baixar livros de Turismo